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

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

VII

МІЖНАРОДНА НАУКОВО-ПРАКТИЧНА КОНФЕРЕНЦІЯ

17 ЛИСТОПАДА 2016 Р.
КИЇВ

ДО 140-РІЧЧЯ ПРОФЕСОРА

ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО

(1876-1949)

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

Сучасна юриспруденція змізерніла не тільки у своїй науці,
але і в своїй практиці: все підкорено звичайному казусу, випадку,
без піднесення його до першооснов юриспруденції, – aequitas особливо.
Василь Синайський

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Матеріали
VII Міжнародної науково-практичної конференції
(Київ, 17 листопада 2016 року)

До 140-річчя професора

Василя
СИНАЙСЬКОГО
(1876-1949)

Київ
Ніка-Центр
2016

УДК 34
ББК 67
Е94

Цей збірник виданий за меценатської підтримки шановних

Ольги КРАСОВСЬКОЇ
та
Дмитра ЯЩУКА

Ефективність норм права. Зб. наук. праць. Матеріали VII міжнар. наук.-
Е94 практ. конф. (Київ, 17 лист. 2016 р.) / за заг. ред. Н.М. Пархоменко, М.М. Шумила, І.О. Ізарової. – Київ: Ніка-Центр, 2016. – 540 с.
ISBN 978-966-7067-18-2

У збірнику вміщено тексти наукових доповідей та повідомлень, присвячених актуальним теоретичним та практичним проблемам ефективності норм права. Ефективність розглядаються з позиції теорії права, а також через призму галузевих наук. Окремо розміщено статті-дослідження біографії та наукової спадщини провідного вченого юриста, професора Василя Синайського (1876-1946), публікується його бібліографія, Лекції з цивільного процесу та ін.

УДК 34
ББК 67

Матеріали друкуються у редакції авторів.

Дизайн обкладинки: О. Разухін
Фото на обкладинці: «Професор В. Синайськкий (Київ)» люб'язно надане доктором філософії Світланою Ковальчук (Рига, Латвія) з особистого архіву

ISBN 978-966-7067-18-2

© Інститут держави і права
імені В.М. Корецького НАН України, 2016

ЗМІСТ

P R A E F A T I O .....

ПАМ'ЯТІ ПРОФЕСОРА ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО

Ігор Усенко ПРОФЕСОР ВАСИЛЬ ІВАНОВИЧ СИНАЙСЬКИЙ: СТОРІНКИ ЖИТТЄВОГО І ТВОРЧОГО ШЛЯХУ 14

Татьяна Шор ВАСИЛИЙ СИНАЙСКИЙ И ИМПЕРАТОРСКИЙ ЮРЬЕВСКИЙ (ТАРТУСКИЙ) УНИВЕРСИТЕТ 20

Людмила Міхневич ПРОФЕСОР ВАСИЛЬ СИНАЙСЬКИЙ ЯК ОРГАНІЗАТОР ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ ТА НАУКИ В КИЄВІ 25

Светлана Ковальчук ПРОФЕССОР ВАСИЛИЙ СИНАЙСКИЙ: РИЖСКИЙ ПЕРИОД ЖИЗНИ И НАУЧНО-ПЕДАГОГИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ 32

Калвис Торганс ВКЛАД ПРОФЕССОРА ВАСИЛИЯ СИНАЙСКОГО В ФОРМИРОВАНИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ НЕЗАВИСИМОЙ ЛАТВИЙСКОЙ РЕСПУБЛИКИ 39

Ірина Ізарова ВИТОКИ УКРАЇНСЬКОЇ ТРАДИЦІЇ ВИКЛАДАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ: ДО СТОРІЧЧЯ ПУБЛІКАЦІЇ ЛЕКЦІЙ З ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ПРОФЕСОРА ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО 43

Олександр Малишев ПОСТАТЬ ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО: ДЕЯКІ КОНТЕКСТИ ТА АНАЛОГІЇ 47

Ірина Ізарова ІДЕЇ ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО ПРО СПРАВЕДЛИВІСТЬ ТА СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РЕФОРМУВАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ 51

Сергій Васильєв ЗАВДАННЯ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА: ЗВ'ЯЗОК ЧАСІВ (1916, 2016) 54

ВИБРАНІ ПРАЦІ ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО

ЛЕКЦИИ ПО РУССКОМУ ГРАЖДАНСКОМУ ПРОЦЕССУ (упорядник І. Ізарова) .....

СПРАВЕДЛИВОСТЬ, В ЧАСТНОСТИ ПРАВОВАЯ (ЛАТВИЙСКОЕ ГРАЖДАНСКОЕ УЛОЖЕНИЕ) (упорядник Р. Неколяк) 119

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ПРОФЕСОРА ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО (упорядник О. Малишев) 131

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА

Эльвира Аблаева ЭФФЕКТИВНОСТЬ НОРМ ИНСТИТУТА ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПО УГОЛОВНОМУ ПРАВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН 140

Дмитрий Абушенко О КОНФЛИКТЕ СВОЙСТВА НЕИЗМЕННОСТИ СУДЕБНОГО АКТА И ОБЪЕКТИВНОЙ ТРАНСФОРМАЦИИ УСТАНОВЛЕННОГО СУДОМ ПРАВООТНОШЕНИЯ 143

Bartosz Armknecht SKUTECZNOŚĆ PRAWA – ZAKAZ STADIONOWY JAKO INSTYTUCJA PRAWA PUBLICZNEGO LUB PRAWA PRYWATNEGO. STUDIUM JEDNEGO PRZYPADKU W UJĘCIU PRAWNO – PORÓWNAWCZYM POLSKA – RFN / ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВА – ЗАБОРОНА (ОБМЕЖЕННЯ) ПЕРЕБУВАННЯ НА СТАДІОНІ ЯК ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ТА ПУБЛІЧНОГО ПРАВА. ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ОДНОГО ВИПАДКУ НА ПРИКЛАДІ ПОЛЬЩІ ТА НІМЕЧЧИНИ 147

Расім Бабанли ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВОВИХ НОРМ, ЯКІ РЕГЛАМЕНТУЮТЬ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ З ВИПРОБУВАННЯМ 150

Ірина Басова ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНІ ОСОБИ – ДІТИ ЯК СУБ'ЄКТ ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ 153

Крістіна Бережна КАТЕГОРІЯ «СПРАВЕДЛИВІСТЬ» У СУЧАСНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ПРО ПРАЦЮ 157

Анна Біденко ЕФЕКТИВНІСТЬ ТА РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я 160

Іван Бірюков ЩОДО ДЕЯКИХ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАСАД ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ 163

Ирина Богдан ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ КАК СРЕДСТВО ДОСТИЖЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ ТРУДОПРАВОВЫХ НОРМ 166

Сніжана Богданова РОЛЬ ПОСТІЙНОГО ПРЕДСТАВНИКА ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ У КОНСТИТУЦІЙНОМУ СУДІ УКРАЇНИ В АСПЕКТІ ВЗАЄМОДІЇ ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ ТА КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ 168

Ольга Бойко АНАЛІЗ НОРМ ЗАКОНОДАВСТВА, ЩО ВИЗНАЧАЮТЬ ПРАВОВИЙ СТАТУС ЦЕНТРАЛЬНОГО ОРГАНУ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ, ЩО РЕАЛІЗУЄ ДЕРЖАВНУ ПОЛІТИКУ У СФЕРІ КАРАНТИНУ РОСЛИН 172

Марія Бондарєва ЩОДО ЗМІСТУ І СУТІ ПРАВ, ЩО ВИНИКАЮТЬ У СПАДКОЄМЦЯ В РЕЗУЛЬТАТІ ВІДКРИТТЯ СПАДЩИНИ, А ТАКОЖ ПІСЛЯ ЇЇ ПРИЙНЯТТЯ 175

Антон Борисенко ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ ЗА ПОЗОВАМИ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ 180

Катерина Бориченко ЩОДО ЕФЕКТИВНОСТІ ЗАКОНОДАСТВА У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ СІМЕЙ З ДІТЬМИ 183

Александр Бурлак СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ «САМОЗАНЯТЫХ ГРАЖДАН»: К ВОПРОСУ ОБ ЭФФЕКТИВНОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ..... 187

В'ячеслав Васецький ЕФЕКТИВНІСТЬ ФОРМУВАННЯ ПРАВА В СУЧАСНИХ УКРАЇНСЬКИХ УМОВАХ 190

Сергій Венедіктов ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ У ВЕЛИКОБРИТАНІЇ..... 192

Світлана Вишновецька ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА... 196

Кирило Воронов ПОЗИТИВНИЙ І НЕГАТИВНИЙ ЕФЕКТИ ПРИНЦИПУ «КОМПЕТЕНЦІЇ-КОМПЕТЕНЦІЇ» В МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ 199

Людмила Гаращенко ТЕОРІЯ РЕФЛЕКСИВНОСТІ В ТРУДОВОМУ ПРАВІ..... 201

Ніна Гетьманцева ДО ПИТАННЯ ПРО ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА..... 204

Аліна Горобець ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЩОДО ПРАВОВІДНОСИН ІЗ ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВОГО ДЕРЖАВНОГО СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ НА ВИПАДОК БЕЗРОБІТТЯ 207

Олена Гостюк ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОПЛАТИ ПРАЦІ НА ПІДПРИЄМСТВАХ, УСТАНОВАХ, ОРГАНІЗАЦІЯХ 210

Катерина Губар ДОСЛІДЖЕННЯ ПРИРОДНО-ПРАВОВИХ ПОГЛЯДІВ ЛЕО ШТРАУСА У ПРАЦІ «ПРИРОДНЕ ПРАВО ТА ІСТОРІЯ»..... 212

Марина Дей СТРАТЕГІЧНА РАМКОВА ПРОГРАМА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ З БЕЗПЕКИ ТА ГІГІЄНИ ПРАЦІ НА 2014-2020 РОКИ 216

Надія Дроздович ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ 218

Вікторія Жидецька ПУБЛІЧНЕ ОБГОВОРЕННЯ ПРОЕКТІВ НОРМАТИВНИХ АКТІВ 222

Катерина Жидецька ГРОМАДСЬКИЙ КОНТРОЛЬ ДЕЛЕГОВАНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ КМУ 226

Karol Zakrzewski EFEKTYWNOŚĆ NORM PRAWNYCH W ROZUMIENIU EKONOMICZNEJ ANALIZY PRAWA / ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА У РОЗУМІННІ ЕКОНОМІЧНОГО АНАЛІЗУ ПРАВА 230

Зміст

Олена Заєць ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА: ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ 233

Луи Зрейк ДЕФЕКТЫ ПРАВОВЫХ НОРМ В ИНСТИТУТЕ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ ИЗРАИЛЯ 237

Анастасія Іванова ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ КОНСТИТУЦІЙНИХ АКТІВ У КОНТЕКСТІ ПОЛІТИКИ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПАМ'ЯТІ 239

Марина Кабаченко ТЕРМІНОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ "ПРИПИНЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ" 243

Олександр Кайтанський ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ПІЛЬГ ЯК ОСНОВНОГО ПРАВОВОГО ЗАСОБУ ДОДАТКОВОГО СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ МОЛОДІ 246

Анастасія Клименко ДО ПИТАННЯ ОКРЕМИХ ПРИНЦИПІВ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ 248

Олена Коваленко ОКРЕМІ АСПЕКТИ РОЗМЕЖУВАННЯ ПИСЬМОВОЇ ТА ЕЛЕКТРОННОЇ ФОРМИ ДОГОВОРУ 251

Наталія Ковальчук ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВОВИХ НОРМ ЩОДО ТРАНСПАРЕНТНОСТІ ПІД ЧАС ЗАСТОСУВАННЯ ЗАХОДІВ ТОРГОВЕЛЬНОГО ЗАХИСТУ 255

Олександр Кононенко ГУМАНІСТИЧНІ ЗАСАДИ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА 259

Тетяна Коротенко ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН, ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗВЕРНЕННЯМ З СУДОВИМ ДОРУЧЕННЯМ ДО КОМПЕТЕНТНИХ ОРГАНІВ ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ 261

Єгор Краснов ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ НОРМ, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ПРИПИНЕННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН З ЖІНКАМИ, ЯКІ МАЮТЬ ДІТЕЙ ПРИ ЛІКВІДАЦІЇ ПІДПРИЄМСТВА 264

Олексій Кресін ПИТАННЯ ПРО ВИОКРЕМЛЕННЯ ГАЛУЗЕВИХ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДИСЦИПЛІН У ЄВРОПЕЙСЬКІЙ НАУЦІ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ XVIII – ПЕРШОЇ ТРЕТИНИ XIX СТ. 267

Дар'я Крилова МОРАЛЬ ЯК ЧИННИК ЕФЕКТИВНОСТІ НОРМ ПРАВА 270

Валерія Круковес ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ТЕРМІНОЛОГІЇ В ЗАЯВАХ ПРО ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТУ ПРОЖИВАННЯ ОДНІЄЮ СІМ'ЄЮ ЧОЛОВІКА ТА ЖІНКИ БЕЗ ШЛЮБУ 273

Владислав Кубальський РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ДЕРЖАВНУ ЗРАДУ ЯК ЗЛОЧИН ПРОТИ ДЕРЖАВНОГО СУВЕРЕНІТЕТУ 276

Iryna Lagutina YOUTH EMPLOYMENT IN UKRAINE 280

Богдан Лавренко ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ СПЕЦІАЛЬНОЇ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ 282

Людмила Легін ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ОПРИЛЮДНЕННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ 286

Олег Лукьянчиков, Денис Новиков О ПРАВЕ РАБОТОДАТЕЛЯ ВОЗЛАГАТЬ НА РАБОТНИКА ОГРАНИЧЕННУЮ МАТЕРИАЛЬНУЮ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ 289

Никита Лютов ЭФФЕКТИВНОСТЬ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ТРУДОВОГО ПРАВА: ПОДХОДЫ К ПРОБЛЕМЕ ОЦЕНКИ 292

Лариса Макаренко СОЦІАЛЬНІ НОРМИ ЯК НОРМАТИВНА СИСТЕМА КУЛЬТУРИ 303

Ярослав Мельник ЕФЕКТИВНІСТЬ ТА БЕЗПЕКА ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ 306

Марія Менджул ПРИНЦИП РІВНОСТІ В ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН В УМОВАХ ПОРУШЕННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ЦІЛІСНОСТІ УКРАЇНИ 309

Ірина Михайлова ДИСКРИМІНАЦІЙНА ПОЛІТИКА В СФЕРІ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В ПЕРІОД СТАНОВЛЕННЯ РАДЯНСЬКОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ 313

Мирослава Муляр ОЦІНКА КРЕДИТОСРОМОЖОСТІ ПОЗИЧАЛЬНИКА ЯК ПЕРЕДУМОВА УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ СПОЖИВЧОГО КРЕДИТУ: ПРОБЛЕМИ ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ 316

Вікторія Надьон ОБОВ'ЯЗКИ ПОДРУЖЖЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ПРИ УКЛАДЕНІ ПРАВОЧИНУ(ДОГОВОРУ) 320

Денис Наумов ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ У СФЕРІ ПРАЦІ НА ТЕРИТОРІАЛЬНОМУ РІВНІ 324

Марія Наньєва ВСТАНОВЛЕННЯ ВИМОГ ДО ПРАЦІВНИКІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ 327

Роман Неколяк ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СВОБОДИ НАУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 330

Анастасія Нерсесян ШЛЯХИ ГАРМОНІЗАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА І ЗАКОНОДАВСТВА ЄС В КОНТЕКСТІ ПАТЕНТУВАННЯ ЖИВОЇ МАТЕРІЇ 333

Jarosław Niesiołowski O RODZAJACH EFEKTYWNOŚCI PRAWA / ПРО ВИДИ ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВА 336

Ганна Огнев'юк ЛЕГІТИМНІ ОЧІКУВАННЯ ТА ЇХ ВПЛИВ НА ВИЗНАЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ НОРМ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ 340

Зміст

Ольга Оропай ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 150 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ У ПРОТИДІЇ ЕКСПЛУАТАЦІЇ ДІТЕЙ 343

Олег Панасюк ЭТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ТРУДОПРАВООБРАЗОВАНИЯ КАК УСЛОВИЕ ЕГО ЭФФЕКТИВНОСТИ 346

Martins Osis SOME REMARKS ABOUT SEQUENCE IN CIVIL PROCEDURE / ДЕЯКІ ЗАУВАГИ ЩОДО ПОСЛІДОВНОСТІ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ 349

Наталія Пархоменко ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ: ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ 353

Вікторія Піддубна ЩОДО ЕФЕКТИВНОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ НОРМ ЗАКОНУ "ПРО СВОБОДУ СОВІСТІ ТА РЕЛІГІЙНІ ОРГАНІЗАЦІЇ" 356

Марія Плотнікова ВИКОРИСТАННЯ СТАТИСТИЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ ДЛЯ ОЦІНКИ ЕФЕКТИВНОСТІ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ 362

Оксана Пожарова НАДОМНА ТА ДОМАШНЯ ПРАЦЯ ЖІНОК: АКТИ МОП ТА ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ 365

Александра Пузырёва ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О СОЦИАЛЬНОМ ОБСЛУЖИВАНИИ И ЕГО РЕАЛИЗАЦИЯ: ПРОБЛЕМЫ ПОВЫШЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ 368

Алла Радзівілл СТВОРЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО ПРЕВЕНТИВНОГО МЕХАНІЗМУ ЗАПОБІГАННЯ КАТУВАННЯМ В УКРАЇНІ 371

Олег Радченко ВИСЛУГА РОКІВ ЯК ПІДСТАВА ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ 375

Олена Радь ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ УКЛАДЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ (КОНТРАКТУ) З КЕРІВНИКАМИ ЗАКЛАДІВ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ 377

Людмила Русаль СМЕРТЬ ПРАЦІВНИКА ЯК ЮРИДИЧНИЙ ФАКТ ПРИПИНЕННЯ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН 380

Інна Севрюкова ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ВОЛОДІННЯ ТА ВИЗНАЧЕННЯ ЙОГО МІСЦЯ У СИСТЕМІ РЕЧОВИХ ПРАВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ДЕЯКИХ КРАЇН ЄС 383

Марина Седельникова К ВОПРОСУ О ПРОГНОЗИРУЕМОЙ ЭФФЕКТИВНОСТИ НОРМ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ 387

Олена Середа ЗАХИСТ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ В УМОВАХ ЕВРОІНТЕГРАЦІЇ 390

Світлана Синчук ЩОДО РЕФОРМИ ПЕНСІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЯК СКЛАДОВОЇ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНОГО КУРСУ УКРАЇНИ 392

Сергій Сільченко ДЕЯКІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПЕНСІЮ ПІД ЧАС РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ЇЇ ВИБІР 395

Яна Сімутіна ЕФЕКТИВНІСТЬ МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН КРІЗЬ ПРИЗМУ ЕФЕКТИВНОСТІ НОРМ ПРАВА ТА ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ 397

Дмитро Сіроха ДО ПИТАННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ НОРМОТВОРЧОСТІ У СФЕРІ ПРАЦІ 401

Андрій Скоробагатько ПЕНСІЙНЕ ЗАКОНОДАВСТВО: ЕФЕКТИВНІСТЬ ЙОГО НОРМ 403

Gheorghe Sorin Slabu SPORTSMEN'S TRANSFER – AN INSTITUTE BELONGING TO THE LABOUR LAW OR A CREATION OF THE SPORT PRACTICE / ТРАНСФЕР СПОРТСМЕНІВ – ІНСТИТУТ, ЩО НАЛЕЖИТЬ ДО ТРУДОВОГО ПРАВА АБО СТВОРЕННЯ СПОРТИВНОЇ ПРАКТИКИ 407

Михайло Сорочишин МЕТОДИ ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТУ ІСНУВАННЯ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН У ТРУДОВОМУ ПРАВІ ВЕЛИКОБРИТАНІЇ 411

Ольга Старицька НАРИСИ ЩОДО ПИТАННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВА 414

Назарій Стецик ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИРОДУ ТА СТРУКТУРУ НОРМ ПРАВА ТА НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ ПРИПИСІВ 417

Сергій Сунєгін ЛІБЕРАЛІЗМ vs. СОЦІАЛЬНА ПОЛІТИКА: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ 420

Gaabriel Tavits CHANGING WORLD OF LABOUR AND SOCIAL PROTECTION / МІНЛИВИЙ СВІТ ПРАЦІ ТА СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ ПРАЦІВНИКІВ 426

Вікторія Тарасенко НОВИЙ СТАРИЙ «СПОЖИВЧИЙ КОШИК» 430

Тетяна Тарахонич ЗАКОННІСТЬ ЯК МЕТА ТА РЕЗУЛЬТАТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ 432

Галина Татаренко ПРИРОДНІ МОНОПОЛІЇ, ЯК ЕЛЕМЕНТ УПРАВЛІННЯ ЖИТЛОВО-КОМУНАЛЬНИМ КОМПЛЕКСОМ 435

Дмитрий Тис ПРОБЛЕМЫ ДОКАЗЫВАНИЯ СПЕЦИАЛЬНОГО СТАЖА РАБОТЫ НА ПРЕДПРИЯТИЯХ СЕЛЬСКОГО ХОЗЯЙСТВА 439

Лидия Терехова ЭФФЕКТИВНОСТЬ «ИНЫХ» ВНОВЬ ОТКРЫВШИХСЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ 442

Володимир Тертишник ЕФЕКТИВНІСТЬ НОВАЦІЙ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА....445

Віра Токарева КОПІЮВАННЯ ЯК ПЕРЕДУМОВА ІННОВАЦІЙ 449

Броніслав Тоцький КОНЦЕПЦІЯ РЕГУЛЯТИВНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЯК МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БАЛАНСУ ІНТЕРЕСІВ У ЗЕМЕЛЬНІЙ СФЕРІ В США....452

Тарас Третяк ПРОБЛЕМА ЗАСТОСУВАННЯ ВІНДИКАЦІЙНОГО ЧИ НЕГАТОРНОГО ПОЗОВУ ДЛЯ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ, ПОРУШЕНОГО САМОВІЛЬНИМ ЇЇ ЗАНЯТТЯМ....455

Лариса Трофімова ПРОБЛЕМИ АКАДЕМІЧНОЇ КУЛЬТУРИ: ПОШУК BONA FIDES TA EQUITAS....458

Галина Трунова ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ У ЗВ'ЯЗКУ З ТИМЧАСОВОЮ ВТРАТОЮ ПРАЦЕЗДАТНОСТІ....462

Ярина Удала ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ НОВІТНІХ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ В ПРАВОТВОРЧУ ДІЯЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВИ....465

Ігор Усенко, Анастасія Іванова ПРОБЛЕМА ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВА В ДОСЛІДЖЕННЯХ УКРАЇНСЬКИХ ВЧЕНИХ: ІСТОРІОГРАФІЧНИЙ АСПЕКТ 468

Наталія Фурлет ТРУДОВІ ПРАВА КЕРІВНИКА ВИЩОГО НАВЧАЛЬНОГО ЗАКЛАДУ 475

Олег Халабуденко ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ НОРМЫ: ЭФФЕКТИВНОСТЬ, СТРУКТУРА, ФУНКЦИИ 478

Роксолана Ханик-Посполітак ПУНКТ 5 ч. 1 ст. 96 ЦПКУ (ЗАЯВЛЕНО ВИМОГУ ПРО ПОВЕРНЕННЯ ВАРТОСТІ ТОВАРУ НЕНАЛЕЖНОЇ ЯКОСТІ): «МЕРТВА» НОРМА ЧИ РЕАЛЬНИЙ МЕХАНІЗМ? 483

Наталія Хуторян ПРИНЦИПИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ТА ЇХ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ЕФЕКТИВНОСТІ НОРМ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА....485

Анастасія Чайковська ЕФЕКТИВНІСТЬ ПОРЯДКУ ВИКЛЮЧЕННЯ УЧАСНИКА ЗІ СКЛАДУ ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ КОНФЛІКТІВ....487

Аліна Чанишева ДОПОМІЖНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЩОДО ЗАСТАВИ....490

Галія Чанишева ПРИНЦИП СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ У СИСТЕМІ ПРИНЦИПІВ ТРУДОВОГО ПРАВА 493

Денис Чижов ПОНЯТТЯ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ ЛЮДИНИ В УМОВАХ ВІЙСЬКОВИХ КОНФЛІКТІВ.....495

Людмила Чулінда РОЛЬ ТЛУМАЧЕННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ НА СТАДІЯХ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ 499

Роман Шабанов ВИМУШЕНЕ ТА ДОБРОВІЛЬНЕ БЕЗРОБІТТЯ: ПРАВОВИЙ АСПЕКТ 502

Вікторія Шевердіна ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ КЕРІВНИКІВ ПІДПРИЄМСТВ, УСТАНОВ, ОРГАНІЗАЦІЙ ЗА НЕВИПЛАТУ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ 505

Алла Ширант ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ПРАЦІВНИКА ПРИ ФАКТИЧНОМУ ДОПУСКУ ЙОГО ДО РОБОТИ БЕЗ ВИКОНАННЯ РОБОТОДАВЦЕМ ВИМОГ СТ. 24 КЗпПУ 508

Михайло Шумило ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ З ПИТАНЬ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УКРАЇНІ..... 511

Марія Щербина ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА ПРИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ЄДНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ДОЛІ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ ТА ОБ'ЄКТІВ НЕРУХОМОСТІ, ЯКІ НА НІЙ РОЗТАШОВАНІ, В УКРАЇНІ 514

Тетяна Юзько РОЛЬ ДЕРЖАВИ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ І РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПРАЦЮ..... 517

Алла Юшко НОРМИ, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ПРАЦЕВЛАШТУВАННЯ ВИПУСКНИКІВ ВНЗ: ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ.....520

Ольга Явор СТРОКИ В СІМЕЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА.....525

Ірина Ярошенко ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА: НАЦІОНАЛЬНІ ТА ЄВРОПЕЙСЬКІ ПРОЦЕДУРИ (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ).....528

Ігор Яценко СУЧАСНА КОНСТИТУЦІЙНА КРИЗА ПОДІЛУ ВЛАДИ В РЕСПУБЛІЦІ ПОЛЬЩА В КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ 532

Ірина Биля-Сабадаш ЮРИДИЧНІ ФІКЦІЇ І ЇХ ВПЛИВ НА ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА.....536

PRAEFATIO

Шановні учасники VII Міжнародної науково-практичної конференції "Ефективність норма права", Організаційний комітет висловлює свою вдячність за те, що Ви знайшли можливість і долучилися до нашого заходу.

Вже стало звичним, що восени на Володимирській гірці, в Інституті держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, проводиться наукова зустріч українських та іноземних вчених-правників, представників різних галузей права для обговорення актуальних тем сьогодення. Організатором цього дискусійного майданчику є Рада молодих вчених Інституту. Метою нашої конференції є не тільки підведення підсумків новочасних наукових пошуків, але і бажання відродити славні традиції наукового спілкування, знайомства молодих науковців із відомими вченими для подальшої співпраці.

Кожного року конференція присвячується одному із вчених, який зробив значний внесок у розвиток правничої науки. Цьогоріч – це доктор права, професор Василь Синайський, непересічний науковець, знаний не тільки в Україні, але й за її межами, організатор освіти й науки, шанований педагог, провідний фахівець із римського права, глибокий теоретик приватного права, для якого поняття "справедливість у праві" мало чітку конотацію із правами людини.

На жаль, ім'я професора В. Синайського сьогодні несправедливо призабуте і знане здебільшого у вузькому колі фахівців римського та цивільного права. Цей збірник є невеликим кроком до повернення постаті цього вченого у сучасний український науковий обіг, спробою привідкрити окремі, досі архівні, факти біографії В. Синайського. Ми висловлюємо слова вдячності Ігорю Усенку за наукову біографію, а також Людмилі Міхневич, яка висвітлює неабиякий організаторський хист В. Синайського, масштаб та сучасність його ідей. На особливу подяку заслуговує Світлана Ковальчук, яка відгукнулася на пропозицію співпраці у підготовці матеріалів конференції, розкрила факти життя В. Синайського за 22 роки проживання в Ризі, де вчений очолював кафедру цивільного права Латвійського університету. Про вагомість особистості вченого, позачасовість і актуальність його наукових праць та їх колосальний вплив на відновлення сучасної правової системи Латвії, свідчить публікація Калвіса Торганса. Справжнім подарунком долі стало знайомство з Тетяною Шор, яка зголосилася підготувати, досі невідомі в Україні, матеріали по справі В. Синайського, що зберігається у Національному архіві Естонії, яка включає в себе біографічні факти про студентські роки вченого, а також про перші кроки у правовій науці.

Вже стало доброю традицією включати до збірника, окрім статей-розвідок щодо біографії чи аналізу наукових доробків вчених, яким присвячується конференція, також їх вибрані праці та бібліографію. Цьогоріч безумовним фаворитом стали "Лекції з російського цивільного процесу", які були прочитані у Київському комерційному інституті в 1916 році. Сто років цей курс лекцій не перевидавався, що стало символічним і навіть вирішальним для їх републікації. На щастя, пошуки першоджерел увінчалися успіхом, і ми змогли віднайти "Лекції..." у бібліотеці Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого, упорядником яких у цьому збірнику стала Ірина Ізарова. Окремо хочеться подякувати Олександру Малишеву за його значну та самовіддану роботу у підготовці переліку опублікованих праць професора В. Синайського та Роману Неколяку за упорядкування статті вченого про справедливість, яка і сьогодні залишається актуальною.

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

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

ПАМ'ЯТІ ПРОФЕСОРА ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО

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

ПРОФЕСОР ВАСИЛЬ ІВАНОВИЧ СИНАЙСЬКИЙ: СТОРІНКИ ЖИТТЄВОГО І ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

Сьогодні ми вшановуємо пам'ять професора Василя Івановича Синайського, вченого-цивіліста, доктора римського права, якого вважають своїм в Україні, Росії і Латвії.

Майбутній професор народився 25 липня 1876 р. в с. Лаврово Тамбовської губернії. Нині це однойменне село Кореньовщинського сільського поселення Мордовсього району Тамбовської області Російської Федерації. Дякуючи розвідці естонського архівіста Тетяни Шор, яка надрукована в матеріалах цієї конференції, ми знаємо, що його батько Іоан (Іван) Михайлович Синайський) був священиком с. Гориці Липецького повіту, яке теж належало до Тамбовської єпархії. Маму його звали Катериною Михайлівною (дівоче прізвище, ймовірно Спаська). Утім, на нашу думку, ці відомості ще потребують перевірки, оскільки в особовому фонді В. І. Синайського в Інституті рукопису Національної бібліотеки України ім. В. І. Вернадського є багато листів з села «Бедные Горицы» від Синайських Іоана Петровича та Катерини Михайлівни[1]. Василь був старшим із дітей у цій родині. Вслід за ним народилися Павло (1879), Микола (1880), Анна (1882) і Дмитро (1885). Народжуючи останнього сина, мати померла. Через 4 роки вслід за нею пішов у вічність і батько.

Далі 14-річним сиротою, як зазначається у біографіях вченого, опікувався брат матері на прізвище Спаський, який мав надію, що племінник зробить традиційну для родини духовну кар'єру і віддав його навчатися в семінарію. Наші генеалогічні пошуки дали змогу встановити , що в с. Лаврово (саме там, де народився вчений і звідки, вірогідно, походила його мати) настоятелем місцевої церкви був Павло Михайлович Спаський. Цілком можливо, що з багатьох тамбовських Спаських саме він був дядьком вченого. Утім, в особовому фонді вченого, як вже згадувалося, є низка листів представників старшого покоління

[1] ІР НБУВ, ф. 145, спр. 76–85.

Синайських за 1880-ті роки, поглиблене вивчення яких, можливо, дасть змогу дещо уточнити наведені вище відомості про родинне коло вченого.

Нині ж, до проведення відповідних досліджень ми можемо доповнити лише відомості Т. Шор про Дмитра Івановича Синайського. В «Ленінградському мартиролозі» є згадка, що священнослужитель на таке ім'я, що народився 1885 р. в селі Лаврово, прийняв сан 1919 р., служив у Андріївському соборі в Ленінграді, у 1935 р., в порядку «скорочення», був направлений служити в Нікольську церкву в Тихвині. Розстріляний 14 грудня 1937 р.[1]

Василь Іванович вчився в семінарії від серпня 1891 р. до червня 1897 р. Найвірогідніше, оскільки на це вказує декілька джерел – це була Тамбовська духовна семінарія. Утім, є поодинока згадка про його навчання в Липецькій духовній семінарії. Зауважимо також, що ряд дослідників називають другом-семінаристом вченого майбутнього видатного хірурга М. Н. Бурденка. Але ж Микола Нілович, як достовірно відомо, навчався в 1891–1897 р. у Пензенській духовній семінарії.

Як би там не було, після семінарії Синайський не продовжив духовну освіту, а вступив власним коштом (ймовірно, разом з М. Н. Бурденком) на медичний факультет університету в Монпельє (Франція). Проте з фінансових та, можливо, інших міркувань, після першого року навчання, залишив Францію і вступив (знову на перший курс) на юридичний факультет Юріївського університету. Тут він навчався від 26 січня 1899 р. до квітня 1903 р., але диплом отримав лише 30 травня 1904 р. Його успіхи в університеті привернули увагу викладачів і у вересні 1904 р. правознавець прийняв пропозицію відомого романіста професора права Е. В. Пассека залишитися при кафедрі римського права для підготовки до викладацької діяльності строком на два роки, починаючи з 1 січня 1905 р. Паралельно з науковими заняттями, він записався в помічники присяжного повіреного при Московському судовому окрузі та близько року успішно займався адвокатською практикою, від якої зрештою відмовився задля праці в бібліотеках Брюсселя. В травні 1907 р. він склав належні магістерські іспити, 2 вересня 1907 р. успішно захистив дисертацію (pro venia legendi) «Подушний наділ в Давньому Римі»[2] і від 6 вересня того ж року Сінайський В. І. офіційно став приват-доцентом кафедри римського права Юріївського університету.

10 грудня 1908 р. В. І. Синайський захистив дисертацію на ступінь магістра римського права за монографією «Нариси з історії землеволодіння і права в Давньому Римі. Вип. 1. Садибний наділ і общинне землеволодіння в уявленнях письменників римської давнини» (Юр'єв, 1908). 8 травня 1909 р. університет обрав його екстраординарним професором кафедри цивільного права і судочинства, але обрання не було затверджене міністерством. Натомість йому було

[1] Ленинградский мартиролог 1937–1938. – СПб., 1999. – Т. 4. –С. 436.

[2] Ми подаємо скрізь безпосередньо в тексті (без традиційних посилань) українською мовою скорочені бібліографічні відомості про праці вченого, оскільки в цьому виданні міститься відповідний їх перелік з повним бібліографічним описом мовами оригіналів

дозволено в серпні 1910 р. зайняти таку ж посаду у Варшавському університеті. В цьому ж році вчений здобув особисте дворянство.

Викладав новоспечений професор у Варшаві всього один рік. Проте, як встановив брянський дослідник С. І. Михальченко, він ризикнув звернутися до керівництва факультету з клопотанням прийняти до захисту як докторську дисертацію його нову монографію «Особисте і майнове становище заміжньої жінки в цивільному праві», але невдовзі без формальних пояснень відкликав своє клопотання.

Подальша кар'єра вченого була пов'язана з Університетом св. Володимира в Києві, де він послідовно був «виконуючим посаду» екстраординарного професора (від 13 серпня 1911 р.) і ординарним професором (від 14 квітня 1914 р.) кафедри торгового права і торгового судочинства із службовим дорученням читати лекції з римського права. Службовому зростанню передувало затвердження вченого 14 січня 1914 р. у ступені доктора римського права на підставі успішного захисту 8 грудня 1913 р. відповідної дисертації за монографією «Нариси з історії землеволодіння і права в Давньому Римі. Вип. II–V». (К., 1913). А 1915 р. побачив світ VI випуск його нарисів під назвою «Давньоримська община порівняно з козацькою общиною». У роки першої світової війни університет переїхав до Саратова. Тут, в евакуації у 1914–1915 рр. виходить друком перше видання його двотомного курсу російського цивільного права, а у 1914–1916 рр. – кілька програм професора із цивільного та цивільного процесуального права. Упродовж цих двох років (не пізніше 1917 р.) професор переходить на традиційно найпрестижнішу на юридичному факультеті кафедру цивільного права і цивільного. судочинства.

Отже, в університеті вчений викладав різночасно або одночасно курси римського, цивільного і торгового права. Під його керівництвом у 1912–1917 рр. діяв також організований ним науково-дослідницький цивілістичний семінар. В роботі цього осередку студентської науки, зокрема, брали участь такі відомі згодом постаті, як В. І. Бошко, А. Я. Вишинський, М. О. Чельцов (Бебутов). Результати роботи семінару втілилися у тритомне видання студентських наукових праць

Викладав професор також на Київських Вищих жіночих курсах, маючи на тиждень 6 лекційних годин і 7 семінарів. Докладніше про цей заклад можна подивитися в статті К А. Губар[1].

Водночас від листопада 1911 р. вчений за сумісництвом був зарахований до складу викладачів Київського комерційного інституту, хоча до реальної праці приступив лише від січня 1913 р.: спочатку як понадштатний екстраординарний професор цивільного права, а від листопада 1914 р. як понадштатний ординарний професор.

---

[1] *Губар К. А.* З історії правничої освіти в Україні: юридичне відділення Київських вищих жіночих курсів // Часопис Київського університету права 2011/3. – С. 320–326.

Наукова творчість вченого дореволюційного періоду переважно лежала у площині римського і цивільного права. Як романіст В. І. Синайський характеризувався суспільно-історичним підходом до римського права. Він намагався розглядати його у розвитку, з врахуванням численних історично мінливих соціальних факторів. Зокрема, дослідник звернув особливу увагу на роль у Давньому Римі юристів-жерців і сакрального права. Воєнно-сакральний характер, на його думку, мало, зокрема, і т. зв. квіритське право. В зв'язку з цим вчений дійшов цікавого висновку, що багато інститутів класичного римського приватного права виросло з публічного права попередньої доби.

Як фахівець з російського цивільного права В. І. Синайський зосередив свої зусилля на вивченні основних принципів галузі, на їх втіленні у чинному законодавстві та в реальному цивільно-правовому середовищі, у т. зв. соціологічному суспільстві. Його підручник з цивільного права став працею, яка підсумувала багатолітній розвиток довоєнної (перед першою світовою війною) російської цивілістики, репрезентований курсами цивільного права Д. І. Мейера, К. П. Побєдоносцева, Н. Л. Дювернуа, Є. В. Васьковского, Ю. С. Гамбарова і Г. Ф. Шершеневича. У підручнику В. І. Синайського гармонічно поєдналися виклад теоретичних положень, аналіз законодавства і перспектив його розвитку (включно з проектом нового Цивільного уложення), коментар судової практики. Одним із перших цивіліст запропонував поділ товариств на прибуткові і неприбуткові, висунув ідею «майна як цілого» (аналог сучасного поняття «цілісний майновий комплекс»), звернув увагу на обмеженість прав власника тощо. Сучасні дослідники особливо відзначають актуальність багатьох положень, висунутих вченим в галузі речового права, блискучим знавцем якого він був.

У перші пореволюційні роки правознавець основну увагу приділяв заснованому ним разом з професором М. І. Мітіліно приватному Київському юридичному інституту, директором якого він був від січня 1918 р. Фундатори інституту намагалися створити навчальний заклад нового типу, який давав би ґрунтовні знання як з права, так і з економіки. Інститут доволі успішно пропрацював біля двох років, але з утвердженням радянської влади продовження існування приватного юридичного вишу стало неможливим. В грудні 1919 р. заклад було перетворено на Міжнародний інститут соціології і права, а у червні 1920 р. остаточно ліквідовано. Цій сторінці діяльності вченого на нашій конференції присвячена окрема доповідь Л. В. Міхневич.

Не довго проіснував і двотижневий громадсько-юридичний журнал «Право и жизнь», який видавався у вересні-грудні 1918 р. в Києві однойменним товариством юристів за загальною редакцією В. І. Синайського. Засновниками передбачалося, що видання буде вірою і правдою служити праву, ставлячи його вище партійних, національних і класових інтересів. Всього побачило світ 6 випусків часопису, в одному з яких було опубліковано програмну статтю В. І. Синайського про завдання юридичної освіти.

Після ліквідації Київського університету і Київського юридичного інсти-

туту вчений у жовтні 1920 р. був обраний на посаду завідувача кабінету права на економічному факультеті Київського інституту соціально-економічних наук (колишній Київський комерційний інститут, згодом реорганізований в Київський інститут народного господарства). Від березня 1921 р. правознавець – професор і товариш голови президії соціально-правового факультету КІНГ. Був він також членом правничої секції Українського наукового товариства в м. Києві.

Долучився професор і до становлення української академічної юридичної науки як «керівничий» Комісії для виучування звичаєвого права України. Згідно з ретроспективною інформацією в офіційному «Звідомленні» Української академії наук в Києві за 1923 р. В. І. Синайський приступив до роботи в Академії з 1 січня 1921 р. і «жваво заходився був коло організації комісії» . Проте на початку 1922 р. в Комісії і Академії, загалом, почалися несприятливі кадрові реорганізації. Так, з 1 березня 1922 р. було проведено скорочення, внаслідок якого на штатних посадах в Комісії залишилися лише В. І. Синайський, А. Е. Кристер і В. С. Назимов. Решта колишніх штатних працівників стали вважатися постійними позаштатними співробітниками, а всі інші науковці тепер іменувалися позаштатними тимчасовими співробітниками. Але комісія працювала! Її керівничий також став ініціатором створення в березні 1921 р. Семінару для виучування звичаєвого і цивільного права. 18 липня 1921 р. він був затверджений на посаді керівника семінару. 15 серпня відбулося перше засідання Семінару в складі: В. І. Синайського, А. Е. Кристера (асистента), чотирьох старших членів (серед них, зокрема, були П. К. Бонташ та В. К. Дронніков) і чотирьох молодших членів. Згідно з офіційними звітами найбільшу увагу на семінарі присвячували з'ясуванню основних методологічних проблем соціальних наук, характеру наукового пізнання загалом, і юридичного методу пізнання зокрема. Ставилися проблеми класифікації юридичних наук, відношення правознавства до соціології та психології тощо.

В. І. Синайський також був ініціатором створення Правничого товариства при УАН, редактором відділу соціальних наук Комісії для складання енциклопедичного словника, виступав із цікавими доповідями на наукових засіданнях Соціально-економічного відділу.

Наприклад, він разом з академіком-економістом Р. М. Орженським підготував спільну доповідь про систему соціології П. О. Сорокіна. Конспект цієї доповіді В. І. Синайського, датований 26 червня 1921 р., нам вдалося, до речі, відшукати в особовому архівному фонді вченого[1].

Незважаючи на згадану доволі інтенсивну науково-викладацьку діяльність професор за радянської влади відчував помітний дискомфорт. Разом із М. І. Мітіліно він виступив проти адміністративних методів в управлінні наукою і вищою освітою, звуження традиційних для цих сфер самоврядних засад.

[1] ІР НБУВ, ф. 145, спр. 12.

Водночас у жовтні 1921 р. вчений почав переговори з ректором Латвійського університету професором Е. Р. Фелсбергом про переїзд до Риги. Натомість органи радянської влади взяли курс на висилку за кордон «письменників і професорів, які допомагають контрреволюції» (зокрема, організували сумної слави «філософський пароплав»). 22 серпня 1922 р. заарештували М. І. Міті-ліно. Йому було висунуто звинувачення у контрреволюційності, відповідно до якого ДПУ УСРР у позасудовому порядку збиралося вислати правознавця за кордон. Згодом професора замість цього зобов'язали «добровільно» виїхати за кордон не пізніше 8 вересня 1922 р. Проте через деякий час політичний курс змінився і найближчий соратник В. І. Синайського залишився працювати в Києві.

У контексті наведеного можна знайти якісь пояснення тому, що на початку жовтня 1922 р. раптово і дуже швидко, навіть не звільнившись офіційно з посад в КІНГ та УПН, В. І. Синайський виїхав за кордон (спочатку в Польщу, а далі в Латвію). Його наступником в Академії став професор А. Е. Кристер.

Від 1924 р. В. І. Синайський – ординарний професор цивільного права Латвійського (Ризького) університету. Викладав цивільне право, а в 1937–1939 рр. – також римське право. Цьому доволі плідному періоду його життя на нашій конференції присвячено дві окремі доповіді, тому ми лише констатуємо, що в Латвії професор підготував кількасот нових праць, продовжив традицію студентських семінарів, співпрацював з міністерствами фінансів і юстиції, займався громадською і журналістською діяльністю. Авторитет вченого засвідчила його участь у багатьох громадських наукових осередках, до числа яких належали Товариство історії права у Парижі; Науковий комітет журналу аграрного права у Флоренції, Інститут з вивчення законодавства в Римі; Академія політичних та соціальних наук у Філадельфії тощо. Влітку 1944 р. вчений емігрував у Прагу, а згодом в Брюссель, де й помер 21 вересня 1949 р. Був похований на місцевому Лісовому кладовищі.

Звісно, наведене стосується лише якихось суто формальних сторін науково-викладацької діяльності В. І. Синайського. А він був поетом і драматургом, непогано малював (брав уроки живопису у відомих митців у Києві і Ризі), збирав фольклор, цікавився пам'ятками архітектури, був добрим товаришем і дбайливим батьком.

За межами цього нарису залишилися і питання вшанування пам'яті вченого, зокрема, відповідні наполегливі зусилля доньки вченого Наталі Василівни Синайської-Липи (1914–2006), автора праці «Круг життя професора Василя Івановича Синайського» (Рига, 1998).

Завершити ж я хочу закликом до всіх присутніх підключитися до опрацювання і популяризації творчої спадщини вченого, зокрема тих справжніх «перлин», які зберігаються в Інституті рукопису НБУВ і чекають на свого дослідника.

Татьяна Шор,
PhD, архивариус
Национального архива Эстонии (Tartu, Estonia)

ВАСИЛИЙ СИНАЙСКИЙ И ИМПЕРАТОРСКИЙ ЮРЬЕВСКИЙ (ТАРТУСКИЙ) УНИВЕРСИТЕТ

Цель настоящего сообщения ввести в научный оборот комплекс архивных материалов для составления научной биографии известного юриста-правоведа профессора В.И. Синайского, начавшего свой путь в науке в старейшем Дерптском/Юрьевском (Тарту) университете на стыке двух эпох. Если латвийский период в жизни Синайского изучен довольно подробно, то в трехтомной истории Тартуского университета его имя не упоминается, хотя именно в Тарту он прошел путь от студента до профессора, здесь учились его братья, именно здесь он сформировался как ученый. В 1990-е годы его имя трудами профессора Пеэтера Ярвелайда[1] было введено в научный оборот, но все же не все источники были им использованы. Часть собранных материалов, в том числе и письма дочери ученого Натальи Синайской, хранятся теперь в Национальном архиве Эстонии в Тарту[2] в личном фонде П. Ярвелайда[3].

В Национальном архиве Эстонии в Тарту в фонде «Императорский Тарту-

[1] Järvelaid, Peeter. Unikaalne doktorimärk [Tartu Ülikooli kasvandik Vassili Sinaiski (1876-1949)] / Postimees (Tartu). 1996. 1.veebr. – Lk. 11; Järvelaid, Peeter. Tartu Ülikooli kasvandik, rahvusliku Läti Ülikooli õigusteaduskonna üks rajajaid Vassili Sinaiski)1876-1949). / 75 aastat eesti ülikooli Tartus. Tartu, 1997. – Lk. 94—108; Ярвелайд, Пеэтер. Слово о воспитаннике Тартуского Университета Василии Ивановиче Синайском // Внетеоретические формы отражения права. Tartu: TÜK, 1990. – С. 136-140. (Tartu Ülikooli toimetised; 914 / Studia iuridica 5 / Õigusteadlikke töid; [49]); Синайская, Наталья. Круг жизни: воспоминания о профессоре В.И. Синайском. Воспоминания дочери Н.В. Синайской, восстановленные по записям и памяти. Рига, 1998. – 150 с.; Синайская, Наталья. Памяти профессора В.И. Синайского: воспоминания дочери // Внетеоретические формы отражения права. Tartu, 1990. – С. 150—172. (Tartu Ülikooli toimetised; 914 / Studia iuridica; 5 / Õigusteadlikke töid; [49]).; Синайская, Наталья. Научные связи профессора В.И. Синайского с западноевропейскими учеными // Внетеоретические формы отражения права. Tartu, 1990. – С. 173-176. (Tartu Ülikooli toimetised; 914 / Studia iuridica; 5 / Õigusteadlikke töid; [49]); Шор, Татьяна. Должны помнить: Круг жизни профессора Василия Ивановича Синайского / Таллинн=Tallinn: литературный журнал. 1999. № 13. – С. 175.

[2] Шифры фондов Национального архива Эстонии в Тарту даются в том виде, как они представлены в общей электронной архивной поисковой системе на сайте www.ra.ee/vau; см. также: http://ais.ra.ee/. Буквенная аббревиатура указывает на название архива, цифры после точек – номер фонда, опись, дело.

[3] Национальный архив Эстонии в Тарту. EAA.5305.1.26. 1986-1996. 47 л. (Дело содержит письма Н.В. Синайской к П. Ярвелайду, копии статьи В.И. Синайского из латышского журнала Tieslietu Ministrijas Vēsnesis (Вестник мин-ва юстиции). 1925/ 4, 733-736 (памяти проф. Э. Губера «Задачи кодификации гражданского права»; заметки Т. Фейгмане и Е. Подберезина об открытии мемориальной доски в Риге в 1994 году, брошюрп Л. Бирзиня о научной и педагогической деятельности Синайского); EAA.5305.1.43. 1989-1995. Л. 53-76 (Содержит фото дома в Брюсселе, где в последние годы жил В.И. Синайский, копии фотографий с

ский (Дерптский/Юрьевский) университет, 1802–1918, EAA.402) хранятся дела об учебе трех братьев Синайских — старшего юриста Василия (1876–1949), химика Павла (1879-?) и юриста Дмитрия (1885-?) в период с 1899 по 1910 год. Все они были сыновьями священника Тамбовской епархии Липецкого уезда села Гориц Иоанна Михайловича Синайского (1853—1899) и его законной супруги Екатерины Михайловны (умерла после рождения младшего сына Дмитрия). В семье были еще дети Николай (1880), который после смерти отца проживал в Юрьеве/Дерпте на попечении старшего брата Василия, и сестра Анна (1882)[1]. В Юрьеве братья снимали квартиру в доме 72 (74) по улице Александровской.

Первым в древний Юрьев прибыл самый известный из братьев В.И. Синайский, окончивший в 1897 году Тамбовскую семинарию. Полученные от семинарии подъемные деньги в сумме 360 рублей он был обязан теперь вернуть Духовному ведомству, потому что употребил их не по назначению, а на учебу на медицинском факультете в Монпелье. Возможно, к этому его подвигло изучение народной медицины, которую преподавали в семинарском курсе. Когда деньги закончились, то пришлось возвратиться в Российскую империю и продолжить образование в близком к столицам старейшем университете в Дерпте/Юрьеве, где жизнь была несравненно дешевле. Кроме того, в связи с преобразованиями и оттоком студентов-немцев здесь с середины 1890-х гг. принимали и семинаристов. Сохранилось письмо Синайского ректору[2] университета от 13 декабря 1898 г.: «Простите, пожалуйста, что беспокою Вас своим частным письмом, но мое положение таково, что я могу обратиться только к Вам. Окончив курс Семинарии по 1-му разряду, при поведении пять, в 1897 году, я поступил действительным студентом в Монпельевский университет (Montpellier France). Прошел год, и я с ужасом понял свою оторванность от почвы, добровольному изгнаннику стало жаль свои молодые годы, и он возвратился в Россию с мыслью поступить в российский университет. <...> Круглый сирота, я сбежал от своих милых родственников, принуждавших меня сделаться священником и живу теперь у чужих людей. Мое положение печально, а до нового учебного года еще 8 месяцев, мучительно длинных ожиданием, убийственно тяжелых неопределенностью... <...> Ваше превосходительство! От Вас зависит навести справки обо мне в Тамбовской духовной семинарии и это будет другим шансом в мою пользу. Считая возможность поступления в университет, как только вполне зависящее от Вас, и слыша о Вас, как человеке симпатичном, способным понять чужое горе, я и осмелился обратиться к Вам частным образом»[3].

портретов Синайского разных лет, письма об издании работы «Техника юридической методологии в связи с общим учением о методологии»).

[1] Национальный архив Эстонии в Тарту. EAA.402.1.24294; EAA.402.1.24297; EAA.402.1.24298; EAA.402.1.24299.

[2] В то время ректором Юрьевского университета был славист профессор А. С. Будилович (1846-1908), также бывший семинарист.

[3] EAA.402.3.1557. Л. 21–21об., 22.

Возымело ли действие письмо, но 26 января 1899 года Василий Синайский был внесен в университетский матрикул как студент юридического факультета. Однако уже 30 марта ему пришлось покинуть Юрьев по распоряжению министерства народного образования[1]. До конца сентября он пробавлялся частными уроками в Смоленске и был принят обратно на юридический факультет 30 сентября этого же года. За время учебы Синайский прослушал полный курс юридических наук по истории и догме римского права, политической экономии, статистике, уголовному, гражданскому праву и судопроизводству, международному и финансовому праву, местному гражданскому праву и истории российского права. Он участвовал в практических занятиях, подвергался испытанию по православному богословию (отлично) и по немецкому языку (отлично)[2]. Об этом 1 апреля 1903 года В.И. Синайскому из канцелярии университета было выдано удостоверение[3].

Помимо студенческого дела, в архиве университета сохранились две рукописные работы Василия Синайского, выполненных им в годы учебы под руководством профессора Е.В. Пассека[4] в 1902-1903 гг. Они еще не были в поле зрения исследователей, хотя являют собой обстоятельный подготовительный материал к будущим научным трудам. Первая из них называется «Земельный надел в Древнем Риме» (К истории происхождения Рима и возникновении в нем частной собственности на землю), вторая, выполненная в следующем году, именуется «Сущность наследования в древнем Римском праве. Историко-сравнительное изложение»[5]. Обе работы оценены как «весьма удовлетворительные». Это серьезные самостоятельные сочинения со ссылками и цитатами на греческом, латинском, немецком и французском языках, с критикой фундаментального труда Т. Моммзена «Römische Staasrecht» и карандашными пометами Е.В. Пассека. Подобные сочинения бывшего семинариста из провинциального Тамбова и студента второго-третьего года обучения — великое достижение. При том отметим, что на экзамене по истории римского права в мае 1900 года, который принимали профессора М. Дьяконов, А. Кривцов и Е. Пассек он получил отметку «4»[6], а в Юридической испытательной комиссии апреле-мае 1904 года — «весьма удовлетворительно». Представленное испытательной Юриди-

---

[1] Возможно, это было связано с начавшимися забастовками юрьевских студентов, а, возможно, что с долгом Синайского Духовному ведомству.

[2] Заметим, что по диплому Тамбовской духовной семинарии Синайский показал отличные и очень хорошие успехи в греческом, латинском французском и еврейском языках (древнееврейский), а немецкому языку не обучался.

[3] ЕАА.402.1.24294. Л.18.

[4] Евгений Вячеславович Пассек (1860–1912), магистр 1893, профессор римского права в Имп. Юрьевском университете с1894 по 1911год, декан юридического факультета 1903–1905, первый избранный ректор в краткий период либерализации в сфере высшего образования –1905–1908.

[5] ЕАА.402.9.38 (Юрьев, 29 апреля 1902. – 262 с.); ЕАА.402.9.40 (Юрьев, 1903. – 88 с.).

[6] ЕАА.402.1.24294. Л.14.

ческой комиссии сочинение было оценено также весьма высоко и Синайский получил диплом 1-й степени.

Деятельность В. И. Синайского после окончания Юрьевского университета отражена в трех делах университетского архива в серии «Личные дела профессоров и преподавателей»[1]. В них детально освещаются результаты учебы, этапы защиты магистерской диссертации, преподавательская деятельность в качестве приват-доцента, а том числе и разработанные для чтения курсов Программа по истории и догме Римского права (1907)[2] и Программа по русскому гражданскому праву (1907)[3].

Блестящие способности к языкам и склонность к работе с первоисточниками обратили на себя внимание и Синайскому было предложено остаться в университете для подготовки к профессорскому званию по кафедре римского права. Вместе с тем он записался в помощники присяжного поверенного при Московском судебном округе и занимался адвокатской деятельностью для того, чтобы обеспечить своих братьев и оплачивать их учебу в университете. Как магистрант в течение 1906 года Синайский работал в Национальной (Королевской) библиотеке и в Социологическом институте в Брюсселе, а по возвращении из заграницы в мае 1907 года сдал экзамены на звание магистра римского права. 2 сентября того же года состоялась публичная защита, представленной юридическому факультету *pro venia legendi* диссертации под заглавием «Подушный надел в древнем Риме» (Юрьев, 1907).

В течение 1907—1908 годов Синайский в качестве приват-доцента читал курс гражданского права и писал диссертацию «Очерки из истории землевладения и права в древнем Риме. I. Усадебный надел и общинное землевладение в представлениях писателей римской древности» (Юрьев, 1908)». На заседании юридического факультета 2 декабря 1908 года постановили допустить Синайского к публичной защите. Официальными оппонентами выступали проф. Е. В. Пассек и проф. А. С. Кривцов[4]. Следует отметить, что в это время на юридическом факультете в Тарту работали такие известные юристы, как Л.А.

---

[1] ЕАА.402.3. 1556, 1905–1908. – 191 л. (Содержит материалы о защите магистерской диссертации, программы курсов, печатный текст диссертации); ЕАА.402.3. 1558, 1908—1912. – 8 л. (Имеются документы, связанные с деятельностью в качестве приват-доцента, сведения о перенесенной операции в мае 1910 г., визитная карточка); ЕАА.402.3. 1557, 1899—1912. – 124 л. (Представляет собой продолжение студенческого дела (в том числе содержит имматрикуляционный лист 1899 г., справку из университета в Монпелье, результаты экзаменов, переписку) с последующими годами магистратуры, защиты диссертации, избрание в приват-доценты и представление к профессорскому званию; фото Синайского-студента).

[2] ЕАА.402.3. 1556. Л. 25—39.

[3] Там же. Л. 96—128.

[4] ЕАА.402.3.1556. Л. 8–9. Кривцов Александр Сергеевич (1868—1910), магистр, профессор римского права в Юрьевском университете в 1897—1910.

Шалланд, Ф.В. Тарановский, А.Н. Миклашевский, Е.В. Пассек, А.С. Невзоров, имевшие достаточный вес в ученом мире[1].

Защита напечатанной диссертации состоялась 10 декабря в открытом заседании юридического факультета под председательством декана Л.А. Шалланда. Обстоятельные отзывы о двух работах, представленных магистрантом Синайским, проф. Е. В. Пассека[2] в общем весьма положительны, но диссертант не избежал критических замечаний своего учителя: «Я полагаю даже возможным утверждать, что наследование это, в пределах поставленного и рассмотренного в нем вопроса, представляет истинную научную ценность что результаты, полученные здесь г. Синайским, должны будут лечь в основание многих положений, стоящих в связи с данным вопросом и считавшихся до настоящего времени сомнению не подлежащих. Этим я подхожу и к наиболее существенным недочетам в труде г. Синайского, каковые несомненно имеются. Первым таким недочетом я поставил бы недостаточное выяснение со стороны автора того обстоятельства, почему он считает возможным относится с безусловным доверием к фактам, сообщаемым главным образом двумя авторами (Ливием и Дионисием), т. е. недостаточно выясняется возможность и достоверность традиции, независимо от критической в остальном оценке передающих ее первоисточников. Вторым, более крупным недостатком представляется мне не выяснение автором отношения между политическим моментом, лежавшим, по его мнению, в основании римской системы земельных наделов, и гражданскоправовым строем римского народа, отдавшим в безотчетное распоряжение домовладыки земельную ценность, полученную в надел от государства за службу всех его взрослых подвластных. Недостаточно широки и те общие выводы, которые автор дает в параграфе 11[3], как следствие своей теории: эта последняя открывает научные перспективы даже много более широкие сравнительно с тем, какие предполагаются Синайским. <...> Исследование это представляет собою выдающимся для начинающего автора как по мысли, так и по исполнению научным трудом[4].

Профессор Кривцов также в целом высоко оценил магистерскую диссертацию Синайского, особо отметив третью часть труда «о колониальном и неколониальном наделе земли, о двухюгеровом солдатском наделе, наделении

---

[1] Tartu Ülikooli ajalugu. II. 1798—1918 / Koostanud Karl Siilivask. Tallinn: Eesti Raamat, 1982. – С. 328—335

[2] Там же. Л. 11—12об, 15-16об; 13—14 об. [Листы рецензии Пассека подшиты и пронумерованы некорректно – *Т.Ш.*].

[3] Имеется в виду § «Общие выводы и их значение для истории права древнего Рима вообще». В нем Синайский видит дальнейшие перспективы изучения данной темы для историков по проблеме подушное наделение землей в связи с правом добычи земли силою оружия и для юристов в исследовании семейной собственности, усадьбы, наследовании, бесправного положения женщин и т. д. Подр. см.: Синайский В. И. Подушный надел в древнем Риме. Юрьев/Dorpat: C. Mattiesen, 1907. – С. 57—60.

[4] ЕАА.402.3.1556. Л 14 об.

колонистов домами, о двухюгеровом и семиюгеровом плебейском наделе»[1]. В прениях выступил только профессор А. С. Невзоров. Все члены факультетского совета проголосовали за утверждение приват-доцента В. И. Синайского в степени магистра римского права.

Синайский немедленно приступил к написанию докторской диссертации. 8 мая 1909 года проф. Невзоров рекомендовал факультету приват-доцента Синайского к избранию его на вакантную кафедру профессора гражданского права и судопроизводства. В закрытой баллотировке приняло участие 6 профессоров и все как один выразили свое согласие[2]. Однако министерство просвещение не спешило утвердить Синайского в этой должности и 23 января 1910 г. он просит командировать его в Германию как приват-доцента[3]. Перед отъездом на новое место службы в Варшавский университет он еще успел опубликовать в Тарту сначала в Ученых записках, а затем отдельным изданием основательный труд «Личное и имущественное положение замужней женщины в гражданском праве» (Юрьев, 1910), с приложением действующих русских законов, сенатской практики и указанием русской литературы вопроса, покинув свою *alma mater* вполне сложившимся ученым, подготовленным к дальнейшим трудам в Киеве, Риге и Брюсселе.

Людмила Міхневич,
к.ю.н., доцент,професор кафедри теорії та історії держави і права юридичного факультету Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана

ПРОФЕСОР ВАСИЛЬ СИНАЙСЬКИЙ ЯК ОРГАНІЗАТОР ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ ТА НАУКИ В КИЄВІ

Професор В. І. Синайський по праву вважається класиком цивілістики. Його життєвий і творчих шлях, наукова спадщина та здобутки у сфері педагогічної діяльності сьогодні широко представлені в українській, російській та латвійській науковій літературі. Але, не дивлячись на це, в його творчій біографії ще є не розвідані сторінки. Нашу увагу привернув організаторський талант вченого як засновника спеціальної юридичної школи. Віднайдені нами матеріали вже знайшли відображення в кількох статтях[4]. Втім ідеї В. І. Синайського щодо

[1] Там же. Л. 18.

[2] Там же. Л. 2.

[3] ЕАА.402.3.1557. Л. 123.

[4] *Міхневич Л.В.* Київський юридичний інститут: сторінки з історії вищої юридичної освіти // Збірник наукових праць «Науковий вісник НУБіП України». – К., 2012. – № 173 ч. 2. – С. 29–35.; *Міхневич Л.В.* Ідеї професора В. І. Синайського про реформу юридичної освіти // «Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право» – 2015. – № 32. – Т. 1. – С. 56–60.; *Міхневич Л.В.* Міжнародний інститут соціології і права:

реформування вищої юридичної освіти та організації науки наскільки цікаві, що, на наш погляд, потребують окремого аналізу.

Насамперед відзначимо, що київський період творчої діяльності В. І. Синайського був досить плідним. Він багато і наполегливо працював, був затребуваним викладачем, активним учасником наукових товариств, редактором та видавцем наукових часописів. Не залишився Василь Іванович й осторонь нових громадських ініціатив в освітній та науковій сфері. Він доклав неймовірних зусиль, щоб на практиці реалізувати свої думки щодо організації юридичної освіти та науки. Його інноваційним проектом став Київський юридичний інститут (1917–1920), з 1919 р. – Міжнародний інститут соціології і права. Це був виш новаторського типу, який розглядався, по-перше, як спеціальний навчальний заклад юридичного профілю, а, по-друге, як наукова установа. Заклад був побудований так, що особа могла отримати середню, середню-професійну, вищу, а в подальшому – післядипломну освіту та брати участь у науковій діяльності аж до входження в наукову корпорацію. Тим самим встановлювався тісний зв'язок середньої школи з вищою, вищої – з реальним життям, а юридичної освіти – з юридичною наукою.

За структурою інститут як навчальний заклад являв собою своєрідний навчальний комбінат, де поєднували вищу (суспільно-юридичний факультет), середньо-спеціальну (судово-нотаріальне відділення) та професійну (двосеместрові курси для підготовки чи перепідготовки практичних працівників) школи; як наукова установа об'єднував вчених (почесних попечителів, дійсних членів, членів-співробітників) у наукові секції та кабінети. Саме така структура Київського юридичного інституту дозволила В. І. Синайському на практиці реалізувати свої ідеї щодо модернізації вищої юридичної освіти та науки. Тож прослідкуємо їх практичне втілення.

Юридична освіта. Спочатку талановитий педагог виділив основні проблеми юридичної освіти та виробив конкретні пропозиції для їх вирішення. Всі недоліки освіти він об'єднав у дві групи: 1) недоліки середньої школи та 2) недоліки юридичної освіти у вищій школі.

На думку В. І. Синайського, юрист, більше ніж хто інший, має бути широко освіченою людиною. Основи таких знань має давати середня школа. Але, на жаль, молода людина з середньої школи переносить в університет не глибоку загальну освіту, а «байдужість до самостійного наукового навчання та непосидючість». А з таким багажем, переконаний професор, проходити університетський курс складно. Поряд з цим пониження загального рівня освітніх вимог призводять до того, що особи з посередніми знаннями отримують університетські дипломи[1]. Тож у суспільстві утверджується думка, що юридичний факультет

нереалізований проект наукової установи // Часопис Київського університету права. – 2015 – № 1 – С. 38–41.

[1] *Синайский В.И.* Что, наконец, нужно сделать для правильной постановки юридического образования // Право и жизнь. – 1918. – № 4.– С. 2.

найлегший, що, хто нічого не хоче робити, той повинен вступати на юридичний факультет. Це «наївна несвідомість», адже юридичний факультет насправді найскладніший, на думку професора, тут мало виучити юридичну науку, мало її навіть розуміти, потрібно взагалі бути освіченою та розвиненою особистістю[1].

Варто визнати, що досить по сучасному звучать тези вченого. Адже сьогодні середня школа не дає базових знань для навчання на юридичному факультеті та й освітній рівень випускників шкіл бажає бути кращим. Водночас досить часто доводиться чути від студентів-правників, що вибір пав на юридичний факультет тому, що тут не потрібно вивчати, наприклад, математику, а відтак здається тут досить легко вчитися. Що, вочевидь, дуже шкодить авторитету юридичної освіти.

Вихід із такої ситуації свого часу В. І. Синайський бачив у тісному зв'язку вищої школи з середньою, тобто необхідно створювати юридичні училища, своєрідні юридичні гімназії, які мають виконувати подвійну мету: по-перше, готувати кадри з середньою спеціально-юридичною освітою, яких потребують різноманітні установи та суди, по-друге, як спеціальні підготовчі школи давати знання для вступу на юридичний факультет, тобто здійснювати відбір здібної молоді.

Саме функції такого середнього юридичного закладу здійснювало судово-нотаріальне відділення інституту (згодом розглядали питання про його перейменування в Юридичне училище, з програмою середньої школи, підкреслюючи його статус як середньо-спеціального навчального закладу)[2]. Вочевидь сьогодні ці функція виконують юридичні коледжі та спеціалізовані середні заклади гуманітарного профілю, здебільшого засновані при вищих навчальних закладах. Не применшуючи їх позитивні здобутки, все ж варто визнати, що доля їх участі у розвитку сучасної системи юридичної освіти поки що залишається незначною.

Недоліки другої групи це, по-перше, відсутність спеціалізації вищої юридичної освіти, що, вочевидь, приводить до негативного результату, який В. І. Синайський, цитуючи О. С. Пушкіна, охарактеризував як «ми всі училися потроху чого-небудь і як-небудь». Тобто, без чіткої спеціалізації студенти розпорошують свій час і сили та, врешті, отримують «напівзнання»[3]. Тому в Київському юридичному інституті на суспільно-юридичному факультеті запровадили чітку спеціалізацію, а саме виокремлювалися судовий, адміністративний та господарсько-правовий напрями підготовки юристів.

По-друге, панування «лекційної проформи» – професор читає лекції, бо це його служба, а студент не відвідує їх, адже в цьому немає нагальної необхідності, хіба що якийсь професор запам'ятовує присутніх та враховує цю обставину на

---

[1] Там же. – С. 3

[2] Протокол заседания совета института от 20 декабря 1918 г. // Державний архів м. Києва (далі ДАК). – Ф. 243. – Оп. 1. – Спр.1. – Арк. 22.

[3] *Синайский В.И.* Что, наконец, нужно сделать ... – С. 3.

іспиті. Тому, не применшуючи значення лекцій, вчений радив доповнити викладання обов'язковим розмовним методом, що дозволить професору навчити студента інтелектуально розвиватися, адже «знання легко забуваються, а розвинений розум назавжди залишається з людиною»[1].

Тому необхідно запровадити лабораторний метод занять та ввести посади асистентів професора. При цьому В. І. Синайський пропонував облаштовувати для такої роботи окремі «лабораторні кімнати» з необхідною навчальною та науковою літературою[2]. Підвищення активності студентів, вміння самостійно мислити та самостійно науково працювати стане запорукою гідної юридичної освіти. Тож лекції мали оглядовий характер, або викладався спецкурс відповідної науки з активним залученням студентів до обговорення питань теми. Для нелекційних занять запроваджувався лабораторний метод. Окремим видом навчальних занять були «технічні практичні заняття», які ставили за мету дати професійні прикладні навички (спеціалізацію) з конкретної дисципліни. Проведення лекційних і нелекційних занять розмежовувалося в часі. Так, перший семестр відводився для лекцій – теоретичного опрацювання дисципліни, а другий – призначався виключно для нелекційних занять, де здобували практичні навички. Загальна кількість обох форм аудиторних занять становила не більше 18 тижневих годин. Весь інший час (зауважимо, що планом передбачалося від 21 до 42 годин нелекційних занять в тиждень) відводився на самостійну роботу студента в бібліотеці, в семінаріях, кабінетах, музеях.

Важливо, що В. І. Синайський усвідомлював, що без належної методичної бази якісна самостійна робота студента неможлива. Тому особливо вражає рівень організації методичного забезпечення. Він був настільки високий, що цей внесок у розробку навчально-наочних матеріалів зберігає свою актуальність й донині. Принаймні надто сучасно (а іноді нереалістично, через мізерне фінансування сучасних вузів) виглядають ідеї В. І. Синайського про створення юридичних лабораторій з публічних та приватних юридичних наук. Так, за задумом професора, лабораторія являла собою сукупність наочно-методичних матеріалів для практичних занять. Спочатку лектор (професор) відповідної науки мав розробити 20 перших таблиць, які використовувалися для аудиторної (таблиці мали демонстраційний формат) та індивідуальної (роздатковий матеріал) роботи студента. Наступні 20 таблиць готувалися у тісному зв'язку з попередніми, але мали містити завдання більш складного характеру. Готувати таблиці планували щороку, поки буде сформовано необхідний для засвоєння дисципліни методичний комплекс. Важливо, що для розробки таблиць були вироблені обов'язкові правила. Скажімо таблиці мали містити: 1) питання для засвоєння матеріалу, з посиланням на навчальний посібник, де можна віднайти відповідь (це стало мотивацією для підготовки та друку конспектів чи курсів

[1] Там же. – С. 4.

[2] Там же. – С. 5.

лекцій професорів); 2) завдання для самостійного вирішення; 3) істотні екзаменаційні питання; 4) казуси, теми для рефератів, наукових розвідок та доповідей[1]. Зауважимо, що ідея була підтримана викладачами інституту і вже влітку 1918 р. проект стартував. Інститут виділив кошти як на оплату праці професорів, так і на виготовлення таблиць. Зокрема робота професорів оплачувалася з розрахунку від 10 до 25 руб. за таблицю (в залежності від складності), тобто від 200 до 500 руб. за 1 цикл таблиць[2].

Окрім того, була створена лекційна комісія, метою якої була підготовка та публікація конспектів, курсів лекцій та іншого методичного матеріалу і вже у листопаді 1917 р. були виділені кошти для друку посібників з історії філософії права та енциклопедії права Є. В. Спекторського та виконавчого судочинства О. М. Бутовського[3]. І справді, не дивлячись на неймовірно складні умови, в яких працював заклад, вже у 1917–1918 р. ці книги побачили світ[4].

Юридична наука. Але, на думку вченого, навіть запровадження спеціалізації, зміна методів навчання, збільшення числа викладачів, не вирішували головну проблему – відірваність вищої юридичної школи від життя. І, як видається, професор не помилявся. Адже сьогодні існують і спеціалізація юридичної освіти, і високий рівень викладання з використанням найрізноманітніших освітніх технологій, і широкий доступ студентів до інформації тощо, але це не дає підстав стверджувати про повну готовність випускників юридичних факультетів до практичної діяльності.

Подолати цю проблему, на думку В. І. Синайського, змогло б заснування спеціальних практичних шкіл права для тих, хто вже має вищу юридичну освіту. Насправді ця ідея не була новою. Практичні заняття юристів при судах мали місце в Російській імперії, однак вони носили випадковий характер. Подібні практичні школи з ініціативи урядів чи приватних осіб створювалися й у Європі (Австро-Угорщина, Німеччина). Але В. І. Синайський запропонував утворювати практичні школи права не лише при судах та державних установах, а й при університетах, де молоді юристи будуть здобувати навички юридичної техніки та розвивати здібності наукових досліджень, а юристи старшого віку – поповнювати знання новими спеціальними курсами[5].

---

[1] Письмо директора Юридического института о подготовке пособий для внелекционных занятий // Центральний державний історичний архів України (далі – ЦДІАУ). – Ф. 858. – Оп. 1. – Спр.2. – Арк. 1.

[2] Там само. – Арк. 2.

[3] Протокол заседания совета института от 25 ноября 1917 г. // ДАК. – Ф. 243. – Оп. 1. – Спр. 6. – Арк. 23.

[4] *Спекторский Е. В.* Пособие к лекциям по энциклопедии права. / Е. В. Спекторский. – К.: Киевский юридический институт, 1917. – Вып. 1. – 132 с.; *Спекторский Е. В.* Пособие к лекциям по истории философии права. / Е. В. Спекторский. – К.: Киевский юридический институт, 1918. – 95 с.; *Бутовский А. Н.* Русское исполнительное судопроизводство : конспект лекций [чит. в Киевск. юрид. ин-те в 1917–1918 гг.] / А. Н. Бутовский – К., 1918. – 120 с.

[5] *Синайский В.И.* Что, наконец, нужно сделать... – С. 6.

Відтак, при Київському юридичному інституті була заснована судова наукова секція, тобто формувався особливий структурний підрозділ, метою діяльності якого був розвиток суспільно-юридичних наук, зокрема сприяння законодавству розробкою окремих питань місцевого права Росії[1]. Наукова секція діяла у складі почесних попечителів, дійсних членів, членів-співробітників (членів-кореспондентів). Зауважимо, що такий поділ наукових співробітників був притаманний академічним установам. До речі, перший склад секції об'єднав кращі наукові сили Києва: видатних юристів, вчених, судових діячів, нотаріусів. Наприклад, дійсними членами секції стали 4 сенатори (С. К. Гогель; М. П. Чубинский; С. В. Завадський; Я. М. Затворницький).

У межах судової секції формувалися: семінарій, практикум, технікум та спеціальні курси додаткової освіти. Кожний структурний підрозділ секції мав свої чітко визначені цілі. Наприклад, семінарій діяв для осіб, які планували пов'язати своє життя з наукою, він був аналогом сучасної аспірантури. Натомість заняття в практикумі, технікумі та на спеціальних курсах мали навчально-практичний характер, тобто формувався своєрідний інститут підвищення кваліфікації. Практикум являв собою широку казуїстику під керівництвом теоретиків та практикуючих юристів. Невдовзі була розроблена й програма таких занять за 2 напрямами: цивільне право і процес та кримінальне право і процес, які мали розпочатися вже 20 січня 1919 р.[2]. Технікум давав знання юридичної техніки, зокрема техніки цивільного судочинства, техніки попереднього та судового слідства, нотаріальне діловодство. Спеціальні курси запроваджувалися для досвідчених правників, які бажали поглибити свою освіту[3]. Тематику таких спеціальних курсів розробили сенатори С. В. Завадський, М. П. Чубинський та С. К. Гогель, професори І. О. Базанов, М. І. Мітіліно, М. М. Паше-Озерський, В. І. Синайський та ін.

Проте після приходу до влади більшовиків у Києві на початку 1919 р. частина членів секції змушені були залишити місто, а згодом й емігрувати з країни. Невдовзі й Київський юридичний інститут був реорганізований в Міжнародний інститут соціології і права, який на перших порах ще зберіг функції навчального закладу, але з весни 1920 р. вже діяв як суто наукова установа – «Соціологічний інститут наукових досліджень» (щоправда офіційно й далі використовували назву – Міжнародний інститут соціології і права).

В умовах згортання правових досліджень, зумовленого загальним негативним ставленням до юриспруденції як прислужниці царського режиму, такий інститут був спробою зберегти юридичні наукові сили. Саме тому головною метою його діяльності як наукової установи стало здійснення наукових пошу-

---

[1] Устав Киевского юридического института. – К.: Типография «Прогресс», 1918. – С. 3.

[2] *Міхневич Л.В.* Міжнародний інститут соціології і права: нереалізований проект наукової установи // Часопис Київського університету права. – 2015 – № 1 – С. 38–39.

[3] *Синайский В.И.* Что, наконец, нужно сделать... – С. 7.

ків у галузі соціології та допоміжних наук і, особливо, науки права[1]. Оскільки головна ціль інституту скоріш співпадала з цілями Академії наук, ніж з цілями університету, то за ним закріплювався статус наукової установи.

Відтак наукова корпорація зазнала зовнішніх структурних змін. В її складі були відкриті науково-правова та науково-соціологічна секції[2]. Згодом були сформовані кабінети, які об'єднували наукові семінари. Відповідно до плану наукових занять на 1920 р. відкривалися три кабінети: 1) кабінет з вивчення живого права з двома семінарами: з вивчення судового права переважно права народних судів з цивільних і кримінальних справ у Києві і провінції та з конфліктного права у справах конфліктних комісій переважно в м. Києві; 2) кабінет з вивчення професійного побуту, який об'єднував: залізничний семінар для дослідження побуту залізничників за матеріалами житлово-будівельного відділу, семінар шкільного побуту, для досліджень соціально-економічного становища студентства та учнів народних шкіл та семінар робітничого побуту й інтелігенції; 3) кабінет соціально-економічний, який включав аграрний семінар для вивчення матеріалу по землекористуванню селян, товариств та інших колективів і семінар з дослідження нових форм громадськості, створених революційною епохою[3].

Керувала інститутом президія (голова – В. І. Синайський, товариш голови – М. І. Мітіліно, вчений секретар – М. М. Катков, секретар президії – П. Л. Горецький). Були сформовані й підрозділи установи. Щоправда замість проектованих кабінетів утворили три секції: загальної соціології, праці і творчості та вивчення побуту і установ. Безпосередні наукові дослідження, як і планували, проводилися в семінарах, що діяли в межах секції і очолювалися відповідальними керівниками, яких обирала секція[4].

Насправді утворення такої наукової установи було більш ніж амбітним планом. Втім, на жаль, реалізувати його повною мірою не вдалося. Та й відшукати результати наукової праці, принаймні колективної, теж досить важко. Щоправда, вдалося встановити, що в березні-квітні 1920 р. учасники семінару «живого права» вивчали архів Київського народного суду. Ними були опрацьовані справи за цивільними позовами чотирьох дільниць. Ці дані лягли в основу рукопису професора В. І. Синайського «Народний суд з цивільних справ на початку його існування в м. Києві. Судово-соціологічний нарис» (1920 р.). Вдалося відшукати і його лекцію «Нове вчення про цивільне право», підготовлену

---

[1] Основные положения института социологии и права в Киеве и объяснительная записка к ним // Інститут рукопису Національної бібліотеки ім. В. І. Вернадського (Далі ІР НБУВ). – Ф. 145. – Спр. 104. – Арк. 2.

[2] Протокол заседания совета Киевского юридического института от 14 мая 1920 г. // ДАК. – Ф. 243. – Оп. 1. – Спр.1. – Арк. 31

[3] План научных занятий в Институте социологии и права в 1920 г. // ІР НБУВ. – Ф. 145. – Спр. 107. – Арк. 1.

[4] Протокол заседания Социологического института научных исследований от 30 июня 1920 г. // ДАК. – Ф. 243. – Оп. 1. – Спр.1. – Арк. 33–34.

для судової секції. Деякі індивідуальні наукові розвідки окремих співробітників схоже також можна зарахувати до результатів діяльності установи. Так, тематика кількох робіт з селянського права В. І. Бошка перекликається з цілями аграрного семінару. Ймовірно, в межах тематики семінару з вивчення професійного побуту здійснені і його ж розвідки про професійні організації. Однак це лише наше припущення.

І, насамкінець, зауважимо, що реалізувати, на жаль, повною мірою всі свої ідеї В. І. Синайському не вдалося. Втім, вони й сьогодні залишаються цікавими як теоретичні розробки та корисні практичні рекомендації. І хоча окремі думки вченого нині здаються не новими та сприймаються як сучасні реалізовані проекти в галузі юридичної освіти та науки, інші – зокрема щодо організації практичної школи права, можуть стати для вищих навчальних закладів еталоном організації ефективної наукової діяльності з огляду на отримання останніми статусу науково-дослідницьких установ.

Светлана Ковальчук,
доктор философии, ведущий научный сотрудник
Института философии и социологии
Латвийского университета (Рига, Латвия)

ПРОФЕССОР ВАСИЛИЙ СИНАЙСКИЙ: РИЖСКИЙ ПЕРИОД ЖИЗНИ И НАУЧНО-ПЕДАГОГИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ[1]

Василий Иванович Синайский – профессор, заведующий кафедрой гражданского права Латвийского университета, специалист по римскому, исследователь различных аспектов древней, русской, латышской культуры[2]. К этому списку характеристик Василия Ивановича добавлю – активный автор многих латвийских периодических изданий на латышском и русском языках. Ему была присуща легкость пера, поэтому и оставил после себя огромный список

[1] Впервые статья была опубликована в Альманахе «Русская интеллигенция» за январь 2010 г. № 21, издаваемый обществом «SENINARIUM HORTUS HOMANITATIS». Републикация отдельных фрагментов данной статьи осуществляется с разрешения и содействия автора, за что организационный комитет VII Международной научно-практической конференции «Эффективность норм права», которая посвящена 140-летию профессора Василия Синайского, приносит особую благодарность.

[2] Автору не раз довелось писать о профессоре Синайском, приведу публикации последних лет. См.: *Kovaļčuka S.* Tiesību filosofijā Latvijā XX. gs. 20.–30. gados: A. Lēbers, V. Sinaiskis, M. Lazersons, L. Šulcs // Filosofiskās idejas Latvijā, Eiropas vērtības un latviskā identitāte. Rīga, 2008. 297.–308. lpp.; *Она же.* Latvijas Universitātes professors Vasilijs Sinaiskis: žurnāla „Jurists" (1928 – 1940) izdevejs // Intelektuālais mantojums Latvijā: filosofija un reliģija. Rīga, 2009. 97.–109. lpp; *Она же.* 22 года из жизни ученого: цивилист Василий Синайский в Латвии // Русский мир и Латвия. Альманах. Рига, 2010, №. XXI. С. 61–72. *Kovaļčuka S., Eļtazarova K.* Bez kultūras nav tiesību, bez tiesībam nav īstas dzīves. Professora Vasilija Sinajska nāves 60. gadadienu pieminot // Jurista Vārds. 2009. № 39. 12.–17. lpp.

публикаций в популярных рижских русских, латышских газетах «Сегодня», «Сегодня вечером», «Слово», в журналах «Юрист» (Jurists; 1928–1940), «Вестник Министерства юстиции» (Tieslietu Ministrijas Vēstnesis; 1920–1940), «Даугава» (Daugava; 1928–1947), и в энциклопедическом издании «Латвийский энциклопедический словарь» (Latviešu konversācijas vārdnīca), в котором вел отдел римского права, публиковался в газетах на латышском языке.

Василий Иванович обладал гармоничным сочетанием неторопливости, вдумчивости кабинетного мыслителя и страстности, деловитости общественного деятеля, на счету которого успешное основание нескольких обществ, участие во многих научных и общественных начинаниях в университете, в русских организациях.

В 1922 году летом проф. В. Синайскому с семьей удалось нелегально выехать из Советского Союза. Осенью того же года он на долгие годы возглавил кафедру гражданского права Латвийского университета, активно читал лекции, вел научные семинары со студентами и молодыми специалистами. Со стилем преподавания профессора студенты знакомились не только в стенах университета, он преподавал на Русских университетских курсах[1], в Народном университете, в Институте практических знаний.

«В первые годы существования Латвийского университета Синайский был единственным доктором права, и только у него латышским юристам была возможность получить научную степень. В.С. [Василий Синайский] заботился о подготовке молодых преподавателей и с этой целью оставил на кафедре Константина Чаксте, специализировавшегося по гражданскому праву, Арведа Швабе, специализировавшегося по истории права, и Виктора Калныня, специализировавшегося по римскому праву». Так в 1949 году оценит заслуги Синайского проф. Арвед Швабе[2].

В Риге деятельной, творческой натуре Василия Синайского открылся поистине полный простор. Молодое демократическое государство внушало уважение и доверие, он находился в гуще общественной жизни. Своими знаниями он старался укрепить его правовой фундамент – предлагал проект создания в Латвии гражданско-правового общества, активно обсуждал в печати, в научных собраниях насущные проблемы латвийского законодательства, участвовал в разработке нового гражданского кодекса, принятого в 1937 году, редактировал с 1928 по 1940 год на латышском языке юридический журнал «Jurists».

---

[1] Фейгмане Т. Русские в довоенной Латвии. На пути к интеграции. Рига, БРИ, 2000; Ковальчук С. Из истории высшей школы в довоенной Латвии: евреи на русских Университетских курсах в Риге (1921—1937) // Евреи в меняющемся мире. Рига, Фонд «Шамир» им. М. Дубина, 2003; Цоя С. Русский институт университетских знаний: страницы истории / научный редактор С. Ковальчук. Рига, Seminarium Hortus Humanitatis, 2016. № 44. С. 3–178.

[2] Арвед Швабе (1888 - 1959) – профессор ЛУ, известный латвийский историк, историк права. Долгие годы его связывали научные и дружеские отношения с проф.Синайским. Švabe A. Ievērojama jurista piemiņai. Vasilijs Sinaiskis 1876 – 1949 // Latvija. 1949, 12.10.

Общественная деятельность

Профессор был неутомимым общественным деятелем, генератором идеи и щедрым жертвователем на благие начинания. Он стоял у истоков создания и был руководителем Академического общества общественных наук Латвийского университета (Latvijas universitātes Akadēmiskā Sabiedrisko Zinātņu biedrība). На рубеже 1927-1928 гг. Василий Синайский стал хлопотать о создании Общества по содействию развития общественных знаний «Aequitas» (Sabiedrīko zinātņu veicināšanas biedrība «Aequitas»). Цель создания общества – учредить печатное издание на латышском языке «Jurists» (Юрист). Это издание с годами заняло свою особую нишу наряду с выходившими в Латвии журналами «Tieslietu Ministrijas Vēstniesis» (Вестник министерства юстиции), журналом немецкого юридического общества «Rigasche Zeitschrift für Rechtswissenschaft», изданием Русского юридического общества «Закон и Суд»[1]. Общество «Aequitas» заседало в гостеприимной квартире Синайских по адресу ул. Дзирнаву, 15-а, и в университетском кабинете профессора. В марте 1939 года общество прошло перерегистрацию, обновило Устав и стало именовать Обществом Латвийского университета по содействию развития гражданского права «Aequitas» (Latvijas universitātes civiltiesību zinatņu veicināšanas biedrība «Aequitas»). На излете существования общества его председательский пост занял молодой профессор Константин Чаксте.

В 1929 году юристы создали «Русское юридического общества Латвии», в которое вошли специалисты разных национальностей. Его председателем был избран известный петербургский адвокат Оскар Осипович Грузенберг. Вскоре увидело свет единственное в русском зарубежье издание по вопросам права – вестник «Закон и Суд»[2]. Проф. Синайский стал членом общества, а после отъезда из Латвии осенью 1931 года Грузенберга короткое время занял председательский пост в нем[3].

Известно, что помимо гражданского и римского права, Синайский живо и глубоко интересовался вопросами культуры. В Латвийском государственном историческом архиве в фонде Министерства по общественным делам находятся дела общества «Акрополь» (Mākslas un Senātnes cienitāju biedrības «Akropole»), которое начало свою работу осенью 1932 года. Председателем правления был избран В. Синайский. Профессор Синайский и архитектор Антонов финансировали деятельность общества. Из многих заявленных начинаний общества, конечно же, стали выставки. Сколько их прошло точно установить трудно,

---

[1] Ковальчук С. «Долг — это высший закон»: мультиязычная юридическая периодика независимой Латвии // Ежегодник Дома русского зарубежья имени А. Солженицына, 2013 / [отв. ред. Н.Ф. Гриценко]. — М.: Дом русского зарубежья имени А. Солженицына, 2013. С. 91 – 109.

[2] Журнал „Закон и Суд" выходил в Риге на русском языке с 1929 до 1938 года.

[3] Ковальчук С. Судьба журнала «Закон и Суд» (1929 – 1938) // Балтийский архив. Русская культура в Прибалтике. Рига, Даугава, 1999. – Т. 4. – С. 88 – 103.

но в библиотеке Национального художественного музея можно увидеть каталог выставки, которую провело общество «Акрополь». В конце декабря 1935 г. принял приглашение от старейшей русской корпорации Фратернитас Арктика (Fraternitas Arctica), став ее почетным филистром.

Профессор неоднократно бывал в научных командировках во многих европейских странах, принимал участие в международных съездах ученых, состоял членом престижных научных обществ: American Academy of Political and Social Sciences (Американская Академия политических и социальных наук, Филадельфия, США), Comitato scientific della Rivista di diritto agrario (Ученый комитет Аграрного права, Флоренция, Италия), Intituto di studi legislative (Институт по изучению законодательства, Рим, Италия), La société de l'histoire du droit (Общество истории права, Париж, Франции). Свободное владение многими языками позволяли ему писать и публиковать научные работы не только на латышском и русском, но и немецком, французском, английском, итальянском.

Научные искания

Не претендуя на всесторонний, полный и глубокий анализ научных исканий Синайского, попытаюсь дать свое видение его мировоззренческой позиции в качестве главного редактора журнала «Jurists». Кредо журнала и его главного редактора было сформулировано коротко: ***Без права нет культуры, без культуры нет истинной жизни***. Эта емкая фраза характеризовала научные интересы В. Синайского-редактора как ведущего специалиста в области гражданского права, знатока римского права, пытливого исследователя, который, ради глубокого, всеобъемлющего осмысления, понимания функционирования правовой системы в социуме, обращался к разным отраслям человеческого знания – истории, истории культуры, философии, фольклору, лингвистике, психологии, антропологии.

В публикациях в журнале «Jurists», лекциях проф. В. Синайский неизменно проводил мысль о том, что грандиозное римское право рождалось в процессе исторического развития и стало суммирующим результатом позитивных норм различных публичных и гражданско-правовых сообществ Древнего Рима. Теократическое устройство жизни в Древнем Риме, давало превосходство божественного права, бдительно охранявшегося жрецами, над светским правом. Соответственно, в светском римском праве различались несколько слоев, и самый древний слой – квиритское право[1], имевшее сакрально-военное значение.

Ценя дух свободы и права человека, В. Синайский, никогда не рассматривал право как прикладную, буквалистскую дисциплину, некое собрание при-

[1] Квириты – (лат. Quirites) в Древнем Риме эпохи республики название граждан, употреблявшееся обычно в официальных обращениях (Populus Romaus Quiritium). Термин «квириты» считают производным от coviria (курия, мужской союз). С расширением государственных владений квиритское (римское) право стало основой для цивильного законодательства в период республиканского правления в Риме.

нудительных со стороны государственной машины законов. Ученый полагал, что именно сословию юристов, а не интеллигенции вообще, д*о*лжно преимущественно выделяться в обществе не только профессионально, а в качестве нравственного, культурного образца, главное, гарантов государственной стабильности. Он много писал статей на эту тему, обращался к коллегам-юристам с целью возбудить дискуссию по этой теме. Для примера назову статью из журнала «Jurists» «Likumu vienlīdzība un slikts pilsonis» (Равенство законов и плохой гражданин) за 1928 год № 4. Лейтмотивом статьи стало размышление Синайского о случаях вольного обращения самих юристов с законом, об отсутствии в современном обществе гражданской цензуры подобно той, которая существовала у римлян. «Современная юриспруденция измельчала не только в своей науке, но и в своей практике: все подчинено обыкновенному казусу, случаю, без возведения его к первоосновам юриспруденции, – aequitas в особенности»[1].

22 марта 1928 года из типографии были получены первые экземпляры нового периодического издания «Jurists»[2]. В первом номере журнала были обнародованы цели и задачи нового издания – распространять среди читающей аудитории знания, но особенно юридические. Главный редактор, редакция и члены общества «Aequitas» лелеяли надежду, что новое юридическое издание найдет сочувствие у тех, кому дорого право и идеалы большой культуры. Редакционная коллегия издания поставила себе задачу активно совершенствовать законодательство, особенно в области гражданского права не столько путем обсуждения очередного законопроекта, сколько предлагая основополагающие принципы для законопроектов. Иначе говоря, журнал «Jurists» сформулировал главный приоритет своей деятельности – служить практике, анализировать латвийскую судебную практику, особенно работу Сената, публиковать комментарии по спорным и наиболее интересным решениям Сената[3].

В издании журнала профессору в разные годы помогали молодые талантливые юристы – К. Чаксте, Н. Винзарайс, А. Паварс, Л. Шульц, К. Викманис. Круг авторов журнала был очень широк, их высокий профессиональный опыт позволял не только обсуждать разнообразные специальные юридические вопросы, но и углубляться в тонкости политических, социальных, философских проблем. Профессора Латвийского университета А. Лебер, А. Буманис, сенатор П. Лейтан, известные рижские адвокаты А. Русис, К. Луббе, Ф. Лукин, Я. Кеманис, А. Страусманис, Я. Шмит, В. Холцманис, Д. и М. Эльяшовы, Х. и М. Хилманисы и многие другие стали авторами публикаций. Разнообразие опыта, подходов к анализу, решению профессиональных проблем, предлагав-

[1] Синайский В. И. Основы гражданского права. Рига, а/о Вальтерс и Рапа, 1931. – С. 7.

[2] В 1938 году в номере ½ была опубликована библиография журнала «Jurists» за 1928 –1937 год.

[3] Mūsu mērķi // Jurists. – 1928. № 1.

шимися авторами статей, и был заложен успех журнала среди специалистов и широкой читающей аудитории.

Карлис Улманис и журнал «Jurists»

Затяжной кризис парламентской демократии Латвии был прекращен событиями 15-16 мая 1934 года, т.е. политическим переворотом Карлиса Улманиса. Журнал «Jurists» спокойно реагировал на это событие. Журнал фактически поддерживал актуальную для того времени интерпретацию политической деятельности К. Улманиса, как человека способного бескорыстно взять на себя политическую, гражданскую ответственность за положение в государстве. Коллегиюристы же из рижского русского юридического журнала «Закон и Суд» встали в оппозицию к перевороту 15-16 мая 1934 года. Но В. Синайский в оппозицию к Улманису не встал. Он был, в известной мере, несвободен, поскольку преподавал в Латвийском университете. Это, во-первых. Во-вторых, нельзя сбрасывать со счета личностные, профессиональные качества: редактор журнала «Jurists» был рыцарем права, служивший верно идее права *per se*. Приезд в молодую демократическую республику был сопряжен с желанием реализовать свои профессиональные идеалы, отдавать все свои знания государству, приютившему его с семьей. Даже по истечению нескольких лет после переворота 1934 года профессор не видел или, скорее, не желал замечать гримасы авторитаризма: планомерное наступление на демократические завоевания, введение цензуры, усиление националистической пропаганды и т.д.

В 1937 году журнал начал испытывать материальные трудности, эти проблемы не прошли мимо Улманиса. Журналу был преподнесен на 10-летний юбилей 500-латовый подарок. В 1937 году в сдвоенном номере 7/8 журнал «Jurists» поместил небольшую статью Улманиса под названием «Долг – это высший закон».

Проф. Синайский на излете 1937 года передал бразды правления в редакции журнала «Jurists» своему любимому ассистенту. С 1938 года с номера 1/2 главным редактором «Jurists» стал К. Чаксте. Но редакция журнала, несмотря на поддержку и заинтересованность К. Улманиса, с трудом находила средства для его издания: с начала 1939 года до мая 1940 года удалось выпустить 11 номеров журнала.

Педагогическая деятельность

Одна из черт Василия Ивановича Синайского, оставшаяся в памяти многих, легкость и простота общения с молодыми людьми, которые не были ровней ему по социальному статусу. В. Синайский несомненно был талантливым педагогом, умевшим притягивать, располагать к себе тех, кто стремился получать не только практические знания в области юриспруденции, последовательно растил научные кадры Латвийского университета, бережно относясь к тем, кто подавал надежду. Вокруг профессора собиралось на научные семинары,

обсуждения человек 20. Это были студенты последних курсов, ассистенты, приват-доценты, докторанты. За круглым столом 2 раза в месяц по 4 часа шло массированное обсуждение научных проблем, рассмотрение юридических казусов. Студентам, желавшим научиться вдумчиво постигать право – науку о добром и справедливом, необходим был проф. Синайский.

В ноябре 1936 года юридический факультет Латвийского университета торжественно отметил 60-летие и 30-летие научной деятельности проф. В.И. Синайского. Его ученик и помощник Александр Паварс поместил отчет о мероприятии в газете «Сегодня» за 1936 г. (№ 322), особо подчеркнув вклад профессора в латвийскую юридическую мысль, вклад в воспитание новых кадров и активную научную деятельность. К юбилею Александр Паварс составил и опубликовал библиографию профессора[1].

Ученик академика С. Виноградова и иконописца П. Софронова

Будучи одаренным человеком, В. Синайский увлекался живописью, дружил с рижскими художниками. Осенью 1922 года на выставке картин профессор случайно разговорился с молодым студентом-художником Евгением Климовым[2]. Дружба связала их на долгие годы. По воспоминаниям Климова, Василий Иванович увлекался акварелью, карандашными рисунками. Живопись давала ему отдохновение от напряженных лекций, семинаров, научной работы. В сопровождении друзей-художников Сергея Арсеньевича Виноградова и Евгения Евгеньевича Климова профессор не раз выезжал в паломнические поездки, на пленэры за пределы Латвии – в Эстонию, Италию. В результате этих поездок рождались не только картины (хотя к своим картинам Синайский относился с большой долей иронии), но научные статьи, книги. Одна из них «Псково-Печерский монастырь», изданная в Риге в 1929 году. Профессор непродолжительно занимался в студии иконописца-старовера Пимена Софронова. Две иконы профессора его дочь передала в один из православных храмов Брюсселя.

Вместо заключения

Летом 1944 года исторические события вынудили проф. В. Синайского с супругой Ксенией Алексеевной переехать в Прагу, где уже находилась их дочь. В 1945 году перебрались в Бельгию, где ученый не прекращал занятия любимой наукой, проводя долгие часы в библиотеках Брюсселя. Свое последнее пристанище он нашел на Лесном кладбище близ Брюсселя, простившись с миром 21 сентября 1949 года.

Долгие годы имя профессора В.И. Синайского отсутствовало в научном

[1] Pavārs A. Professoris atque juris doctoris Basilii Sinaiski Opera (1907 – 1938) // Latvijas ūniversitātes akadēmiskās sabiedrisko zinātņu biedrības rakstu krājums. Rīga, a/s Valters un Rapa, 1939. II. sējums.

[2] Климов Е. Е. Встречи. Рига, Улей, 1994.

обороте, было предано забвению. Только благодаря содействию дочери профессора Наталии Васильевны Синайской-Лапа (1914–2006) в «Записках» Русской академической группы в США в 80-х годах прошлого столетия публиковались материалы из архива ученого[1]. В Латвии о Василии Ивановиче Синайском вновь заговорили только в 1989 году, когда проф. Латвийского университета Лина Бирзиня (1910–2007) опубликовала брошюру о своем любимом профессоре. В 1988 г. знаток русской эмигрантской литературы Темира Пахмусс поместила в своем исследовании сведения о профессоре как поэте и вынесла на суд широкой публики английский перевод его стихов[2]. В Латвии о Василии Синайском вновь заговорили, пожалуй, только в 1989 г., когда проф. Латвийского университета Лина Бирзиня (1910–2007) опубликовала брошюру о своем любимом профессоре[3]. Так, постепенно наводились мосты с прошлым. Несомненно, основным событием в этом процессе возвращения из 50-летнего «забытья и забвения» ярких имен российской эмиграции в Латвии 1920–30-х г. стали приезды в Ригу бывших рижан. Наталия Синайская приехала одной из первых. Яркое прошлое профессора Василия Ивановича Синайского, наконец-то, оживилось настоящим.

Калвис Торганс,
dr.habil.iur., профессор кафедры гражданско-правовых наук юридического факультета Латвийского Университета (Рига, Латвия)

ВКЛАД ПРОФЕССОРА ВАСИЛИЯ СИНАЙСКОГО В ФОРМИРОВАНИИ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ НЕЗАВИСИМОЙ ЛАТВИЙСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Профессор Василий Синайский, 140-ю годовщину рождения которого отмечаем в этом году, родился в Тамбовской губернии, учился в Тарту (Юрьев, Эстония), стал профессором в Киеве, но более 22 лет (1922-1944) работал и творил в Риге, в Латвийском университете. Его работы опубликованы на русском,

[1] Биография профессора, д-ра права Василия Ивановича Синайского. Библиография основных научных трудов // Записки Русской академической группы в США. Нью-Йорк, 1980, Т. 13. – С. 196 – 204; Синайский В. И. К проблеме терминологического языка, его образов и понятий (концепций) о древнем знании, мудрости и премудрости. (Исследование на основании Псалтири и Апостольских посланий, преимущественно Апостола Павла) // Записки Русской академической группы в США. Нью-Йорк, 1985. Т. 18. – С. 259 – 301; Синайский В. И. Пушкин о праве // Записки Русской академической группы в США. Нью-Йорк, 1987. Т. 20. – С. 197 – 206.

[2] Pachmuss Temira. Sinaiski, Vasily Ivanovich (1876 -- 1949) // Russian literature in the Baltic Between the world Wars. Columbus: Slavica Publishers, 1988. – pp. 87 – 90.

[3] Birziņa L. Professora Vasilija Sinaiska zinātniskā un pedagoģiskā darbība. Rīga, 1989; Birziņa L. Latvijas universitātes tiesibzinātnieki. Tiesiska doma Latvijā XX gadsimtā. Rīga, Apgāds Zvaigzne ABC, 1999.

французском, немецком, а также на латышском языке, и сыграли важную роль в создании правовой системы Латвийской Республики.

Оглядываясь на время, когда Латвия в 1990-1991 годах вновь обрела независимость, потерянную вследствие принудительного вступления в СССР, следует сказать, что без трудов В. Синайского не мыслим переход Латвии на новый современный уровень в той важной части жизни общества, которая регулируется гражданским правом. После того, как независимость Латвии была уже признана *de iure* и *de facto*, встал вопрос, как от планово-директивной модели имущественных отношений перейти на модель рыночной экономики. Юристы Латвии активно искали книги и статьи, которые помогут обосновать и внести изменения в законодательстве.

Обсуждался вопрос о восстановлении в юридической силе Гражданского закона, принятого в 1937 году незадолго перед оккупацией Латвии. Были сомнения, т.к. за эти 50 лет мир значительно изменился. Кроме того, Гражданский закон не содержал правового регулирования создания предпринимательских организаций и их деятельности.

Фундаментальных книг, в которых дана научная характеристика гражданского права первого периода существования независимой Латвийской Республики (1918-1941) оказалось не много. Это были книги Константина Чаксте Гражданское право, изданные в 1937, 1938 и 1940 году и Торговое право 1939 года, книга Августа Лоебера (August Loeber) Обзор торгового права (1926) и, конечно же, произведения Василия Синайского, прежде всего его учебники "Обзор гражданского права Латвии. Вещное право"[1] и "Обязательственное право. Обзор гражданского права Латвии"[2]. Эти книги были с трудом разысканы после времен, когда любая буржуазная литература считалась вредной и враждебной советскому строю. Позже этот «начальный капитал» источников пополнился. Пенсионеры несли в антикварные салоны сохранившиеся где-то в подвалах книги и журналы со статьями о гражданском праве Латвии, царской России и государств Западной Европы. Таким путем я приобрел ценную редкость – отпечатанный на печатной машинке комплект лекций В. Синайского 1934 года "Гражданское право Латвии". Таким же путем свои знания пополняли и другие юристы, которые активно включились в преобразовании правовой системы страны. Большинство из них родились и образование получили при советской власти. В то время существование каких-то законов первого периода независимой Латвии было запретной темой. И были опасения, что в парламенте или комиссиях по подготовке новых законов экономисты или политики скажут, что предложенный законопроект "пахнет социализмом". Поэтому в дискуссиях нередко важным аргументом было цитирование К. Чаксте, В. Синайского,

[1] Sinaiskis V. Latvijas civiltiesību apskats. Lietu tiesības. – Rīga, 1940

[2] Sinaiskis V. Saistību tiesības. Latvijas civiltiesību apskats. – Rīga, 1940

К. Эрдмана и других ученых, знавших не только Гражданский закон 1937 года, но и римское право, правовые концепции Европы и США.

В жарких спорах были разработаны законы о денационализации, земельной реформе, предпринимательской деятельности. Не всегда без пробелов и противоречий. Промахи были допущены, например, при разработке законов о приватизации, осуществление которой породило в народе новый термин "прихватизация".

В 1991-1993 годах по разделам был восстановлен в юридической силе Гражданский закон (ГЗ). Юристы принялись готовить комментарии к ГЗ и другим законам, и для этого литература, способствующая осознанию характера перемен и сути новейших нормативных актов, была крайне полезна. Первые комментарии к разделу "Обязательственное право" писал я в одиночку в 1994 и 1996 годах. И книги В. Синайского все время были под рукой. Они содержат очень емкие и четкие формулировки сути многих важных для обязательственного права понятий и концепций. С того времени, вплоть до моего новейшего учебника по обязательственному праву[1], цитирование уважаемого мастера мысли и слова является неотъемлемой частью моих сочинений.

Благодаря активности Общества юристов Латвии (В. Биркавс, Я. Розенфельд, А. Дравниекс) и при поддержке дочери В. Синайского Наталии была дважды издана книга, в которой объедены два учебника. То есть, в 1995 и 1996 годах на латышском языке вышла книга: В. Синайский "Обзор гражданского права Латвии. Вещное право. Обязательственное право"[2]. Названная книга очень пригодилась когда декан юридического факультета Я. Веберс вышел с инициативой разработать коллективно комментарии по всем разделам ГЗ, т.е. вещному, обязательственному, семейному и наследственному праву. Что и было сделано в 1996-1998 годах. В комментариях имеются ссылки на весьма большое количество публикаций на латышском, русском и немецком языке, но почетное место в них занимают труды Василия Синайского.

После долгих лет замалчивания заслуг В. Синайского латыши узнали, что он писал не только учебники для студентов, но и философские сочинения о назначении гражданского права в обществе и о мечтах профессора построить особое гражданское общество, в котором высоко ценится личность любого человека и право помогает обеспечить согласие и мирное сотрудничество. Эти взгляды подробно изложены в книге профессора, изданной впервые в Киеве, и применительно к Латвии в 1935 году на латышском языке под названием "Гражданское право Латвии в научном обозрении общих гражданских прав. I. Общие основы гражданского права (Prolegomena)"[3]. В Латвии знают и его

---

[1] Torgāns K. Saistību tiesības. Mācību grāmata. – Rīga: Tiesu namu aģentūra, 2014

[2] Sinaiskis V. Latvijas civiltiesību apskats. Lietu tiesības. Saistību tiesības. – Rīga: Latvijas Juristu biedrība, 1996

[3] Sinaiskis V. Civīltiesības Latvijas vispārējo civiltiesību zinātniskā apstrādājumā. I. Vispārējie civiltiesību pamati (Prolegomena) – Rīga, "Valters un Rapa", 1935

философскую книгу «Жизнь и человек», а также то, что он интересовался отражением прав в фольклоре, сравнивал латышские народные песни (дайнас) с литовскими и русскими, отмечая связь права с культурой народа. Узнали даже то, что он писал стихи. В 1997 году в Риге вышла своеобразная книжечка, на обложке которой значится: Проф. В. И. Синайский. Стихи.[1]

Характерной чертой судебной практики Латвии является цитирование В. Синайского и других ученых в судебных решениях. Наиболее часто приводятся слова Василия Ивановича относительно цели гражданско-правовой ответственности за причинения вреда. В Латвии случились несколько трагических техногенных катастроф, например, крушение здания большого супермаркета, которое влекло за собой тяжелые телесные повреждения и человеческие жертвы. Пострадавшие и их родственники предъявляют в суд иски о взыскании компенсации не только за имущественный, но и неимущественный вред, так называемый моральный ущерб в огромных суммах. Судам приходится думать о соразмерности компенсаций и в этой связи приводятся слова проф. В. Синайского о том, что первоначальная идея имущественной ответственности состоит в применении таких мер, которые ведут к восстановлению мира между истцом и ответчиком, в примирительном воздействии и компенсации за причинение страдания и боли.

Я уже упомянул свой новейший учебник по обязательственному праву. В нем приводятся слова проф. Синайского по вопросам виновной ответственности и ответственности за риск, выявления причинной связи и вины, видов поручительства, уступки права требования, особенностей договора поставки и другим.

Знаменательно, что вступительное слово к изданию на восьми языках Конституции Латвийской Республики председатель Саэйма (Парламента) С. Аболтиня начинает так: "Выдающийся ученый права, профессор В. Синайский, в свое время писал, что конституция – это договор всех граждан, в своем роде памятник, вблизи которого утихают все страсти. Он подчеркивал, что конституция является таким обязательным для всех минимумом покоя, без которого невозможно ни правовое государство, ни культурное развитие."[2]

Память о выдающемся ученом и мыслителе поддерживается не только в учебниках, диссертациях и научных статьях. В Риге, на улице Дзирнаву, у дома номер 31, где до 1944 года проживал В. Синайский, в 1994 году установлена мемориальная доска. Обширный рассказ о В. Синайском, лекции которого в свое время слушала как студентка, опубликовала проф. Л. Бирзиня (1910-2007) в книге "Ученые правоведы Латвийского Университета. Правовая мысль

[1] Проф. В.И. Синайский. Стихи. – Рига: Jumi, 1997 (ISBN 9984-606-14-7)

[2] Latvijas Republikas Satversme. Конституция Латвийской Республики. – Rīga: Latvijas Vēstnesis, [b.g.], 15. un 519. lpp. (с.15, 519)

в Латвии XX века"[1]. В книге особе подчеркивается широкий круг интересов профессора. Он читал лекции не только по гражданскому праву, но и по методологии правовой науки, римскому праву.

Обобщая этот далеко не исчерпывающий обзор событий в Латвии, можно сказать, что вклад проф. В. Синайского состоит в том, что:

1) его работы способствовали переквалификации целого поколения юристов, получивших юридическое образование при советской системе;

2) теоретические аргументы и разъяснения фундаментальных основ гражданского права в значительной мере помогли при разработке новых законов, регулирующих гражданско-правовые отношения на уровне, позволяющем Латвии успешно войти в Европейское сообщество государств;

3) теоретическое наследие профессора продолжает оказывать положительное влияние на образование будущих юристов, укрепление законности и совершенствование судебной практики в Латвии.

Ірина Ізарова,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри правосуддя
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ВИТОКИ УКРАЇНСЬКОЇ ТРАДИЦІЇ ВИКЛАДАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ: ДО СТОРІЧЧЯ ПУБЛІКАЦІЇ ЛЕКЦІЙ З ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ПРОФЕСОРА ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО

Рівно сто років тому, у 1916 році, було опубліковано курс лекцій з цивільного процесу видатного науковця зі світовим ім'ям, невтомного дослідника та громадського діяча, професора Василя Івановича Синайського. Цей курс доповнив низку перших підручників з цивільного судочинства Є.В. Васьковського, А.Х. Гольмстена, К.І. Малишева та ін., які були підготовлені для викладання в вищих навчальних закладах. Ця непересічна подія ще досі не отримала належної оцінки та аналізу в науковій літературі, а курс лекцій є надто раритетним виданням для його активного пошуку та вивчення – його єдиний приміник знаходиться в відділі рідкісних видань Наукової бібліотека Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого[2]. З огляду на це, під час підготовки міжнароної конференції, присвяченої пам'яті вченого, було вирішено реновувати цей безцінний науковий скарб і повернути можливість молодим

[1] Birziņa L. Latvijas Universitātes tiesībzinātnieki. Tiesiskā doma Latvijā XX gadsimtā. – Rīga, Zvaigzne ABC, 1999, (c. 96-112)

[2] Оргкомітет конференції висловлює вдячність асистенту кафедри цивільного процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, к.ю.н. С.О. Кравцову за допомогу у підготовці цього видання.

науковцям звернутися до витоків наукового та педагогічного спадку вітчизняної науки цивільного процесу, включивши до збірки матеріалів курс лекцій професора В. І. Синайського в повному обсязі, відредагований сучасною російською мовою.

Курс лекцій став результатом роботи проф. В. І. Синайського у Київському комерційному інституті (зараз – Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана), під час його евакуації до Саратова. Це відбувалося у буремні часи на початку минулого століття, коли у 1912 році Київські вищі комерційні курси, приватний вищий навчальний заклад, було реорганізовано у Київський комерційний інститут і зрівняно у правах з державними вузами[1]. У 1915-1916 роках внаслідок військових дій інститут було евакуйовано до Саратова, де він перебував впродовж року.

За своєю структурою курс лекцій В. І. Синайського складається з трьох частин: перша – як побудований суд; друга – як відбувається суд; третя – виконавче і охоронне провадження, що таке процес. Відповідно під час вивчення цивільного процесу у студентів складалося повне уявлення про систему правосуддя і механізм захисту прав – від організації судів і процесуального порядку розгляду та вирішення справ до виконавчого провадження.

Сьогодні в Україні викладання цивільного процесу обмежується тільки вивченням процесуального порядку розгляду і вирішення справ судом, а також виконання судових рішень. Хоча практика інших країн свідчить про дієвість такого підходу. Так, наприклад, традиційно у Франції викладання цивільного процесу сягає у XVII століття, коли вивчалися тільки відповідні положення Ордонансу 1667 року і Цивільного процесуального кодексу 1806 року; натомість з кінця XIX століття ця дисципліна була трансформована і доповнена положеннями про організацію судів, їх компетенцію, а також процесуальними правилами та правилами виконання рішень, що відповідно позначилося на її назві – відтоді її здебільшого називають приватне судове право[2]. Але раціональність такого підходу до вивчення порядку здійснення правосуддя годі заперечити.

Характерним є стиль викладання лекцій В. І. Синайського, який відобразився і на підготовлених лекціях. Назви тем він формулює як запитання і, розкриваючи їх зміст в процесі свого виступу, надзвичайно цікаво подає навчальний матеріал. Простий, позбавлений зайвої наукоподібності, логічний і водночас стислий виклад доволі складних питань про критерії відбору суддів і судову юрисдикцію, про проблеми представництва в процесі й ін., він надає повне уявлення про високу професійну майстерність професора і його зацікавленість в предметі. Відомий своїми доробками в цивілістиці, В. І. Синайський дійсно вільно володіє предметом і знаннями з цивільного процесу, незважаючи

[1] Рінгіс Л. Віхи історії КНЕУ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://kneu.edu.ua/ua/University/about_university/milest_of_hist/#2.

[2] Cadiet L. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law [Electronic resource]. – Mode of access : http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/CADIET3.pdf.

на його довлі скептичний погляд на теорію процесу як юридичного правовідношення. Наскільки легко і доступно він у першому питанні роз'яснює основну мету судочинства і завдання судді, підсумовуючи це видами проваджень, які, виходячи з цього, існують в цивільному судочинстві[1]. Це ще раз підкреслює єдність цивілістики – матеріального і процесуального права, за допомогою якого норми права "оживають". Підсумовуючи курс характеристикою самого поняття цивільного процесу і його значення, він ніби узагальнює всі систематизовані знання, послідовно викладені ним студентам.

Починаючи вивчення курсу з визначення, хто є суддею, які критерії їх відбору і вимоги до кандидатів, В.І. Синайський неодноразово зосереджує свою увагу на морально-етичних аспектах їх діяльності. Він порушує питання про те, чи потрібно прагнути стати суддею, і чому. Його ідеал судді – це добре розвинена і підготовлена людина, яка може встановити правильно обставини справи і правильно підвести самий спір під правову норму, а в певних випадках зуміє і створити її; мужня настільки, щоб проголошувати в своєму рішенні саме те, в істинності чого він переконався, не керуючись ні страхом перед керівництвом, ні будь-якими іншими сторонніми міркуваннями[2].

З підготовленого курсу лекцій наглядно зрозумілі погляди професора на реформу 1860-70 рр., впродовж яких було істотно змінено судову систему і порядок здійснення цивільного судочинства. Значення запровадженого в її результаті Статуту цивільного судочинства 1868 р. величезне і дійсно, як зазначає В. І. Синайський, одним з найважливіших його положень стало визначення строків здійснення певних процесуальних дій, а також обмеження кількості інстанцій для розгляду однієї і тієї самої справи, що стало спробою удосконалити дореформенний так званий "безкінечний суд"[3]. Але головне значення статутів, на його переконання, виявилося в підкоренні влади закону і звеличенні закону в очах суспільства[4].

В.І. Синайський відстоює позицію активної ролі сторін в процесі, надаючи їм перевагу у визначенні порядку розгляду справи (усно або письмово), припинити справу за взаємною згодою (мирова угода), а позивачу – право відмовитися від позову або апеляції. Він абсолютно слушно зауважує, що втручання суду може виявитися упередженим і таким чином підірвати престиж неупередженого суду, тому що саме сторони найбільше зацікавлені в процесуальній боротьбі, а не суд, тому саме вони якнайкраще можуть зібрати і висвітлити

---

[1] Синайский В.И. Курс лекций по гражданскому процессу // Ефективність норм права. Зб. наук. праць. Матеріали VII міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 17 лист. 2016 р.) / за заг. ред. Н.М. Пархоменко, М.М. Шумила, І.О. Ізарової. – Київ: Ніка-Центр, 2016. – 540 с. – С. 60.

[2] Там само. – С. 66.

[3] Там само. – С. 68.

[4] Там само. – С. 79.

фактичний матеріал у справі[1]. Залежне правосуддя не є в дійності правосуддям[2], зауважує він, ніби актуалізуючи і сьогоденні проблеми формування судової гілки влади.

В сучасній українській процесуальній доктрині повернення до принципу судової істини та забезпечення судової співпраці між судом та сторонами відбулося тільки з набуття Україною незалежності та зміною конституційних положень про здійснення судочинства. Активна роль судді радянского періоду була змінена відповідно до концепції судді – неупередженого і незалежного арбітра в справі, де в змагальному процесі активно діють сторони.

Високо оцінюючи роль представника в процесі, він зауважує, що населення потребує юридичної допомоги не менше, ніж медичної[3]. Важливе значення представництва в тогочасному судочинстві важко переоцінити, виходячи з кількості неписемного населення, звільненого від поміщицьких судів після скасування кріпацтва. Заслуговують на увагу позиція професора щодо необхідності надання професійної представницької допомоги, організації такої допомоги населенню, а також припинення дискримінації в сфері представництва за статевою або національною ознаками.

Не цурається професор і справедливої критики, зокрема, в своїй оцінці змін в організації інституту повірених і судово-адміністративної реформи 1882 р. Навіть сенату, оцінюючи його дії з надання суду права усунення від ведення справ осіб, яким фіктивно уступлено право, як ризикові[4].

Важливо, що попри все інше, ілюструючи свої думки, В. І. Синайський наводить приклади Київського округу[5], надаючи таким чином необхідну студентам Київського комерційного інституту практичну інформацію.

Підсумовуючи короткий нарис до курсу лекцій В. І. Синайського, варто зауважити про те, наскільки він є цінним для науки цивільного процесуального права. Розвиток науки можливий тільки в умовах активного і постійного дослідження і передачі його результатів від викладача до студентів, від одного дослідника до іншого, еволюціонуючи таким чином і поповнюючи скарбницю систематизованих знань з предмету. І сьогодні для сучасної української науки цивільного процесу надзвичайно важливим є осягнення своїх витоків та нестримний рух вперед.

---

[1] Там само. – С. 79.
[2] Там само. – С. 73.
[3] Там само. – С. 76.
[4] Там само. – С. 76.
[5] Там само. – С. 78.

Олександр Малишев,
к. ю. н., старший науковий співробітник
відділу історико-правових досліджень
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПОСТАТЬ ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО: ДЕЯКІ КОНТЕКСТИ ТА АНАЛОГІЇ

Ще 1990 р. у збірці «Внетеоретические формы отражения права», виданої в Тартуському університеті, було передруковано працю В. І. Синайського «Пушкин о праве». Цій статті передувала біографічна розвідка естонського правознавця та історика П. М. Ярвелайда, який вже тоді стверджував, що дослідження настільки масштабної постаті як В. І. Синайський може бути під силу лише колективу дослідників. Вчений наводить первісний план написання біографії Василя Івановича, що займає майже сторінку[1]. Дивлячись на цей план зараз, можна стверджувати, що чимало з цього плану вже зроблено дослідниками різних країн. Убачається малодослідженим хіба що період останніх десяти років життя і творчості В. І. Синайського. Для подальших досліджень важливим є поглиблення міжнародного співробітництва, вдалим прикладом чого слугує проведення нашої конференції.

Історики вже звикли вивчати нашу історію за іноземними документами та свідченнями. Українські літописи ми вивчаємо за російськими списками, історію козаччини за польськими, шведськими та іншими іноземними документами, не є винятком і тривалі часи перебування України у складі різних держав. Але вивчаючи історію Російської імперії чи СРСР ми трохи випускаємо з уваги її Балто-Чорноморський контекст. Мене ця проблема захопила ще в часи роботи над кандидатською дисертацією. Досліджуючи сирітські суди в Україні, я звернув увагу на середньовічні й ранньомодерні прототипи цих органів на землях сучасних країн Балтії, які, як і багато інших державно-правових елементів, були запозичені російським законодавцем XVIII ст. Українські та остзейські (згодом прибалтійські) губернії за російським законодавством мали подібний особливий статус, хоча згодом русифікаторська політика в Україні досягла значно більших успіхів. Після доби російських намісництв, запроваджених у 1780-х рр. як в Україні, так і в Балтії, так само майже одночасно у 1796 р. був відновлений місцевий устрій і законодавство цих земель. Утім, українські землі були остаточно інкорпоровані до російського державного тіла ще в першій половині XIX ст. Остзейський автономний устрій протримався набагато довше. Навіть після адміністративної уніфікації 1889 р. місцеве право не припинило

[1] *Ярвелайд П. М.* Слово о воспитаннике тартуського университета Василии Ивановиче Синайском // Внетеоретические формы отражения права / П. М. Ярвелайд. – Studia iuridica. – V. – Тарту, 1990. – С. 139.

своєї дії. Росія від часу підкорення цих земель ставилася до місцевих порядків з певним пієтетом. Впродовж XVIII ст. російські правителі неодноразово намагалися розбудувати у загальноімперському масштабі подібне до остзейського феодальне суспільство. Згодом «остзейське питання» стало проблемою національної політики, але уряд був безсилим його вирішити. Дуже мало росіян змогли справді зрозуміти цей світ. Але такі люди були.

В. І. Синайського з Прибалтійським регіоном пов'язує його навчання у 1899–1904 рр. і перші роки наукової та викладацької діяльності (1904–1910 рр.) в славетному Дерптському (Юр'ївському) університеті (разом – приблизно 11 років), де також навчався М. П. Василенко, О. М. Гуляєв та ряд інших класиків вітчизняної правової науки. Потім одинадцятилітній київський період і, можливо, найбільш продуктивний двадцятидвохлітній ризький період (послідовність чисел 11 – 11 – 22, навіть попри суто науковий характер нашого заходу, навіює певні нумерологічні асоціації). Нелегальний виїзд вченого такого рівня з УСРР у 1922 р. був неординарною подією навіть для тих буремних часів. Дочка науковця – Н. В. Синайська дуже лаконічно описує обставини відповідних поневірянь просторами України: «*После утомительного рискованного двухнедельного путешествия окольными лесными путями, с ночевками на сеновалах, после всяких неприятных сюрпризов и недоразумений, Василий Иванович с семьей, наконец, садится в Варшаве в купе спального вагона первого класса...*»[1]. В цих спогадах наводиться й цікаве пояснення причин полишення Києва: «*Новые принципы революционного права, правового мировоззрения – сделали ненужным то право, в котором мой отец специализировался. Он почувствовал свою ненужность*»[2]. Багато пише Наталя Володимирівна й про край, де В. І. Синайський відчув свою затребуваність – молоду демократичну Латвію, в якій продовжувало діяти старе законодавство.

Слід згадати, що кодифікація місцевого українського та остзейського права на поч. XIX ст. розвивалася за схожою моделлю. Паралельно готувалися Звід місцевих законів Західних губерній та Звід місцевих узаконень губерній остзейських. Підсумковий проект Західного зводу 1837 р., який так і не набув сили, мав поширюватись лише на Правобережну Україну, хоча в офіційному виданні історичних відомостей до цього Зводу йшла мова так само про Лівобережжя.

Доля Остзейського зводу була успішнішою. Перші дві частини готового Зводу («Установи» та «Закони про стани») були видані в 1845 р. Третя частина («Закони цивільні») дещо згодом – в 1864 р. Цей маловідомий широкому колу науковців «цивільний кодекс» за науковим рівнем і досконалістю продемонстрованого мистецтва нормотворчості не поступався передовим кодексам того-

[1] *Синайская Н. В.* Круг жизни профессора Василия Ивановича Синайского / Н. В. Синайская. – Рига: РГСО, 1998. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.russkije.lv/ru/journalism/read/natalya-sinaiskaya-memoires/sinaiskaya-p2q-1.html

[2] Там же.

часного світу, але мав і яскраву специфіку. Упорядкування Остзейського зводу пов'язане з ім'ям видатного історика права Ф. Г. фон Бунге – ще одного вихованця Дерптського університету, до того ж пов'язаного родинними коренями з Києвом. Ця постать може мати багато аналогій з В. І. Синайським. Вчений намагався вкласти свою працю в рамки російського способу кодифікації, вираженого у Зводі законів Російської імперії. Ця модель полягала в тому, що кінцевий документ мав бути компіляцією різних уривків чинного попереднього законодавства, зазвичай без текстуальних змін, з уміщенням посилань на відповідні правові акти після кожної статті. Звід, на відміну від сучасного цивільного кодексу, мав містити багато партикулярних норм, які застосовувалися у певних місцевостях, зберігати крайові привілеї та колорит. Це було складно зробити навіть у загальноросійському Зводі, попри кількасотрічне неперервне діловодство й архівну справу в Москві та Петербурзі. В Остзейському ж зводі слід було об'єднати лівонські, німецькі, шведські, польські, російські та інші закони, статути міст, релігійні і корпоративні норми тощо. Всі ці джерела автору Зводу доводилося збирати по крихтах.

Л. А. Кассо вказував, що Ф. Г. Бунге результатом своєї праці спростовує стереотип стосовно істориків права, яким нібито не варто доручати кодифікаційну роботу, через їх бажання збереження духу давнини, що часто превалює над практичнішими потребами[1]. Заслугою Ф. Г. Бунге було те, що він піддав всю строкату будову остзейського права повноцінному науковому переосмисленню крізь призму римського права. Хоча рецепція римського права на відповідних землях була не такою однозначною як у Західній Європі, це не завадило Ф. Г. Бунге, за браком місцевих писемних джерел стосовно ряду правових питань, прямо посилатися в Зводі на Інституції, Кодекс, Пандекти та Новели Юстиніана, Декреталії, західні джерела канонічного права. В підсумку це повністю перевертало класичні російські підходи до кодифікації, які застосовувалися за часів Миколи І, коли вміщення до Зводу норм з римського права було прийнято завуальовувати посиланнями на царські укази та боярські приговори. Остзейський цивільний звід у першому виданні завершується 122-х сторінковим покажчиком використаних правових актів. Дві третини цього переліку (до 88-ї сторінки) становлять саме джерела римського права[2]. У наш час, коли Кодекс Юстиніана та багато інших джерел досі не перекладені, Остзейський звід має неабияку дидактичну вагу для потреб вивчення догми римського права.

Цей акт продовжував діяти в Латвії й у 1820–30-х рр. В. І. Синайський, який був автором останнього підручника з дореволюційного російського цивільного

---

[1] *Кассо Л. А.* Ф. Г. Фон Бунге и остзейское гражданское право. Из Журнала Министерства Юстиции (Октябрь 1897) / Л. А. Кассо. – СПб., 1897. – С. 17.

[2] Свод местных узаконений губерний остзейских, повелением императора Александра Николаевича составленный. – Часть III : Законы гражданские. – СПб., 1864. – Указатель источников. – 122 с.

права, два томи вийшли друком у Києві в 1917–1918 рр., так само не облишив нагоди наостанок ґрунтовно порефлексувати над Остзейським цивільним зводом. Другий том праці В. І. Синайського «Основы гражданского права в связи с ч. III Свода Узаконений, действующих в Латвии и Эстонии» побачив світ 1931 р.[1] коли вже тривала підготовка нового Латвійського цивільного закону (Latvijas Civillikums), яким було замінено Остзейський звід у 1937 р. Цей кодекс, чинність якого поступово поновлено у 1990-х роках, досі діє в Латвійській республіці. Попри віддання вже радше історичної данини попередньому праву, вчений активно включився у процес творення нового цивільного права Латвії. Складно визначити роль В. І. Синайського в самому процесі кодифікації. Очевидно, він не був єдиним автором кодексу як Ф. Г. Бунге. Але про його непересічну роль у долі цього акта свідчать численні публікації науковця кінця 1920-х – 1930-х рр., значний відсоток яких присвячено питанням латвійського цивільного права та нагальним проблемам його кодифікації.

В. І. Синайський читав лекції російською і відігравав значну роль у російських наукових і культурних колах тогочасної Риги. Разом з тим чимала кількість латиськомовних праць, а також досвід редагування латиських часописів свідчить про досконаліть володіння ним латиською мовою. Так само не був він байдужий до латиської національної культури. До речі, в його історичних і етнографічних працях про первісний устрій життя латиського народу знаходять відлуння ідей з його ж дисертацій про порядки у давньоримській громаді. Вчений зберігав лояльність латвійському уряду після військового перевороту 1934 р. і продовжував викладацьку діяльність у Латвійському університеті в роки нацистської окупації. Все це свідчить про те, що обставини життя зробили В. І. Синайського патріотом Латвії, нерозривно об'єднали його долю з долею цієї країни та її народу, а також життєвим рухом юридичного світу, так добре знайомого йому ще зі студентських років.

[1] *Синайский В. И.* Основы гражданского права в связи с ч. III Свода Узаконений, действующих в Латвии и Эстонии / В. И Синайский. – В 2 т. – Рига, 1926, 1931.

Ірина Ізарова,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри правосуддя
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ІДЕЇ ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО ПРО СПРАВЕДЛИВІСТЬ ТА СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РЕФОРМУВАННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ

> Право надано кожному не для того, щоб ним зловживати, застосувати на шкоду, а для того, щоб охороняти справедливі інтереси кожної особи.
>
> *В. Синайський "Справедливість, в частности правовая"*[1]

Професор Василь Синайський є непересічною особистістю в світовій юридичній науці і його внесок до юридичної науки є надзвичайно багатим. Не вдаючись до загальної оцінки його цивілістичних робіт, нашу увагу буде зосереджено на публікації, присвяченій дослідженню поняття справедливості в праві і визначенню меж суддівського розсуду. Характеристика ознак справедливості та змісту цього поняття надзвичайно актуалізувалися в сучасних умовах реформування цивільного процесу в Україні, що відбувається за нагальних вимог зближення та запровадження європейських стандартів судочинства.

Ідеєю справедливості просякнуте цивільне процесуальне законодавство, не випадково у першій статті ЦПК України йдеться саме про *справедливий* розгляд і вирішення цивільних справ. Положеннями ЦПК заборонено скасування правильного по суті і *справедливого* рішення суду з одних лише формальних міркувань (ст. 308 та 337). Але як правильно оцінити та визначити, чи відповідає рішення суду таким критеріям? Як можна визначати, що є справедливим, а що – ні, і в яких межах застосовується суддівський розсуд? Чи відповідає такий підхід загальноєвропейським стандартам, запровадження яких є основним завданням сучасної судової реформи. Визначитися допоможе дослідження, проведене В. І. Синайським під час його роботи у стінах Латвійського університету, на прикладі Латвійського цивільного уложення, в підготовці якого він брав безпосередню участь[2].

В. І. Синайський охарактеризував поняття справедливості за допомогою таких ознак як загальна очевидність, яка унеможливлює сумніви в об'єктивності справедливості; притаманність кожній особі за людською природою; самостійність її як явища, відокремленого від релігії, етики й ін.; застосованість до

---

[1] *Синайскій В.* Справедливість въ частности правовая (Латвійское Гражданское Уложеніе) // Законъ и судъ: Вестникъ русскаго юридическаго общества. — 1938. — № 2 (82). — Стб. 3881-3888, 3925-3932.

[2] Ковальчук С. 22 года из жизни ученого: цивилист Василий Синайский в Латвии // Альманах «Русская интеллигенция». - 2010. - № 21. http://www.russkije.lv/ru/lib/read/sinajskij-civilist.html

кожної особи, тобто загальність, на противагу справедливості якоїсь групи або класу. У випадку порушення, як слушно зазначав науковець, вона викликає відповідну реакцію, спрямовану на відновлення як зусиллями самого ображеного, так і інших[1].

Визначаючи таким чином поняття справедливості, яке лежить в основі правосуддя, В. І. Синайський ніби попередив визначальні положення пункту 1 статті 6 Європейської конвенції[2], яка закріпила право кожного на справедливий суд, а також ті загальноєвропейські стандарти, відповідно до яких кожен має право на захист порушених прав та виконання судового рішення[3].

Забезпечення справедливого судового розгляду справи покладається, передусім, на суд, тому під час визначення меж судового розсуду стають в нагоді ці ознаки справедливості. ЦПК України, як і підготовлений впродовж останніх реформ Проект змін до ЦПК України (далі – Проект змін)[4], просякнуті положеннями, які визначають межі суддівського розсуду, але не всі вони відповідають тим визначальним критеріям справедливості, які сформулював В. І. Синайський.

Так, за запропонованими у Проекті змін положеннями частини 3 статті 6 суд може видалити з зали судових засідань осіб, які перешкоджають веденню судового засідання, здійсненню прав або виконанню обов'язків учасників судового процесу або судді, порушують порядок в залі суду. Дійсно, кілька резонансних судових засідань, які нещодавно транслювалися назагал, наочно продемонструвало недієвість чинних норм, встановлених, виходячи з поважного ставлення до суду і відповідної поведінки учасників процесу. Тому варто підтримати ідею про їх трансформацію з урахуванням вимог часу, зокрема, забезпечення суду правом встановити порядок у залі судового засідання більш дієвими способами.

Поряд з тим, є випадки, коли межі суддівського розгляду визначені в Проекті змін дуже широко, створюючи тим самим підстави для зловживання процесуальними правами. Так, частинами 2-4 статті 81 Проекту змін у разі неподання стороною попереднього розрахунку суми судових витрат, суд *може* відмовити їй у відшкодуванні відповідних судових витрат, за винятком суми сплаченого нею судового збору і суд *може* попередньо визначити суму судових витрат,

---

[1] *Синайскій В.* Справедливість въ частности правовая (Латвійское Гражданское Уложеніе) // Законъ и судъ: Вестникъ русскаго юридическаго общества. — 1938. — № 2 (82). — Стб. 3881-3888, 3925-3932.

[2] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms // http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

[3] Див. рішення ЄСПЛ Шмалько проти України (справа 60750/00), Півень проти України (заява 56849//00) та інші

[4] Проект Закону № 3768 від 14 січня 2016 р. про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження системи автоматизованого арешту коштів у цивільному та господарському судочинстві [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57661.

пов'язаних з розглядом справи або певною процесуальною дією і зобов'язати сторони внести на депозитний рахунок суду попередньо визначену суму судових витрат, пов'язаних з розглядом справи або певною процесуальною дією, про що постановляє ухвалу (забезпечення судових витрат) (частина 1 статті 811 Проекту змін), а у разі невнесення у визначений судом строк коштів для забезпечення витрат на правову допомогу суд за клопотанням відповідача *має право* залишити позов без розгляду (частина 6 згаданої статті).

Питання судових витрат у цивільному судочинстві є доволі гострим і завжди актуальним. ЄСПЛ неодноразово висловлювався з цього приводу, зокрема, у справі Георгел і Георгета Стоіческу проти Румунії[1], він зазначив, що пункт 1 статті 6 Конвенції гарантує кожному право на вирішення судом спору про його цивільні права і обов'язки, однак це право не є абсолютним і може зазнавати обмежень, які не повинні зменшувати доступ до суду таким чином або в такому обсязі, що в значній мірі суть цього права буде применшено. Вони повинні переслідувати законну мету, а також підтримувати розумну співмірність між застосованими засобами і метою, тому розмір судових витрат, оцінюваний з урахуванням конкретних обставин справи, включаючи здатність заявника до їх сплати і етап розгляду, на якому було встановлено обмеження, є фактором, що мають істотне значення для визначення того, чи могла особа застосувати своє право доступу до суду або, зважаючи на їх розмір, її право на доступ до суду було применшено.

Відповідно до запропонованих у Проекті змін положень суд *може*, за клопотанням відповідача, як захід забезпечення судових витрат, зобов'язати позивача внести на депозитний рахунок суду грошову суму для забезпечення можливого відшкодування майбутніх витрат відповідача на правову допомогу та інших витрат, які має понести відповідач у зв'язку із розглядом справи (забезпечення витрат на правову допомогу) (частина 4 статті 811 Проекту).

Виходячи з згаданого положення відповідач має право через суд вимагати від позивача внести завчасно певну суму коштів, ще не витрачених ним на розгляд справи. У випадках участі у справі так званої "слабкої сторони" ми таким чином, створимо підстави для можливих зловживань (справи за участі страхової компанії та застрахованих, роботодавця та найманих працівників тощо), що створить непереборны перешкоди до доступу до суду.

Суддівський розсуд – це об'єктивна можливість вільного вибору суддею одного з варіантів, закріпленного в праві, і одночасно обмеженість вибору правилами, викладеними в тій самій нормі права[2]. Виходячи з цього, суддівський роз-

---

[1] Рішення ЄСПЛ у справі Георгел і Георгета Стоіческу проти Румунії http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-116198&filename=CASE%20OF%20GEORGEL%20AND%20GEORGETA%20STOICESCU%20v.%20ROMANIA%20-%20%5BRussian%20Translation%5D%20by%20the%20Moscow%20Lawyers'%20Club.pdf

[2] Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. – Москва., 2002. – С. 48.

суд повинен проявлятися тільки в тому, щоб визначити, який з запропонованих варіантів правил в даному конкретному випадку буде більш справедливим. З огляду на це, конструкція норми права повинна містити підстави для застосування конкретного правила. В.І.Синайський, аргументуючи свою позицію, навів положення Швейцарського кодексу, відповідно до якого закон повинен надати судді право вирішити справу за власним розсудом або, коли на нього покладено обов'язок, встановити обставини справи і справедливі мотиви[1].

Відповідно суд повинен діяти на визначених законом підставах, які і є об'єктивними передумовами визначення справедливості. Наприклад, згідно з положеннями частини 1 статті 73 ЦПК України суд поновлює або продовжує строк, встановлений відповідно законом або судом, за клопотанням сторони або іншої особи *у разі його пропущення з поважних причин*. Таким чином, суддівський розсуд виявляється у визначенні причин пропущення строку, виходячи з загальних уявлень про справедливість. Тому варто наділити суд правом зобов'язати позивача внести на депозитний рахунок суду грошову суму для забезпечення витрат відповідача на правову допомогу тільки у тому разі, *якщо є обгрунтовані підстави вважати, що він не сплатить їх за результатами розгляду справи*. Таким чином, можна забезпечити і об'єктивні підстави для застосування норми про забезпечення витрат відповідача.

У своїй роботі В. І. Синайський цілком вірно зазначав, що суб'єктивна справедливість, джерелом якої є суддівський розсуд, виявляється через судей в їх розумінні справедливості, що реалізується в житті. Керуючись цією сентенцією, варто ще раз переосмислити положення запропонованого проекту змін до основного закону цивільного судочинства, за допомогою якого забезпечується справедливий розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту прав, і чітко визначити межі суддівського розсуду з метою досягнення об'єктивно справедливого розгляду справи.

Сергій Васильєв,
к.ю.н., доцент. кафедри цивільного процесу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗАВДАННЯ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА: ЗВ'ЯЗОК ЧАСІВ (1916, 2016)

1. Відповідно до ст. 1 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ.

Вважається, що вказані завдання базуються на формулюванні п.1 ст.6 Євро-

[1] *Синайскій В.* Справедливість въ частности правовая (Латвійское Гражданское Уложеніе) // Законъ и судъ: Вестникъ русскаго юридическаго общества. — 1938. — № 2 (82). — Стб. 3881-3888, 3925-3932.

пейської конвенції про захист прав людини і основних свобод від 4 листопада 1950г.: «кожен має право при визначенні його цивільних прав і обов'язків або при розгляді будь-якого кримінального звинувачення, пред'явленого йому, на справедливий і публічний розгляд справи в розумний строк незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону».

Справедливий розгляд в сучасному розумінні має два аспекти: а) матеріальна справедливість, яка полягає в тому, що кожне судове рішення повинне бути справедливим по суті (тобто при рішенні спірного питання повинні бути справедливо визначені права і обов'язки тих, хто звернувся до суду, або завдяки судовому рішенню повинен бути відновлена порушена справедливість); б) процедурна справедливість, яка передбачає розгляд справи відповідно до певних судових процедур.

Неупереджений розгляд і вирішення судом цивільних справ до певної міри перекликається з вимогою незалежності суду, зокрема, від сторін в справі. Суд при цьому застосовує двоякий підхід. По-перше, досліджується питання про суб'єктивну безсторонність суду в сенсі безсторонності самих його членів. По-друге, досліджується питання про те, чи створюється в достатній мірі видимість безсторонності з об'єктивної точки зору, або ж про те, чи дозволяють гарантії безсторонності в даній ситуації взагалі виключити будь-який законний сумнів з даного питання.

Під своєчасним розглядом і вирішенням судом цивільних справ розуміється розгляд їх у встановлених цивільним процесуальним законом строки. У ЦПК України встановлена система строків, що включає, перш за все, строки для дій, що здійснюються самим судом або суддею, і строки реалізації учасниками процесу своїх процесуальних прав і виконання процесуальних обов'язків. Перша група строків завжди встановлюється законом і розповсюджується на весь комплекс процесуальних дій, що здійснюються на різних стадіях судочинства. Друга група строків встановлюється не тільки законом, але і в деяких випадках судом.

2. У 1916 році були надруковані «Лекции по русскому гражданскому процессу»[1] професора В. І. Синайського, які були прочитані у 1915/1916 роках у Київському комерційному інституті. Частина вказаних лекцій були присвячені проблемам якості правосуддя, де серед іншого піднімалися питання завдань судочинства.

Аналіз лекційного матеріалу В. І. Синайського дозволяє говорити про авторську концепцію якісного судочинства («хорошого суда») і дає можливість виділити основні завдання та засади такого судочинства:

- організація суду. Суд повинен бути якомога ближче до населення. Від-

[1] Синайский В. И. Лекции по русскому гражданскому процессу / В. И. Синайский. – Саратов: Электро-Типо-Литогр. С. М. Панина, 1916. – 82 с.

даленість суду була б великою перешкодою у разі звернення до суду по справі, яка є мало важливою;

- суд повинен бути швидким. Всякі зволікання і повільність у здійсненні правосуддя підривають сутність «хорошего суда»;

- інстанційність суду: (а) потрібно щоб, для більшої правильності, справа не розглядалася всього один раз (в одній інстанції), бо як би суд сумлінно не відносився до розгляду справи, все ж можливо, що він або сторони щось упустять; (б) друга інстанція не повинна бути одноосібним судом, а колегіальним, бо більше впевненості у суді, коли справу розглянуто декількома особами (не менше трьох) і постановлено рішення спільно ними; (в) касаційний суд повинен бути єдиний, бо в іншому разі не було б єдності в застосуванні норм права;

- неупередженість суду. Необхідно, щоб судді, зацікавлені так чи інакше в справі, не брали участі у розгляді даної справи. Для цього самі сторони можуть просити суд усунути від справи зацікавленого суддю, тобто, відвести його (відведення), або самі судді повинні усунути себе від участі в провадженні справи (самовідвід);

- суд повинен бути справедливим. Судді при здійсненні правосуддя повинні боротися в ім'я справедливості з недобросовісною і зловживанням сторони, яка прагне порушити різними хитрощами процесуальні інтереси протилежної сторони;

- для «хорошего» судочинства необхідно, щоб воно було явним, відкритим, а для цього діяльність суду повинна бути доступна як сторонам так і суспільству;

- правова допомога. Необхідні не тільки захисники, а й заступники сторін на суді, судові представники - повірені. Для сторін найзручніше з'єднувати в одній особі повіреного і захисника, так як краще мати справу з однією особою, ніж з двома;

- спрощення судочинства. Чим простіше розвивається процес, тим він більш виграє в своїй ясності і визначеності.

3. Правові позиції професора В. І. Синайського мають доктринальний характер і підтверджують той факт, що основні завдання сучасного цивільного судочинства були добре обгрунтовані ще століття тому назад. Висловлені автором пропозиції щодо формування якісного («хорошего») судочинства знайшли закріплення у ЦПК України 2004 року. В той же час, досі повною мірою не врегульовані та недосліджені такі питання як спрощені форми цивільного судочинства, професійна правова допомога та ін.

ВИБРАНІ ПРАЦІ
ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО

проф. В. И. Синайский

ЛЕКЦИИ ПО РУССКОМУ ГРАЖДАНСКОМУ ПРОЦЕССУ

Читанные в Киевском коммерческом институте
в 1915-1916 г.

1916

Друкується за виданням: *Синайский В. И.* Лекции по русскому гражданскому процессу (Чит. в 1915/16 г. в Киев. коммерч. ин-те). – Саратов: Электро-типо-лит. С. М. Панина, 1916. – 82 с.

Упорядник к.ю.н., доцент, доцент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка *Ірина Ізарова*.

Оглавление

Глава первая. Как устроен суд?

1. Что значит судить?
2. Всякий ли может судить? Третейский и коронный судья
3. Кто судит в городах и уездах?
4. Что надо для того чтобы сделаться судьей?
5. Стоит ли стремиться быть судьей?
6. Хороший и плохой судья (его качества и ответственность)
7. Хороший и плохой судья
8. Хорошее и плохое судопроизводства
9. Для хорошего суда необходимы ли адвокаты и кто может выступать защитником?
10. Нужны ли другие судебные деятели, кроме адвокатов?
11. Значение хорошего суда для общества и откуда можно почерпнуть сведенья об устройстве суда и судопроизводстве?

Глава вторая. Как происходит суд?

12. Как, кого и в каких делах судят в волости?
13. Как, кого и в каких делах судят в местном суде?
14. Как, кого и в каких делах судят в окружном суде?
15. Апелляция и отмена решений
16. Возможно ли упростить процесс?
17. Возможно ли упростить процесс, соединяя иски?
18. В каких случаях ведение процесса усложняется?
19. Привилегированные лица и дела
20. Коммерческий суд и суд духовный
21. Кто разрешает споры о пререканиях?
22. Какие доказательства допустимы в процессе?

Глава третья. Исполнительное и охранительное производство. Что же такое процесс?

23. Что подлежит исполнению и какими мерами?
24. Охранительное производство
25. Что же такое процесс?

Глава первая. Как устроен суд?

1. Что значит «судить»?

I. В гражданско-правовой жизни постоянно возникают спорные дела. Конечно, стороны могут сами разобраться в спорном деле, но многие причины мешают этому, и, следовательно, необходим судья, который выслушал бы стороны, разобрал их дело и решил: кто же прав и поскольку прав. Для того, чтобы решить спор, судья должен войти в обстоятельства самого дела, оценить их значение, далее — найти какую либо правовую норму, подходящую для данного дела, правильно понять и оценить ее, а затем уже, подведя спорный случай под норму, сделать вывод, решающий спор. Отсюда видно что значит судить. Это значит, не только делать правильные выводы, т. е. решать спорное дело, но уметь оценивать жизненные обстоятельства и знать правовые нормы, толкуя и оценивая их значения для конкретного спорного случая. Все это показывает, что правильно судить нелегко, и что для судьи еще мало одной логической способности. Но, сверх того, при сложности современной гражданско-правовой жизни, легко может оказаться, что нет на лицо подходящей нормы для решения спора. В таком случае судить — значит создать и самую норму, или то руководящее правило, без которого не может быть решен спорный случай. При этом третейский суд (2.1) руководствуется, как всегда, своей совестью, решает дело по справедливости, как она ему представляется. В сущности, и коронный судья вынужден руководствоваться чувством справедливости, когда ему приходится решать дело, для которого нет правовой нормы. Но, так как понятие справедливости есть понятие относительное, условное, то современное право, за исключением новейшего швейцарского, не решается прямо признать за судьей право, хотя бы в некоторых случаях, судить по справедливости. В частности, и наше законодательство обязывает судью решать спорное дело по *общему смыслу законов*, если нет для конкретного случая определенного закона. Все это показывает, что значит судить. Приходиться не только решать дело на основании готовой правовой нормы, но и создать ее иной раз, дабы судья не мог подлежать наказанию за отказ в правосудии.

II. Но судить не значит еще решить дело на основании нормы, готовой или созданной судьей. Для правовой стороны было бы мало, если бы она только была признанной правой. Она заинтересована в том, чтобы признанное за ней право было на деле осуществлено. Так, напр., если было признано право собственности на землю за просителем, называемым у нас *истцом*, то естественно, что выигравший дело истец заинтересован получить землю в свое обладание, и в этом обязан помочь ему суд. Отсюда, в более широком смысле судить — значит еще принимать деятельное участие в исполнении решенного дела. Без такого исполнения, самое решение дела не достигло бы своей цели — осуществления истцом его права.

III. Но если участие судьи в исполнении решения практически *тесно* связано с его судейской деятельностью, то этого далеко нельзя сказать о другой еще деятельности судьи. Судья признан участвовать в таких еще юридических сделках, как напр., усыновление, узаконение, а равно — охранять права лиц, напр., лица отсутствующего или умершего. Очевидно, в этих случаях судить означает *охранять* права лиц. Но такую охрану прав следует отличать от охраны прав исковом порядке, т. е. предъявляемым иском признании судом определенного права. Наша судебная практика (00/35, иначе 75/246, 79/154 и др.), не говоря о губерниях Прибалтийских (ст. 1801 У. Г. С.), знает иск о признании (*Васьковский*). В соответствии со всем изложенным, приходиться *исковое* (12 и сл.), *исполнительное* (23) и *охранительное* (24).

2. Всякий ли может судить? Третейский и коронный судья

I. Если деятельность судьи представляется сложной и многообразной, то, очевидно, и на вопрос о том, всякий ли в состоянии судить, приходиться дать отрицательный ответ. Правда, стороны могут обратиться к выборному ими лицу, чтобы оно рассудило их. Будет ли судья хорош или плохой, это уже дело сторон. Но не менее ясно также, что такой судья не обладает исполнительной властью. Он не может заставить стороны исполнить свое решение, раз он добровольно не подчиняется ему; и если бы даже стороны согласились обеспечить исполнение решения неустойкой, то и в таком случае, самое большое, может быть взыскана неустойка (и то если третейская запись действительна: реш. 8/IV 1915 г.), а решение все же останется неисполненным. Не желая парализовать инициативу сторон в разрешении спорных дел частным порядком, государство идет на помощь сторонам. Оно соглашается помочь им в исполнении решений частных лиц, передавая эти решения на исполнения судебной власти, но ставит свои условия. Совокупность этих условий составляет особую организацию частного суда, называемого у нас *третейским судом*. Эти условия, во-первых, определяют прямо или косвенно, кто может быть посредником, или *третейским судьей*. Так, у нас третейским судьей м. б. лишь грамотный и дееспособный, т. е. способный заключить со сторонами договор о решении им дела. Такой приговор как самих сторон, так и посредника, совершается письменно и называется *третейской записью*. Во-вторых, для решения дела необходимо не менее трех судей, и, во всяком случае, они избираются в нечетном числе. При этом, избранный посредник может отказаться от разбора дела. В-третьих, самое производство дела совершается с соблюдением правил, установленных сторонами в третейской записи. Исполнительный лист выдается коронным судом, на основании чего и происходит исполнения решения обыкновенным порядком (23).

II. Очевидно, третейский суд предполагающий добровольное согласие на него сторон и посредников, не может в полной мере удовлетворить задач правосудия в государстве. Поэтому государство создает особых судей государ-

ственных или коронных. Эти судьи (бесплатно и с их согласия они в праве быть третейскими судьями: О. С. 13/IV 1915 г, № 8) не вправе отказываться разбирать дела и вообще судить. Кроме того, они, как органы государственной власти, судят, не нуждаясь в согласии на то сторон. Они судят в силу предоставленной им власти, раз только одна сторона обращается к ним и указывает другую сторону — *ответчика*. Отсюда и на вопрос о том, кто может быть судьей, приходится ответить, что судьей является лицо, назначенное для этой цели государством и облеченное соответствующей властью. Положение дела не меняется оттого, назначен ли судья непосредственно государственной властью или выбран самим населением и утвержден ею.

III. Спорят лишь о том какой суд следует предпочесть: по назначению или по выбору. Теоретически оба порядка имеют за себя много доводов. Но главные из них те, что *при назначении* власть имеет широкий выбор лиц, способности и подготовку которых она знает; при *выборном* же порядке, само население выбирает тех лиц, которым оно доверяет, и это доверие составляет сильную сторону выборного суда. У нас выборный суд введенный составителями судебных уставов 1864 г., для местного суда (*мировой суд*), был впоследствии почти целиком заменен судом по назначению (*земские начальники, городские судьи*). Такая замена оказалась особенно неудачной в отношении земских начальников, как судей, представленных в зависимости от министра внутренних дел, а не министра юстиции. В следствии этого, а от части и по другим причинам, ценность мирового суда в глазах общества значительно возросла; и при новой судебной реформе местного суда законодательные учреждения восстановили мировой суд, а вместе с тем и начало выборности судей. Но если начало выборности судей снова признано у нас, то тем не менее область применения его ограничивается все же и ныне местным судом, который, как известно, решает дела более простые. Для более же сложных дел требуется больше знания и опыта. Поэтому *общий суд* (3. IV), в противоположность местному суду, организован не только коллегиально (судят несколько судей), но и судьи назначаются. При этом, возможна рекомендация со стороны общего суда, но власть не стеснена рекомендацией при назначении судей. Итак, судьей может быть посредник — третейский судья (I), назначенный (II) и утвержденный по выбору (III).

3. Кто судить в городах и уездах?

I. До сих пор решался общий вопрос, всякий ли может судить, но необходимо еще знать, *кто* же у нас судит в городах и уездах? Знание этого необходимо каждому, ибо никто не застрахован от того, что у него не возникнет с кем либо спорное дело и вообще не потребуется обращение к суду. При этом ясно, что чем проще организован суд, тем легче знать, к какому суду следует обращаться. К сожалению, организация суда у нас представляется *сложной*. Сложность эта объясняется не столько требованием *существа* дела, сколько *историческими* и *социальными* условиями. Существо дела требует лишь того, чтобы в системе

судов различался суд *общий* и *местный* (2. III), в зависимости от сложности и незначительности дела. Напротив, только исторически можно объяснить существование у нас в местном суде рядом: мировых судей, земских начальников, городских судей, уездных членов окружного суда (II). Социальными же условиями м. б. объяснено существование у нас специальных, или особенных судов (коммерческих, духовных, волостных, гминных, станичных, см. III).

II. Мировые судьи судят как в городах, так и уездах, каждый в своем мировом участке (*участковые* судьи, но есть *добавочные* и *почетные* мировые судьи). Однако, было замечено выше, мировой суд почти целиком был отменен (2. III), а восстановленный ныне существует в десяти юго-западных губерниях и в немногих городах (37 губерний) продолжают судить земские начальники и городские судьи. В следствии этого для большинства местностей приходится различать местный суд в городах и уездах. В городах судьи называются *городскими*, в уездах — *земскими начальниками*. Те и другие имеют свои участки. Но так как земские начальники и городские судьи решают далеко не все дела, кои были подсудны прежде мировым судьям, то, для образовавшегося излишка дел мировой юстиции (13. III), в каждом уезде имеется еще особый судья, который называется *уездным членом окружного суда*. Отсюда видно, что лишь мировой суд удовлетворяет простоте организации местного суда, так что нет надобности различать суд в городах и уездах.

III. Однако, если бы мировой суд уже был введен повсюду, то и тогда не было бы полного упрощения организации местного суда, благодаря существованию у нас *особенных судов* и главным образом — *волостных судов*. Правда, при восстановлении мирового суда, горячо обсуждался вопрос об упразднении волостных судов, и велась в законодательных учреждениях борьба из-за их дальнейшего существования. Однако, борьба эта закончилась лишь *реформой* волостных судов. Тот *произвол* который нередко замечается в волостном суде, сохраняется и поныне, как в следствие низкого нашего крестьянства, следовательно и судей, так и в следствии не разработанности и многообразия обычного права, которое применяется в волостном суде. Тем не менее, нельзя не подчеркнуть, что реформой волостных судов достигнуто *значительное улучшение* в следствии возможности обжалования решений волостных судов в *верхних сельских судах*. Эти последние суды образуются из председателей волостных судов под представительством мирового судьи, большей частью юриста, дает гарантию правильности отправления правосудия в нашем крестьянстве. Участие же председателей обеспечивает более или менее знание обычного права. Однако, и при такой организации волостного суда, все же было бы неправильно уменьшать дефекты реформированных волостных судов. Ведь, этим судам подсудны миллионы нашего крестьянства, а следовательно громадная часть России. Правда, волостным судам подсудны ограничения и незначительные дела (12), но кому неизвестно, как дороги для крестьянина его малые спорные дела

и с каким удивительным упорством он просиживает у дверей суда, в ожидании разбора своего дела.

IV. Что касается, наконец, общего суда, то таковым является прежде всего *окружной суд*, названный так потому, что он действует в пределах определенного судебного округа. Окружной суд имеет место обыкновенно в губернском городе и, следовательно, представляется для населения, сельского и уездных городов, далеким судом в противоположность местному суду. Еще более далеким для населения является *судебная палата*, обнимающая собой несколько окружных судов с их округами. О кассационных инстанциях (см. ниже 7. III).

4. Что надо для того чтобы сделаться судьей?

I. Было показано (3) как разнообразны у нас судейские должности. Неудивительно, поэтому, что условия для занятия этих должностей далеко не одинаковы. Легче всего сделаться *волостным судьей*. Для этого не требуется даже грамотности (в местностях, где введены земские начальники), и лишь реформой волостных судов (зак. 1912 г.) введено обязательное требование грамотности для судей. Нечего и говорить что волостные судьи не имеют никакого юридического образования. Не могут быть волостными судьями лишь лица, не принадлежащие к сельским и волостным обществам, евреи, иностранные подданные, не достигшие определенного возраста (25 и даже 30 лет) и вообще опороченные по суду или иным образом. Волостные судьи избираются самим населением непосредственно (или через выборщиков, закон 1912 г.) и утверждаются в должности земскими начальниками (или мировым съездом, зак. 1912 г.). Неудивительно, что при избрании волостных судей возможны всякие злоупотребления со стороны заинтересованных в том лиц и что избрание далеко не всегда гарантирует населению достойных и хороших судей. — Сравнительно легко сделаться и *земским начальником*. Для это не требуется также юридическое образование: важна лишь принадлежность к местному дворянству. Прежде образовательный ценз мог вовсе отсутствовать, и лишь в настоящее время положения дела несколько улучшено тем, что введен институт кандидатов к земским начальникам, учреждены временные курсы для подготовки кандидатов и введены испытания на должность земских начальников. Тем не менее, все же странно, что земские начальники, являясь судьями, не имеют сплошь и рядом юридического образования и не состоят к тому же в ведомствах министерства юстиции, так как они назначаются министром внутренних дел. Впрочем, следует сказать, что и мировые судьи могут не обладать юридическим образованием. Выходит, что в России можно судить, не имея юридического образования. Кто поручит не столяру сделать письменный стол? Но чтобы судить в России, для этого не требуется в местном суде специального знания. Требуется лишь среднее образование или трехлетняя служба в таких должностях, благодаря коим могли быть приобретены практические сведенья в производстве судебных дел. Правда, недостаток юридического образования мировых судей выкупается тем доверием,

которое им оказывает население (собственно — уездные земские собрания), выбирая их. Но, очевидно, одно доверия не может восполнить в судьях недостаток юридического образования. Такое отступление объясняется тем, что у нас мало распространено юридическое образование, и поневоле приходится пока мириться с судьями — не юристами. Впрочем, следует заметить, что *городские судьи*, назначаемые министром юстиции, обладают юридическим образованием. Что касается *уездного члена окружного суда*, а равно и всех других *членов окружных судов* и еще *вышестоящих судей*, то само собой понятно, что юридическое образование для них обязательно. Более того, необходим еще *служебный* ценз и ценз нравственный. Имущественный ценз, однако, не требуется. Такое требование препятствовало замещению судейских должностей людьми знания ми опыта. Напротив, имущественный ценз требуется для мировых судей и земских начальников, как условие связи их с местным населением. Поэтому такой ценз является местным, а не «всероссийским, единым для всех», как гарантия без пристрастия судей, — людей более или менее обеспеченных имущественно. Реформа местного суда (зак. 1912 г.) несколько *понизила* имущественный ценз мировых судей, в некоторых случаях и вовсе отменила его, заменив служебным цензом. Впрочем, та же реформа *повысила* зато образовательный ценз, требуя от лиц со среднем образованием еще трехлетнего служебного ценза и даже шестилетнего — при отсутствии всякого образования. И лишь при наличии юридического образования служебный ценз вовсе не потребуется. Несмотря на указанные улучшения, положения в сущности остается прежнем. Россия в местном суде (за исключением лишь тех местностей, где мировые судьи назначаются, да, пожалуй, городских судей) не стоит на высоте юридического образования своих судей, а в волостном суде не заняла еще позиции грамотности судей (иначе по зак. 1912 г.). Следовательно, не так уже много надо, чтобы стать судьей в России, поскольку речь идет о близком, местном для населения суде.

5. Стоит ли стремиться быть судьей?

I. В связи с вопросом как сделаться судьей стоит другой вопрос, стоит ли стремиться быть судьей. Решение последнего вопроса, в сущности, сводится к оценке судебной карьеры и материальному вознаграждению судей. Однако такое суждение вопроса не совсем правильно. Положение судей определяется еще тем почетом, который выпадает на долю судей в обществе. Чем больше почета, тем привлекательнее должность судьи. Этим объясняется и тот замечательный факт, что несмотря на сравнительно слабое вознаграждение у нас судей и малую обеспеченность служебной карьеры, — судейских должностей все же ищут и добиваются многие способные люди, придавая и самому суду немало блеска и достоинства своим талантом и знанием. Нельзя, впрочем, не пожалеть, что судьи, по определению Общего Собрания Сената (9-го октября 1906 г., № 22), недостаточно обоснованному, лишены права примыкать к политическим партиям. Таким образом, лишение судей права участия в политической

жизни, т. е. существование в сущности своих гражданских прав, может побудить талантливых людей обходить судейские должности и предпочитать какие либо свободные профессии. На Западе не ставится препятствий к свободному участию судей, как граждан, в политической жизни. Само собой понятно, что это участие не должно вести к злоупотреблению судейским влиянием, идти в ущерб непосредственным обязанностям судьи и вообще не должно ронять его достоинства.

II. Обращаясь, в частности, к *материальному вознаграждению* судей, следует отметить, что оно в настоящее время несколько улучшено. Так, по закону 1912 г. (реформа волостного суда), волостные судьи получают сто или 120 рублей в год в зависимости от разряда судов, мировые судьи 2000 рублей и 800 на расходы. Кроме того, в 1908 г. были установлены для членов окружных судов две прибавки по 450 рублей за каждое из двух первых пятилетней службы (основное их жалование 3300 руб.). Самое большое жалование получают сенаторы (8000 руб.) и первоприсутствующие в сенате (9000 руб.). Городские же судьи и земские начальники получают сравнительно немного (1600 руб. жалования и 600 руб. на расходы).

III. Что касается, наконец, *служебной карьеры*, то в сущности она находится в большой зависимости от министра юстиции. Такая зависимость не желательна, ибо судья, завися в своей служебной карьеры от начальства, тем самым легко может покривить своей судейской совестью, прилаживаясь к начальству. Тоже следует сказать о чинах и наградах. Однако, в Российской империи лишение судей чинов и наград было бы понижением служебного положения судей. Поэтому, на практике судьи получают чины и награды. Следует, впрочем, подчеркнуть, что зависимость от начальства имеет также обратную сторону. При правильной организации судебной власти, начальство само будет стремиться поощрять судей, наиболее достойных, независимых, честных, с неподкупной совестью, вид в них идеал судьи. Итак, все изложенное приводит к тому выводу, что судейская должность пользуется у нас достаточным почетом в обществе и привлекает, несмотря на некоторые отрицательные стороны судейской службы, талантливых, способных и преданных своему делу людей.

6. Хороший и плохой судья (его качества и ответственность)

I. В связи с вопросом, стоит ли стремиться быть судьей, возникает еще вопрос, не менее интересный, как сделаться хорошим судьей. Только при таком условии можно оправдать высокое звание судьи и почет в обществе, связанный с этим званием. А это приводит, в свою очередь, к выяснению понятия *хорошего судьи*. Два условия для хорошего судьи уже указаны. Во-первых, хорошему судьи необходимо быть развитым и подготовленным человеком, чтобы судья мог установить правильно обстоятельства дела и правильно подвести самый спор под правовую норму, а в известных случаях умел создать ее (1. I). В этом отношении нельзя не согласиться (*А. В. Завадский*), что выборный суд — тех-

нически слабый суд и в особенности у нас, где судьи могут быть не юристами (4). Во-вторых, судье необходимо быть мужественным, провозглашать в своем решении именно то, в истинности чего он убедился, не руководствуясь ни страхом перед начальством, ни какими либо иными посторонними соображениями. Конечно, нельзя требовать твердого характера от каждого судьи. Но в этом отношении судье должно помочь признание за ним самостоятельности и несменяемости его. *Самостоятелен* судья тогда, когда судейские должности не могут быть соединёнными с какими либо иными должностями, благодаря которым открывалась бы возможность влиять на судью. Примером не самостоятельности судьи могут служить у нас земские начальники, которые, будучи судьями, в то же время состоят чиновниками по министерству внутренних дел. *Независим судья* тогда, когда и его начальство, т. е. судебное, не может повлиять на совесть судьи. А такая независимость прежде всего достигается тем, что за судьей признается несменяемость, т. е. то, что судья не может быть уволен или перемещен по воле начальства без собственного на то желания. Принцип несменяемости судей был принят составителями судебных уставов; но, приблизительно через 20 лет, несменяемость судей была значительно поколеблена учреждением *высшего дисциплинарного присутствия*, которое вправе увольнять и перемещать чинов судебного ведомства, по положению министра юстиции, как за упущение по службе, так и за противные нравственности или предосудительные поступки вне службы. Так как данные понятия растяжимы, то неудивительно, что с того времени открылась возможность для министра юстиции влиять на судей. Если же прибавить к этому, что и служебная карьера зависит от министра юстиции (5. III), то независимость судей от своего начальства, очевидно, носит проблематичный характер. Кроме того, как было уже замечено, мировой суд был в 1889 г. заменен судебно-административными учреждениями, и судьи стали назначаться и увольняться по воле начальства. Министру юстиции предоставлено также право доносить Государю о сенаторах, и таким образом даже сенаторы могут быть уволены вопреки своему желанию. Из изложенного следует, что хорошему судье в России надо иметь действительно твердый характер, чтобы в некоторых случаях не покривить душой из-за страха перед своим начальством. В-третьих, хороший судья должен заслужить доверие населения в том, что он удовлетворяет первым двум условиям, т. е. что он знает свое дело, как юрист, и что он самостоятелен и независим, не покривит своей душой. Очевидно, это доверие тем труднее заслужить, чем меньше судьи являются юристами и чем более они зависят от своего начальства. Возможно, конечно, влияние на судью и путем материальных соблазнов. В этом отношении для хорошего судьи необходимо такое обеспечение, которое исключало бы всякие влияния на судью в имущественном отношении. Итак, хороший судья — образованный и опытный юрист, человек твёрдых убеждений и неподкупной честности, короче — высоко моральный человек.

II. Напротив, плохой тот судья который не удовлетворяет вышеизложенным

качествам хорошего судьи. Отсюда естественно возникает вопрос об *ответственности судьи* за неправильные действия. 1) Ответственность эта возможна *в дисциплинарном порядке* за маловажные служебные проступки, за нарушение правил благопристойности и нравственности в *особом порядке* дисциплинарного судопроизводства перед высшим дисциплинарным присутствием было уже упомянуто (см. 1). Еще более исключительным административным порядком является ответственность волостных судей перед земскими начальниками за маловажные нарушения *служебных обязанностей* (ук. 28/IX 1915 г. № 7152). Последние без всякого формального производства могут подвергать волостных судей, если они состоят еще на службе (ук. 25/VIII 1915 г. № 6960), штрафом до 5 рублей, аресту до 7 дней и даже временному устранению от должности. Положение это крайне ненормально и по новому закону отменено: волостные судьи подчинены дисциплинарной власти мировых съездов. Что касается дисциплинарного производства в *общем порядке*, то оно осуществляется теми или другими судебными местами и присутствием. Дисциплинарная ответственность в общем порядке погашается обыкновенно годичной давностью. 2) Более сильной является ответственность судей в *уголовном порядке* за тяжкие нарушения служебных обязанностей. Такие нарушение, как взяточничество, вымогательство и постановление заведомо неправильных решений, очевидно, резко противоречат высокому назначению суда. Впрочем, у нас карается в уголовном порядке и ошибка судьи или неправильное лишь по недоразумению толкование законов. 3) Само собой понятно, что судьи, нарушая своими неправильными действиями права частных лиц, подлежат ответственности в *гражданском порядке*. Такой ответственности, однако, нет в случае неправильного решения, ибо судья, как всякий человек, может ошибаться. Поэтому сенат требует для гражданской ответственности за неправильное решение наличности умысла, к которому он приравнивает, очевидно неправильное толкование точного и ясного закона (85/76). Такова ответственность судей у нас. В общем, на практике, она обставлена значительными затруднениями для частных лиц, и в этом состоит едва ли не самый главный недостаток организации й нас как судей, так и вообще чиновников. Государство берет под свою усиленную защиту чиновников, затрудняя для частных лиц защиту своих интересов и права, в случае нарушения их чиновниками.

7. Хороший и плохой судья

I. Было бы неправильно думать, что для хорошего суда достаточно лишь хороших судей. Конечно, хороший судья — необходимое требование для правильного отправление в стране правосудия, но важна и самая *организация суда*, дабы облегчить судье отыскание правды. Для этого должно быть *достаточно судей*. Если их мало, а дел много, то, очевидно, и хороший судья, подавленный массой дел, не окажется на высоте своего служебного долга. В этом отношении нельзя не подчеркнуть большое обременения делами окружных судов и

судебных палат, а равно и гражданского кассационного департамента сената. Далее, что касается местного суда, то и здесь судей должно быть достаточно, чтобы самый суд был возможно ближе к населению. Отдаленность суда была бы большим препятствием в деле обращения к суду по маловажным делам.

II. Далее суд должен быть *скорым*. Всякие проволочки и медлительность в отправлении правосудия подрывают в корне значение хорошего суда. Наш дореформенный суд, благодаря волоките, приобрел печальную славу бесконечного суда. В этом отношении составители судебных уставов сделали решительную попытку ускорить правосудие. Они ввели определенные сроки для различных судебных действий (сроки эти ныне еще более сокращены, см. 13-15), и главное они ограничили количество инстанций, или судебных мест, двумя для рассмотрения одного и того же дела по существу. Это значит, что если стороны (одна или обе) не довольны решением дела (первая инстанция), то они могут обжаловать решение в высший суд, и этот суд (вторая инстанция) снова и окончательно рассмотрит дело таким же образом, как если бы дело не рассматривалось в низшем суде (первая инстанция). Но если бы стороны и на этот раз оказались недовольны формально правильным окончательным решением суда, то они уже не могут требовать, чтобы еще более высокий суд (третья инстанция) и т. д. снова рассматривал по существу их спорное дело. Единственно, что им предоставляется, так это просить об отмене окончательного решения, если бы самое решение состоялось с нарушением существенных обрядов и форм судопроизводства, неправильным применением и толкованием правовых норм, или рассмотрением дела не подлежащим судом (см. 15. II). В этих и других (15. II) случаях возможно, что судебное место (у нас гражданский кассационный департамент Сената или губернское присутствие) отменить решение дела, но само оно все же перерешать его не будет, а передаст на решение суда второй инстанции. Указанный порядок разбора дела по существу двумя инстанциями удовлетворяет требованию и правого суда.

III. *Правый суд* требует: 1) чтобы, для больше правильности, дело *не рассматривалось всего один раз (в одной инстанции)*, ибо как бы суд добросовестно не отнесся к разбору дела, все же возможно, что он или стороны что либо упустят. Следовательно, благодаря каким либо случайностям, правда могла бы погибнуть вследствие однократного рассмотрения дела по существу. Вторичное же рассмотрение дела по существу открывать сторонам полную возможность еще раз с теми или новыми доказательствами (ср. 15 II) просить другой суд и притом более авторитетный (вторая инстанция) раззудить их, не стесняясь состоявшимся решением. Так, напр., если бы какая либо сторона осталась недовольна решением мирового судьи, то она может обжаловать решение (подать апелляцию) и просить мировой съезд рассмотреть дело вторично. Конечно, можно было бы для большей правильности предоставить более высокому суду в третий раз рассмотреть дело по существу, если бы сторона оказалась недовольна и вторичным решением, но такая возможность была бы явным недоверием к

суду и, к тому же оправдываемой затяжкой дела, нарушением скорости суда. На против, у нас ограничиваются для совсем маловажных дел рассмотрением дела всего один раз, чтобы не затягивать дело (иски до 30 руб.). Однако по новому закону о местном суде (1912 г.), это отступление правильно устранено (12, 1; 13, I). Маловажные иски для бедных людей имеют большую ценность. Бедный человек заинтересован, чтобы и в иске, напр., в 15 руб., ему не отказали сразу, окончательно. Поэтому рассмотрение дел только одной инстанцией не может быть оправдано з точки зрения правого суда и является нарушением законных интересов мало имущего населения, для которого и несколько рублей дороже сотен и тысяч рублей состоятельного человека. Далее, 2) требованием правого суда объясняется, чтобы *вторая инстанция* не была единоличным судом, а *коллегиальным*, ибо больше уверенности в правом суде, когда дело рассмотрено несколькими лицами (не менее трех лиц) и поставлено решение сообща ими. Коллегиальность суда, как дающая больше гарантий в правильности решения, признана для общего суда и для кассационного суда. Впрочем, коллегиальность имеет и отрицательные стороны по сравнению с единоличным судом. Единоличный судья знает, что ему не на кого надеяться, вся ответственность лежит на нем. В коллегиальном же суде, каждый может понадеяться на своего коллегу, а от этого правосудие легко проиграет. Тем не менее, принимая во внимание трудность и сложность отправления правосудия в более важных делах, коллегиальность следует предпочесть единоличному суду, именно в общих судах, апелляционных и кассационных судах. Так это организовано и у нас еще составителями судебных уставов. Но для правого суда мало еще наличности и коллегиальности апелляционной инстанции и кассационного суда. Надо, 3) чтобы и самый кассационный суд был един, ибо в противном случае не было бы единства в применении норм права. К сожалению, у нас это основное требование правого суда нарушено. Для судебно-административных учреждений и волостных судов кассационной инстанцией является губернское присутствие, для остальных судов (мировых и общих) — кассационный департамент Сената. Следовательно, возможно, что одни и те же правовые нормы будут применятся и толковаться различно, и будут у нас две правды, исключающие друг друга. Некоторое примирение разногласия в понимании норм права у нас возможно устранить, но такое устранение слишком сложно. И хотя министр юстиции обязан следить (в силу ст. 259) за единообразным применением законов, поскольку губернское присутствие отклоняется от единообразной практики сената, тем не менее такой контроль не достаточен. Правда, реформой местного суда ныне восстановлено единство кассационной инстанции в отношении мировой юстиции. Но решение верхнего сельского суда подлежат кассации не сената, а мирового съезда (ст. 93 зак. о местном суде) и главное — самая реформа местного суда на деле осуществлена лишь в немногих губерниях. Кроме того, принцип единства кассационного суда далеко не осуществлен в отношении сената. Дело в том, что гражданский кассационный департамент разделен ныне (с 1877 г.)

на отделения, так что дела рассматриваются в отделениях, и на решение самого департамента передаются только те дела, которые требуют разъяснения точного смысла закона. Следовательно, возможно, что в разных отделениях дела будут разрешаться не одинаково, чем будет нарушено единообразие практики. Наконец, в виде особого изъятия кассационные функции переданы у нас и другим судебным местам (судебным палатам, мировым съездам). Далее, 4) для правого суда необходимо, чтобы судьи, заинтересованные так или иначе в деле, не принимали участия в рассмотрении данного дела. Для этого сами стороны могут просить суд устранить от дела заинтересованного судью, т. е. отвести его (отвод), или сами судьи должны отстранить себя от участия в производстве дела (самоотвод) и в непредвиденных законом случаях отвода судьи (72/172). Подлежит же отводу судья, если он находится с тяжущимися в отношениях по опеке (попечительству, управлению делами, наследованию по закону (также и жена судьи), ведет тяжбу (также жена), участвовал в разрешении дела в низшей инстанции). Но, чаще всего, отвод имеет место в силу отношений *родства* и *свойства* судьи с лицами, участвующими в деле (сторонами их представителей, третьими лицами, когда последними являются жена, усыновитель или усыновленный, а равно близкие родственники судьи (в боковой лишь до четвертой степени включительно) и свойственники (первых трех степеней).

IV. Итак, хорош тот суд, который является облечённым достаточным количеством судей, является судом скорым и правым. Но должен ли быть суд еще *справедливым*? Дело в том, что правость суда означает не материальную правду, а формальную. Решение может быть по форме совершенно правильным (правым) и, тем не менее противоречить справедливости, т. е. материальной правде. Традиционный взгляд, опасаясь расширения судейских функций и связанной с этим непрочности гражданского оборота, ограничивается требованием правого суда. Однако, очевидно, что правый, но несправедливый суд все же нельзя назвать хорошим судом. Поэтому предлагают (*Яблочков*)чтобы судьи, при достижении правого суда формальной правдой, по крайней мере, боролись во имя справедливости шиканой в процессе, т. е. с недобросовестностью и злоупотреблением стороны, стремящийся нарушить разными ухищрениями процессуальные интересы противной стороны. В отдельных случаях (я не принципиально) и сенат действительно даст такой стороне защиту во имя справедливости (реш. 91, 1915 г. 11/31, 96/59).

V. В заключении вопроса о хорошем суде необходимо остановится, наконец, на самом *устройстве нашего суда*. Было упомянуто (V, III), что наш суд организован и единолично и коллегиально, представляя таким образом, особую комбинацию. Именно коллегия из трех членов решает дела в волостном суде, в верхнем сельском суде, в мировых и уездных съездах и в общих судах. Точно также присутствие отделений кассационного гражданского департамента Сената состоит из трех сенаторов и лишь присутствие всего департамента не менее, чем из семи сенаторов. Само собой понятно, что неудобные собрание и

присутствие имеют большой состав, так как *судебные коллегии* образуются специально для рассмотрения судебных дел. Исключение сделано для *волостного суда*, в коем три члена и председатель составляют весь состав суда. 1) *Верхний же сельский суд* разрешает дела в составе двух председателей волостного суда по очереди и председателя — мирового судьи. 2) Точно также членами *съездов (уездных и мировых)* являются не особые судьи, а единоличные судьи первых инстанций, заседающие по очереди. Председатель мирового съезда избирается мировыми судьями из своей среды (в некоторых местностях назначается правительством; председателем же уездного съезда является уездный предводитель дворянства) (а где нет предводителей дворянства — назначается правительством). 3) *Окружные суды* имеют определенной, постоянный состав судей. Они состоят из членов, председателей и товарищей председателя и делятся на отделения. 4) *Судебные палаты* имеют во главе старших председателей, а во главе отделений, называемых *департаментами*, председателей департамента. 5) *Кассационный гражданский департамент Сената* имеет во главе сенаторов первоприсутствующего и делится, как уже было замечено, на *отделения*. В таких судебных местах, в коих имеется постоянный состав членов, *судебные коллегии* образуются во главе с председательствующим, которого приходится, поэтому, отличать от председателя, как стоящего во главе судебного места, а не только судебной коллегии. Но председательствующим м. б. и не председатель. 6) Совершенно своеобразен состав *губернского присутствия*. Как судебно-административное учреждение, оно имеет своим председателем губернатора и состоит из вице-губернатора, губернского предводителя дворянства, прокурора окружного суда, *двух непременных членов* и председателя или члена окружного суда. — Таков в общем довольно сложный состав нашего коллегиального суда. Но эта излишняя сложность не затрагивает сама по себе принципа коллегиальности, который проведен в нашем суде правильно, составляя гарантию хорошего суда.

8. Хорошее и плохое судопроизводства

I. Но недостаточно еще хороших судей и правильной организации суда (6-7) для хорошего правосудия. Необходимо чтобы и самое *отправление правосудия* или *судоводство* было хорошим. В противном случае цель правосудия не будет достигнута. Хорошее судопроизводство должно быть построено на таких началах или принципах коими бы вполне обеспечивалось торжество правой стороны. Там, где в конечном итоге, торжествует неправая сторона, не может быть хорошего суда. Его не может быть и там, где правая сторона, хотя и торжествует, но ценой таких усилий, которые под силу лишь немногим обеспеченным и настойчивым людям. В этих и подобных случаях сторона вынуждена идти на уступки неправой стороне кончая дело миром. Неправая же сторона, затягивая и тормозя процесс, тем самым достигает успеха в ущерб правой стороне. Вместе с тем в стране поощряется сутяжничество, как лучший признак плохого суда.

II. Судопроизводство плохо, если оно совершается под покровом канцелярской тайны: такое правосудие обыкновенно осквернено взяткой, развращением судей и вообще кляузой. Отсюда для хорошего судопроизводства необходимо, чтобы он был явным, открытым, а для этого деятельность суда должна быть доступной как сторонам (*гласность в тесном смысле*), так и обществу (*гласность в широком смысле или публичность*). В частности, публичность достигается тем, что отчеты о заседаниях суда могут печататься в газетах и таким образом делаться доступными широкой публике. Нечего и говорить, что публичность оздоровляет судейскую атмосферу, благоприятно действует и на стороны и на общество, имея для него воспитательное значение. В виду такого важного значения принципа публичности, закон хотя и предоставляет сторонам ходатайствовать о закрытии зала заседания для публики, но суд обязан проверить уважительность такого ходатайства. Однако, в некоторых случаях сам суд обязан рассматривать дела при закрытых дверях (в исках о содержании внебрачных детей, об узаконение, о восстановлении совместного жительства супругом, о содержании мужем отдельно живущей жены, о взаимных обязанностях и правах отдельно живущих родителей в отношении детей, о таких привилегиях на изобретения, которые не подлежать опубликованию и в некоторых других делах). Напротив, принцип гласности не подлежит никаким ограничениям во всех тех случаях, где для сторон важно знать действия суда, ибо, очевидно, что иначе стороны очутились бы в полной зависимости от суда и невозможности как следует защищать свои интересы на суде.

III. Но публичности и гласности недостаточно для хорошего правосудия. Необходимо, чтобы стороны не только знали действие суда, но чтобы они не были разобщены, чтобы между судом и сторонами было личное общение. Только благодаря такому общению, суд может составить правильное представление о той правде, о которой спорят стороны. Поэтому необходимо, чтобы суд *непосредственно (принцип непосредственности)*, на основании личного ознакомления, устанавливал фактические обстоятельства дела и вообще тот состав фактов, который подлежит рассмотрению суда. Для этого суд должен сам выслушать свидетелей, лично знакомится с вещественными доказательствами и сам же решать дело. Лишь в виде исключения (закон 1896 г.), не заслуживающего одобрения, допущен допрос свидетелей и совершение поверочных действий уездными членами окружного суда и мировыми судьями. Нежелательность такого порядка допроса состоит в том, что непосредственно воспринимает обстоятельства дела один судья, а решают другие судьи (окружный суд). Принцип непосредственности тесно связан с *принципом устности*, ибо благодаря словесному состязанию сторон для суда легче всего воспринимать непосредственно обстоятельства дела. Но отсюда было бы неправильно делать тот вывод, что процесс должен быть только устным: письменность имеет за собой много положительных сторон. Известно, в частности, что на письме человек может обдуманнее выразить свои мысли, взвесить их, а для суда письменные

доказательства обладают, конечно, наибольшей степенью достоверности. Поэтому хорошо поступили составители наших судебных уставов, предоставить самим сторонам вести процесс устно или письменно. Впрочем, наш закон и здесь не предоставил все на усмотрение сторон. Председательствующему и суду принадлежит право в случае надобности, назначать обмен письменными объяснениями (14. III) требовать личной явки сторон.

IV. Впрочем, для хорошего суда необходимо вообще правильно комбинировать инициативу сторон и суда. Действительно, признавая за сторонам право свободно проявлять свое участие в процессе (*принцип свободного почина сторон*), хорошо устроенный суд дополнительно предоставляет судьям и обязывает их содействовать движению дела, ибо отправления правосудия затрагивает не только интересы сторон, но и интересы общества, государства. К сожалению, вопрос о почине суда принципиально не разрешен в наших законах; практика же частные случаи почина суда, предусмотренные законом, дополнила в том смысле, что палата должна и без инициативы сторон приступать к дальнейшему производству (толк. стр. 767), а равно и в окружных судах дела должны быть назначены к слушанью председательствующими без просьбы сторон, если в законе не поставлено противное (О. С. 11/7). Вообще же в наших законах ведение (а не только движение) дела предоставлено сторонам. Это требует, прежде всего, тот принцип по которому каждый осуществляет свободно свои гражданские права, т.е. если того хочет, и поскольку хочет. Принцип свободного распоряжения гражданскими правами (*принцип достойности*) естественно имеет место и при процессуальном осуществлении своих прав. Поэтому стороны вольны прекратить дело по взаимному соглашению, разрушить процессуальное отношение (мировая сделка), как равно истец может отказаться о своего иска или перенесения дела в апелляционную инстанцию. Впрочем, если решение суда уже состоялось, то стороны не могут просто не считаться с ним. Они могут лишь не осуществлять судебного решения. Точно также стороны вольны пользоваться или не пользоваться средствами процессуальной борьбы. Суд лишь обязан соблюдать равноправность в этой борьбе сторон (*принцип равноправности*). Это значит, что каждой стороне должно быть судом предоставлены одинаковые процессуальные права; в частности стороны имеют право на одинаковое количество состоятельных бумаг и одинаковое количество изустных объяснений. Но суд не обязан помогать той или другой стороне в собирании доказательств. Подготовка фактического материала производиться самими сторонами (*принцип состязательности*), т. к. стороны наиболее заинтересованы в процессуальной борьбе, а не суд, и они могут наилучшим образом собрать и осветить фактический материал. Вмешательство суда могло бы, кроме возможной инертности, оказаться пристрастным и тем самым подорвать престиж беспристрастного суда. Поэтому следственное или ликвидационное начало менее всего желательно в гражданском суде. Наш закон, в противоположность германскому и австрийскому законодательству, последовательно придерживается

принципа состязательности. Исключений из него сделано у нас немного. Суд по собственному почину в праве назначать осмотры и экспертизу, предлагать тяжущимся вопросы для полного разъяснения дела и указывать сторонам на проблемы в доказательствах (по толкованию сената последнее право суда не есть в то же время его обязанностью). Следует, однако, заметить, что в нашем праве имеется тенденция расширить самодеятельность суда. Так, ныне предоставлено суду по собственному усмотрению назначат допрос как супругов, так и свидетелей по делам, возникающим из раздельного жительства супругов. Но если суд связан в самодеятельности, то зато ему предоставлена полная свобода оценивать доказательства по собственному убеждению, разумеется, мотивируя эти выводы (*принцип свободной оценки доказательств*). Следовательно, суд не связан предустановленными формальными доказательствами (*принцип формальных доказательств*), как не вправе суд действовать по собственному произволу (*принцип свободного внутреннего убеждения суда*). Впрочем, наши законы знают исключение: в брачных делах применяются формальные доказательства. Кроме того, суд связан силой таких доказательств, которые признаны обеими сторонами, подтверждены присягой или, с обоюдного же согласия, подтверждены дознанием окольных людей (22. I). Не подлежат также поверке суда формальные акты, судебные решения, некоторые предположения закона.

V. Наконец, само собой понятно, что суду должно быть предоставлено *право руководить ведением дела*, ибо в противном случае стороны были бы предоставлены самим себе и движение процесса было бы затруднено, а иногда прямо невозможно. Это руководство суда, должно ограничиваться формальной стороной ведения дела. В частности, суд обязан указывать сторонам, что ими упущены те или другие формальности, необходимые для дальнейшего ведения дела. Суд вообще обязан следит за правомерностью и ходом процесса, определять допрос свидетелей, руководить допросом и самим заседанием. В частности, для более правильного правосудия, суд должен так вести заседания, чтобы по возможности, суд воспринял фактический материал концентрированным (*принцип концентрации*). При таком восприятии, суд легко может видеть перед собой все дело в целом, удерживая в сознании все обстоятельства дела. Концентрация дел необходима, в частности, и для ускорения процесса. В этом смысле концентрация известна и нашим новым законам. Закон обязал тяжущихся представлять доказательства в пользу своих требований и возражений не позже первого заседания по существу дела или, по меньшей мере, ссылаться на доказательства до этого срока. Точно также председательствующий имеет право требовать от ответчика представления письменного объяснения до заседания по делу. Запоздалое представление тяжущимся по его вине доказательства грозит ему невыгодными имущественными последствиями (см. 14 и 15). Против такого поведения можно спорить ибо им вносится формализм в наиболее существенную часть процесса — в дело представления сторонами доказательств. И это тем более, что в хорошем судопроизводстве *формализм* должен занимать

ограниченное место, дабы за формализмом не погибла материальная правда — самое дорогое и для сторон, и для общества. Формализм в хорошем судопроизводстве не должен нарушать существенных интересов сторон. Наши уставы в иных случаях правильно, поэтому, делают отступление от строгого формализма, если стороны не соблюдали форму; в особенности же по уважительным причинам, так напр., суд восстанавливает нередко пропущенные сроки. — Таковы принципы хорошего судопроизводства. Необходимо заметить, что, в противоположность нашему дореформенному процессу, составители судебных уставов создали хорошее судопроизводство. Они создали его, не подражая только западному праву, а самостоятельно комбинируя принципы для русского правосудия. Эти принципы в комбинации дошли до нас, к счастью, в целом виде, не тронутыми, в противоположность организации суда, извращённой реформой 1889 г. и другими новеллами.

9. Для хорошего суда необходимы ли адвокаты и кто может выступать защитником?

I. Все изложенное выше показывает, что дело правосудия представляется нелегким, и что поэтому, для ведения процесса и в особенности сложного, необходимы специальные знания, которыми стороны могут и не располагать. Отсюда вполне понятна потребность в таких лицах, которые, обладая юридическим знаниями, были бы правозаступниками сторон в процессе, короче — были бы защитниками. Независимо от этого, для сторон не всегда возможно самим выступать на суде, для защиты своих интересов. Следовательно, необходимы не только защитники, правозаступники, но и заместители сторон на суде, судебные представители, короче — *поверенные*. Для сторон удобнее всего, конечно, соединять в одном лице поверенного и защитника, так как предпочтительнее иметь дело с одним лицом, чем с двумя. Такое *соединение* имеет место у нас, но оно не выгодно отражается на институтах наших адвокатов. Вместо того, чтобы служить только праву, защищая какую либо сторону на суде и вообще помогая ей юридическим советом, у нас адвокат выступает в тоде время поверенным, ходатаем по чужым делам. В качестве поверенного на него ложится вся черновая работа по ведению процесса, что отрывает адвоката от высокого служения праву, заставляет его быть пронырливым и не очень разборчивым в средствах, а это роняет адвоката, как в глазах общества, так и суда. Вот почему там, где адвокат не является в тоже время поверенным, как это имеет место в Англии и Франции, адвокатура стоит высоко, пользуется большим уважением в обществе. В этих странах и вопрос о том, кому служит адвокат, решается очень просто: он служит праву и вместе с тем суду. Напротив, у нас адвокат служит не только праву и суду, но и сторонам. Отсюда двойственное, порой тяжелое, положение адвокатуры — служителей права и в то же время наемников сторон.

II. Чтобы поднять при таком положении адвокатуру, уже составители судебных уставов задались целью организовать ее в особое *сословие присяжных*

поверенных во главе с советом присяжных поверенных при округе судебной палаты и под ее надзором. При этом, они вручили совету широкую дисциплинарную власть над присяжными поверенными и представили право совету отстаивать в принятии в сословие тех лиц, о которых имеются сведенья, неблагоприятные относительно их нравственных качеств; причем даже нельзя жаловаться на такой откат. К сожалению, корпоративное устройство присяжных поверенных, приблизительно через 10 лет (1875 г.) было приостановлено и лишь в 1906 г. и 1915 г. было снова разрешено в некоторых округах, в частности в Киевском, образовать советы присяжных поверенных. В целях повышения уровня присяжных поверенных, составители судебных уставов поставили также целый ряд условий для получения звания присяжного поверенного (ценз возрастной — не менее 25 л., нравственный — ст. 355 и образовательный — высшее юрид. образ.), в частности, установила несовместимость звания присяжного поверенного с государственной и общественной службой. Т. наз. «поднадзорные» адвокаты (высланники) не должны лишаться права практики (см. Вестн. Права. 1915, № 34, стр. 980). Наконец, необходим предварительный пятилетний стаж в производстве судебных дел, обыкновенно в звании помощника присяжного поверенного. Впрочем, *положение помощников присяжного поверенного* (юристов по образованию) в общем довольно неопределенное и также двойственное: с одной стороны, они стоят под наблюдением своего патрона — присяжного поверенного, с другой — ведут самостоятельно дела, в качестве *частных поверенных* (по зак. 1874 г.), конкурируя с присяжными поверенными.

III. Присяжные поверенные вправе вести судебные дела *во всех* судебных учреждениях империи, кроме коммерческих судов и волостных судов. Они получают за это вознаграждение, в виде ли определённого или условленного гонорара, и несут за свою деятельность ответственность гражданскую, дисциплинарную, а в случае умышленных действий во вред своим доверителям — еще и уголовную. Напротив, деятельность помощников присяжного поверенного, как и частного поверенного, ограничена *тем судебным местом*, которое выдало им для того свидетельство. Что касается частной адвокатуры, то есть, приглашения частного лица для ведения *какого либо дела*, то составители судебных уставов признали ее, т. к. в те давние времена было трудно дать населению юридическую помощь в виде профессиональной адвокатуры. Но спустя 10 лет выяснилась необходимость лишить граждан права выступать в качестве адвокатов в виду полной безответственности и неразборчивости частной адвокатуры и невозможности подчинить ее контролю. Взамен этого был создан *институт частных поверенных* (1874 г.). Звания этого требует юридического образования или, по крайней мере особого испытания, а для практики необходимо еще взять свидетельство от того судебного учреждения, при коем будет частный поверенный практиковать. За свидетельство ежегодно уплачивается, если оно выдано съездом, 40 рублей, а окружным судом или палатой — 75 рублей. Единственное исключение сделано для граждан в тех случаях, когда они выступают в

пределах мирового округа. Но и это право ограничено троекратным выступлением в течение одного года в пределах одного и того же округа. Пользуясь этим правом, а равно выступая в судах, в качестве лиц, коим исковые требования фиктивно уступлены стороной, частные лица (т. наз. подпольные адвокаты) и до настоящего времени усердно развивают свою деятельность. Сравнительно недавно сенат дал право суду устранять от ведения дела лиц, коим фиктивно уступлено право; но, очевидно, и такой мерой (в общем рискованной) едва ли может быть достигнута цель охраны населения от эксплуатации всякого рода дельцов и ходатаев. Население нуждается в юридической помощи не менее, чем в медицинской. Поэтому решение вопроса надо видеть в увеличении числа профессиональных адвокатов в России и в организации помощи населению земством в лице земских юристов. В связи с этим нельзя не пожалеть, что женщины-юристки до сих пор не могут быть у нас профессиональными поверенными (частными поверенными по зак. 1874 г., а помощниками и присяжными повереными — по сомнительному разъяснению сената). В частности, затруднена также адвокатская деятельности и для юристов — лиц иудейского вероисповедания (необходимо разрешение министра юстиции). В итоге, приходится прийти к выводу, что адвокатура, необходимая для хорошего суда, организована у нас не вполне удовлетворительно и что, сверх того, далеко не использованы у нас юридические силы, которыми и без того бедна Россия.

10. Нужны ли другие судебные деятели, кроме адвокатов?

I. И на этот вопрос необходимо дать положительный ответ. Хорошее судопроизводство требует соблюдения порядка в делопроизводстве, ибо при плохом делопроизводстве могут быть существенно нарушены интересы сторон, а вместе с тем и правосудие. Вот почему в общих судах необходим *канцелярский персонал* во главе с секретарями и их помощниками. Канцелярия суда регистрирует поступающие в суд бумаги, хранит их, посылает тяжущимся повестки, копии бумаг и т. п. Еще значительнее роль секретарей. Они присутствуют в заседаниях, ведут протокол этих заседаний в общий журнал о каждом заседании, а также особые протоколы по каждому делу. Вообще секретари — необходимые, самостоятельные соучастники суда; они скрепляют своей подписью выходящие из суда бумаги и документы. В соответствии с этим, для занятия должностей секретарей требуется высшее юридическое образование или приобретение по службе познаний по судебной части. В особенности высоко положение *обер-секретарей в сенат*; они назначаются министром юстиции. Местные низшие суды имеют секретарей лишь в второй инстанции и в губернском присутствии, а из судов первой инстанции лишь мировые судьи (по зак. 1912 г.). В волостных судах делопроизводством заведует *писарь*, который фактически, как известно, играет в них большую, далеко не лестную роль. В виду большой важности для правильного правосудия хорошего делопроизводства имеются для того *общие*

наказы (у нас временные правила 1866 г.) и *особые наказы* для отдельных коллегиальных и единоличных судов.

II. Но если делопроизводство ведется канцеляриями во главе с секретарями и их помощниками, то, очевидно, что суд нуждается еще в особых лицах для приведения в исполнения своих решений и определений, так как возлагать эту функцию на полицию, в виду ее обременения делами, было бы не целесообразно. Исполнения решений и определений в особенности общих судов требует к тому же специальных званий. Вот почему: 1) *для общих судов* созданы *судебные приставы,* которые в то же время исполняют распоряжения председателя и председательствующих в заседаниях присутствий и вообще следят за внешним порядком, равно доставляют тяжущимся и другим участвующим в делах лицам повестки и другие бумаги. Для последней цели в помощь судебным приставам даются особые лица — *судебные рассыльные*. 2) В *местных же судах*, где дела в общем не сложны, судебных приставов нет (могут быт лишь при мировых съездах); их функции исполняются *полицией*. 3) В виду большой важности судебных приставов в деле исполнении решений и определений общих судов (и мировых съездов) в законах ставится целый ряд *условий* для занятия должности судебного пристава, но, к сожалению, от них не требуется образовательного ценза. Рекомендуется только удостоверится в «благонадежной нравственности» и способности к исполнению обязанностей судебных приставов, до требуется внесение денежного залога, обыкновенно в размере 600 руб. Правда, закон в интересах поднятия уровня судебных приставов, предоставляет им право корпоративного устройства. Именно, судебные пристава округа каждой палаты в праве собрать из своей среды *совет* в составе старшины и нескольких членов. Добрая идея закона не нашла себе почвы в современном составе судебных приставов (за исключением петроградского округа), что в свою очередь указывает в общем на невысокий уровень судебных приставов и их забитое положение. Между тем, роль судебного пристава, в особенности в исполнительном судопроизводстве, большая: и кто не знает как недобросовестность судебного пристава тяжело отражается на интересах сторон?

III. Наконец, возможны ли в деятельности суда такие случаи, когда суду потребуется помощь специалистов, напр., для перевода бумаги документов на русский язык, и даже в заседаниях суда, когда участники дела не обладают знанием русского языка (в местностях со смешанным населением). Для этих целей назначаются *присяжные переводчики* (возможно их назначение и при мировых съездах). Далее, по закону 1912 г., при прокуроре петроградской судебной палаты создан кабинет научно-судебной экспертизы (фотографической, микроскопической, химической и др.). Кабинетом заведует *управляющий*, приравненный в служебном отношении к товарищу прокурору палаты. Учреждение указанного кабинета значительно облегчает суду решение тех дел, в коих требуется производство экспертизы.

11. Значение хорошего суда для общества и откуда можно подчерпнуть сведенья об устройстве суда и судопроизводстве?

I. Хороший суд в России создан судебными уставами императора Александра II-го в 1864 году, 20-го октября; и дата эта знаменита в русской империи. Ею была проведена в жизнь вторая, после освобождения крестьян, грань между старой и новой Россией, заложены были основы не только нового судебного строя, но и новой русской гражданственности. Если прежде губернаторы в своём лице, соединили административные и судебные функции, если местные судебные учреждения всецело подчинялись «хозяину губернии» губернатору, то, очевидно, ни о какой самостоятельности и независимости суда не могло быть и речи. «Губернатор по большей части являлся полновластным распорядителем как личного состава судов, так и всего хода судебных дел на местах» (*Блинов*). При такой зависимости суда от администрации, зависимости судей от их канцелярий, ничтожности окладов, недостаточно авторитетном положении сената и многих других существенных недостатков организации суда и судопроизводства, гражданин не мог чувствовать себя спокойно, быть уверенным в своих правах. Выработалось в обществе воззрение «с сильным не борись, с богатым не судись». Поэтому правильно называют судебные уставы «уставами обновления» и даже освобождения граждан о зависимости чиновников, богатых и сильных людей, уставами создания русской гражданственности. Зависимое правосудие не есть в действительности правосудие; и лишь судейской независимостью судья отличается от чиновника. Если судья нарушает государственные интересы, он может быть судим за это уголовным судом; но никакими государственными интересами и соображениями об общей пользе не может быть нарушено независимое правосудие. Ныне большего нарушения общей воли, как недоверие граждан к суду, зависимому в своих убеждениях от своего начальства. Вот почему звучат диссонансом слова (*Муравьева*): «деятельность судебной власти всегда должна быть строго согласована с намереньями и видами правительства». Вот почему, в частности, встретила справедливое осуждение судебно-административная реформа 1882 г., создана в лице земских начальников судей-чиновников. И вот почему, несмотря на существенные недостатки организации выборного мирового суда, последний пользовался большой популярностью среди населения. Короче, судебная реформа 1864 г. была крайне благодетельно для общества. Она усилила в нем понятия закономерности и равноправия, способствовала росту общественной этики, смягчила социальные противоречия имущественных классов и неимущественных, подчинила власть закону и возвышала закон в глазах общества, как залог гражданского благополучия и общественной безопасности. Вместе с тем был дан сильный толчок и тому классу общества, который является хранителем права классу юристов. Судебная практика и наука права достигли в России еще небывалого подъёма и совершенства. Таково великое значения судебных уставов.

II. В *судебных уставах* и можно, поэтому, найти действующие законы о

судоустройстве и судопроизводстве. Именно, в них изложены: учреждение судебных установлений, устав гражданского судопроизводства, положение о нотариальной части и устав уголовного судопроизводства. Самые же судебные уставы помещены ныне в первой части XVI тома свода законов, и к сожалению, без указания на незабвенное имя *Александра второго*. В судебных уставах много проявлено самостоятельности их составителей: и этот высоко самостоятельный памятник правового творчества должен, поэтому, и доныне сохранять имя государя, с которым его создание неразрывно связано. 1) *Частные* издания *учреждения судебных установлений* с разъяснениями и толкованиями даны *Шрейбером, Щегловитовым, Змирловым* (последним с изменениями, сделанными законом 1912 г. о местном суде). 2) Имеются также частные издания *устава гражданского судопроизводства* (офиц. изд. 1914 г.) с разъяснениями и толкованиями сената *Тютрюмова, Гордона, Боровыковскаго, Ротенберга*. У *Тютрюмова* даны также извлечения из русской юридической литературы. 3) Что касается судебно-административной реформы то «*Правила об устройстве судебной части и производстве судебных дел в местностях, в которых введено положение о земских начальниках 12 июля*» от 29 декабря 1889 г., помещены также в XVI томе свода законов. Самое же *Положение о земских начальниках от 12 июля 1889 г.* находится в приложении к IX тому свода законов. У нас имеются также частные комментирования издания *Правил об устройстве* и т. д. *Чагина и Арефы*. *Положения о земских начальниках* — в отдельном издании нет, но оно изложено в составе частных изданий законов о сельском состоянии *Волкова, Абрамовича, Горемыкина*. Впрочем, у *Арефы* Положение изложено вместе с Правилами. 4) Новый *закон о местном суде 15 июля 1912 г.* (официальный текст в Собрании узаконений и распоряжений Правительства 1912 г., № 118) имеет также частных издателей *Рудина, Васильева*. Наконец, 5) *Правила о волостном суде* помещены в Положении о сельском состоянии (приложения к IX тому Свода Зак.), а *Временные правила о волостном суде 15-го июня 1912 г.* изданы в составе закона о преобразовании местного суда и содержатся в приложении к 2-ой статье Учреждений судебных установлений. Уже имеется частное издание Временных правил с разъяснениями — *Волкова, Змирлова*. *Судопроизводственные* правила закона о местном суде 1912 г. вступили в силу *совместно* (с некоторыми отступлениями) с 1-го января 1914 г. — Что касается, далее, судебной практики, то она изложена в вышеупомянутых комментированных изданиях частных лиц. — Наконец, имеются и *курсы* гражданского судопроизводства (*Малышева, Азаревича, Васьковского*), *учебники* (*Энгельмана, Гольмстена, Нефедьева, Яблочкова и самый новый — Васьковского*), а также *комментарии* (*Анненкова, Исаченко, Яблочкова, Хомкена*), и *практические пособия* (*Вербловского, Исаченко, Побединского, Васьковского, Затворницкого*), и даже *задачи по гражданскому процессу* (*Васьковского*). Указатель монографической литературы дан *Поворинским* (по сентябрь 1904 г.); последующая же литература обозревается в Журнале Министерства Юстиции и в Юридической Библиографии, издаваемым Демидовским Юридическим

Лицеем в Ярославле. Наконец, нельзя не упомянуть, что недавно Судебные уставы отпраздновали свой славный, пятидесятилетний юбилей. Этот юбилей вызвал богатую, капитальную литературу, посвященную судебным уставам. В частности, следует назвать: *судебные уставы 20 ноября 1864 г. за 50 лет* в юбилейном издании Министерства Юстиции (Пгд. 1914 г.) в двух томах; *судебная реформа* под редакцией Давыдова и Полянского (выходит отдельными томами), *П. Обнинский*, сборник статей (М. 1914); *история русской адвокатуры* в издании Совета присяжных поверенных Москвы (выходит томами).

III. В заключении, следует также заметить, что Устав гражданского судопроизводства содержит в себе *Общие положения* (первые 28 статей) и распадается на *5 книг*. Первая книга — порядок производства в мировых судебных установлениях; вторая — порядок производства в общих судебных установлениях; третья — издания из общего порядка гражданского судопроизводства; четвертая — судопроизводство охранительное и пятая — порядок судопроизводства в Закавказском крае, губерниях Варшавского судебного округа и Прибалтийских.

Глава вторая. Как происходит суд?

12. Как, кого и в каких делах судят в волости?

I. Как судят (порядок), кого судят (*личная подсудность*, или просто *подсудность*) и в каких делах судят (*род дел, ведомство*) — вот три вопроса, основные для того, чтобы знать, как происходит суд. Обыкновенно при изложении судопроизводства, главное внимание уделяют производству в окружном суде. Это правильно, ибо несомненно, что большинство дел, более сложных и важных, решается окружным судом. Но не следует забывать, что маловажные дела важны для тех, кто ищет по этим делам, и в особенности важны решения волостных судов. Эти решения имеют «столь капитальное правовое, воспитательное и экономическое значение» (*Обнинский*), что производство в волости надо поставить на первый план. Сфера маловажных дел в земледельческой России неизмеримо шире и глубже юрисдикции общих судебных установлений со всеми ее громкими процессами и миллионными исками (*Обнинский*). А между тем, волостной суд составляет наиболее слабое место в отправлении у нас правосудия. В сущности производство в волости несколько улучшено там, где было введено положение о земских начальниках (господствующий ныне порядок волостного судопроизводства), так как в этих местностях решение судов не считают более (иначе прежде) окончательными, за исключением лишь решений по искам не свыше 30 руб. (это исключение отменено реформой 1912 г.). Следовательно, для крестьянина открылась возможность обжаловать по существу решение волостного суда и добиться правды в уездном съезде (в верхнем сельском суде по реформе 1912 г.). Кроме того, там, где ныне введена реформа 1912 г., просьбы об отмене окончательных решений верхнего сельского суда рассматриваются уже не губернском присутствии, а в мировом съезде, чем кассационная инстанция приближена к населению и, главное — установлена тесная связь волостной юстиции с мировой. Таким образом, волостной суд становится в менее обособленное положение и сближается с местным судом. — Самое производство в волости начинается по просьбе, которая может быть и *словесной*. В назначенный день стороны, подсудные волостному суду, обязаны явиться *лично*, а если проживают не в волости и далее 15 вёрст от места нахождения суда, то в праве заменить себя даже односельчанами, если только они не занимаются ведением чужих дел за вознаграждение (ходатаями не могут быть и присяжные поверенные). При том же условии местожительства, обязаны явкой и свидетели. Суд, в составе не менее трех (возможно и четыре — состав волостного суда), склоняет стороны к примирению (*мировой* сделки) и, если не успеть в этом, то решает дело, на основании имеющихся доказательств, *по совести*, и руководствуясь в чисто крестьянских делах *обычным* правом. Решение *заносится в книгу*, из которой, по желанию стороны, выдается бесплатно копия. Для обжалования решений даётся *30 дней* со дня объявления решения. Жалобы

подаются в волостном суде с копией. По сообщению копии противной стороны, волостной суд представляет жалобу с точной выпиской решения и документами *земскому начальнику*, который в свою очередь представляет в течение *двух недель* жалобу (со дня ее получения) в *уездный съезд* (по искам до 30 руб., если найдет решения неправосудным или неподсудным волосному суду). Таким образом пройдет полтора месяца, пока жалоба дойдет до съезда. Последний действует в отношении исков до 30 руб. в качестве кассационной инстанции, для прочих в качестве апелляционной. Просьба же об отмене окончательных решений съезда подлежат нарушению губернского присутствия (13.I). Там же, где не введено положение о земских начальниках, решения всегда окончательны и подлежат лишь отмене (по жалобам в месячный срок или без жалобы) уездным съездом мировых посредников (ст. 174).

II. Судятся в волости крестьяне той же волости (но не сельские общины, 07/2), а равно подчинённые крестьянскому управлению (мещане, посадские, ремесленники и цеховые, постоянно живущие в селениях). Однако, и вообще лицу другого сословия предоставлено право вчинять иск в волости против крестьянина. Такое отступления не нарушает крестьянской подсудности, т. к. она определяется, по общему правилу, местом жительства ответчика, в данном же случает принадлежностью его к волости. Но само собой понято, что крестьяне не могут привлечь к волостному суду лиц, ему не подсудных, разве бы последние на это согласились. Впрочем, по соглашению сторон (*договорная* подсудность), крестьяне и между собой могут вести дела в местном суде, а равно обращаться к третейскому суду, решение которого заноситься, как окончательное в книгу при волостном правлении (ст. 178 Общ. Пол.).

III. Что касается *круга дел*, подлежащих волостному суду (ведомству), то там, где введено положение о земских начальниках, он определяется разно для крестьян и для лиц, подчинённых крестьянскому управлению (различие уничтожено реформой 1912 г.). Обособленность крестьян покоиться в надельном владении землей; поэтому и компетенция волостного суда, как особенного суда, покоиться без ограничения цены на исках, связанных с надельным имуществом, а равно с наследованием и разделом надельного наследства. Такая широкая компетенция не м. б. одобрена (*Паренаго*) т. к. часто все имущество семьи заключается в надельном имуществе (его принадлежностях), и следовательно, *все благосостояние* крестьянской семьи отдано в руки судов малонадёжного. Неправый приговор может разорить крестьянина. Почему же не ограничить компетенцию суда определенной ценой дел в отношении надельного имущества, когда дела, связанные с наследством и разделом наследства *вне надельного*, ограничены ценой в 500 руб.? Равным образом, ведь судятся же в волости по другим искам (также векселям) не свыше 300 руб., а иски о праве собственности и праве владения недвижимостью, основанном на крепостном или нотариальном акте; и вовсе исключены из волостной подсудности? Реформой 1912 года цена по указанным искам (а равно по искам о вознаграждении за

убытки, векселя вовсе не подсудны) понижена лишь до 100 руб., да прибавленные лишь владенческие иски; все остальное сохранено в прежнем положении (ст. мотивы). В сущности, имеется возвращения к ведомству того волостного суда, где нет земских начальников (ст. 159).

13. Как, кого и в каких делах судят в местном суде?

I. Несмотря на реформу 1912 г. на широком пространстве земли русской продолжат еще действовать судебно-административные учреждения 1889 г. Поэтому вслед за изложением суда в волости, необходимо обратиться к рассмотрению производства у земских начальников, городских судей и уездных членов окружных судов. Что касается уездных членов, то они руководствуются теми же правилами, как и мировые судьи. Напротив, в правилах судопроизводства (29 дек. 1889 г.) для земских начальников и городских судей имеются некоторые отступления. Так, напр., малолетние и учащиеся не допускаются в зал заседания, и, что в особенности важно: отзыв на заочное решение (18. III) может быть оставлен без последствий, если земской начальник или городской судья найдет причину неявки ответчика неуважительной. Таким образом, неявившейся ответчик рискует тем, что заочно рассмотренное дело по иску до 30 руб. м. б. решено окончательно, а по иску свыше 30 руб. м. б. перерешено лишь в апелляционной инстанции (в уездном съезде). Ясно, что указанное отступление существенно затрагивает права тяжущихся. Нельзя не подчеркнуть также, что реформой 1912 г. признаны ныне *все* решения мировых судей окончательными, следовательно и решения по искам до 30 руб. Для подачи апелляционной жалобы существует *месячный срок* со дня объявления неокончательного решения, и тот же *месячный срок* дается для подачи просьбы о пересмотре окончательного решения в губернском присутствии на решение уездного съезда. Самая просьба подается присутствующему в съезд уездному члену, который передает ее для разрешения в губернское присутствие. Окончательные же решения земских начальников и городских суде, т. е. по искам не свыше 30 руб., пересматриваются уездным съездом, а не губернским присутствием. Что касается, наконец, уездных членов, то их решение, в отличии от решений мировых судей (обжалуемых в *мировом съезде* также в месячный срок со дня объявления) подлежат апелляционному обжалованию в *окружном суде*. Кассационной же инстанцией являются для тех и других гражд. кассац. департ. сената. Ныне (по зак. 1912 г.) кассационные жалобы на решение мирового съезда подаются в течение *двухмесячного срока* председателю мирового съезда (для пересмотра решений четырехмесячный срок) и допускаются *лишь по искам* на сумму свыше 100 руб. (ст. 186).

II. В изложенном порядке (см. 1) рассматриваются дела тех лиц, которые подсудны *судье для данного судебного участка*. При этом общая подсудность (*личная или пространственная*) определяется по месту жительства ответчика (а не истца). Т. к. ныне реформой 1912 г. личная подсудность мировым судьям

значительно расширена и снижена с подсудностью окружных судов, то подробнее см. 14. II.

III. Что касается, наконец, самых *дел* (ведомства), то и они не все подлежат рассмотрению местного суда. Было уже показано, что местный суд рассматривает маловажные дела. На вопрос о том, какие дела маловажны, конечно, имеет относительное значение. И в этом слабая сторона деления дел на маловажные и важные. Но помимо того, разнообразие местных судей составляет в свою очередь немаловажное препятствие к познанию компетенции отдельных судей. 1) Меньше всех *компетенция земских начальников и городских судей*. По общему правилу, им подведомственны только те «личные» иски (все вообще обязательства, а не вещные иски которые не превышают сумму 300 руб. И лишь иски, связанные с сельским хозяйством (наем земельных угодий, личный наем и сельско-хозяйственные должности и работы, потравы и другие повреждения полей и угодий подсудны до суммы 500 руб. 2) Напротив, *компетенция мировых судей* определяется делами до 500 руб., а *новые мировые судьи* (по зак. 1912 г.) рассматривают дела даже до 1000 руб. и при том не только «личные» иски, но также иски о праве собственности на *недвижимость* и всякие иные *вещные* иски. Не подведомственны им иски об исключительных правах, авторском праве и т. д.) и иски о личных правах, основанных на брачных и семейных отношениях. Такое расширение компетенции новых мировых судей значительно уничтожают идею деления дел на маловажные и важные. Победила идея приближения суда к населению в возможно большем количестве дел. В этом заключается сильная сторона реформы 1912 г. Точно также правильно; что иски о нарушенном владении (посессорные иски) подсудны новым мировым судьям в течение одного года с момента нарушения владения, а не шести, как в старом мировом суде. Что касается 3) ведомства уездных членов окружного суда, то одно является ведомством старых мировых судей, за вычетом дел, подлежащих компетенции земских начальников и городских судей. Оценивая общий вопрос, легко ли населению знать сложные и разнообразные правила о подсудности, ведомстве и вообще правила судопроизводства, приходится отрицательно. А вместе с тем нельзя горячо не желать чтобы мировой суд, восстановленный реформой 1912 г. был возможно скорее введен повсеместно. Наши потомки не без удивления будут читать историю местного суда в России ее печальные страницы. Как будто люди стремились возможно более запутать то, что должно быть в особенности ясно и просто для каждого и в особенности для нашего населения, б. ч. еще малограмотного и малокультурного.

14. Как, кого и в каких делах судят в окружном суде?

I. Окружной суд рассматривает дела наиболее важные и сложные. Именно, все те дела, которые не подлежат рассмотрению вышеизложенных судов и некоторых других, напр., духовных и коммерческих (20). В частности окружному суду подлежат споры, об исключительных правах, вытекающих из брачных и

семейных отношений, иски о расторжении и недействительности раскольничьих браков и в особенности иски *вещные, связанные с недвижимостью*. Следовательно, компетенция окружного суда представляется весьма обширной.

II. Так как окружных судов много, то в каждом окружном суде рассматриваются дела не всех лиц, а только тех, кои подсудны данному окружному суду (личная подсудность). Она определяется также как в местном суде, по постоянному месту жительства ответчика или месту временного его пребывания (общая подсудность, пространственная). Понятно, что возможна подсудность и *договорная*. Однако, в других случаях обязательная *исключительная* подсудность по месту нахождения недвижимости (возможно и движимости) и месту открытия наследства (ст. 215). Все эти правила о подсудности целесообразны и в особенности правило об общей подсудности по месту жительства ответчика. Иначе истцы могли бы за собой тянуть ответчиков по своему желанию и против их судебной воли в любой судебный округ. Однако, возможны случаи, когда для истца общая подсудность по месту жительства ответчика не удобна. В этих немногих случаях закон становиться на сторону истца, предоставляя ему право, если он того желает, воспользоваться *особенной* подсудностью, как то по месту правонарушения, или по месту исполнения договора, или в связи с другим производящим уже делом и даже по месту управления делами ответчика.

III. Гораздо сложнее вопрос о порядке производства в окружном суде, точнее в его гражданском *отделении*, так как окружной суд имеет обыкновенно несколько таких отделений. Сложность вопроса объясняется тем, что окружному суду подлежат сложные и важные дела и что обстоятельство побуждает создать для правильного правосудия целый ряд существенных формальностей в производстве окружного суда. 1) Формальности эти прежде всего касаются *подачи искового прошения* (с копиями с него и документами по числу ответчиков). Прошение должно быть написано определенным образом и должно заключать, кроме точного обозначения истца и ответчика (также их местожительства) следующие три существенные элементы: *содержание*, т. е. то, чего просит истец (присудить, подтвердить, изменить, охранить), *предмет*, т. е. то, о чем он просит (о праве или юридическом отношении) и *основания,* т. е. обстоятельства, из коих иск проистекает (юридические факты). Такое основание (право производящие и право прекращающие факты или обстоятельства) называется *активным основанием*. Оно противополагается *пассивному* основанию, под которым понимаются поводы к предъявлению иска. Эти поводы (восстановление, охрана, изменение юридических отношений истца) необходимы, т. к. они указывают на *юридический интерес* истца, без какового предположения нет иска (абсолютное предположения). В исковом прошении нет надобности излагать законы и вообще юридические нормы. Суд обязан сам их знать исключения в отношении нормы обычного права и необнародованных). Но в целях фискальных и определения подведомственности в прошении должна быть означена *цена иска,* раз только вообще оценка иска возможна и при том в момент предъ-

явления иска. 2) Прошение *подается* дежурному члену суда или посылается по почте. Председатель суда направляет прошение председательствующему отделения. Последний проверяет правильность прошения, т. е. соблюдены ли требуемые законом формальности, и если да, то даст прошению законный ход. В противном случае, в зависимости от важности несоблюдения формальностей, прошение или *возвращается*, т. е. считается не поданным, и следовательно, не прерывает исковой давности, или *оставляется без движения*, т. е. принимается условно, пока в течение семи дней (или месяца за неизвестностью адреса истца) не будут устранены недочеты. *Законный же ход* прошение выражается в том, что председательствующий назначает члена-докладчика и делает распоряжение о вызове ответчика (самое прошение с приложенными документами передается в канцелярию). 3) *Вызов ответчика представляется делом очень важным,* как для истца, так и для ответчика. Пока повестка не вручена или не сделана публикация о вызове (адрес ответчика неизвестен), нет еще процессуального правоотношения. Сплошь и рядом, *ответчики* изыскивают всевозможные способы, чтобы уклонится от вручения повестки. И хотя в законах установлены самые широкие меры для вручения повестки (даже через соседей и местное начальство), тем не менее на практике весьма частые уклонения ответчиков от вручения им повестки (посредственно или непосредственно). Ныне возможна посылка повестки и по почте – «судебным заказным пакетом», по правилам, установленных для ценных пакетов, или там, где корреспонденция не разносится, по правилам о доставке телеграмм. Однако возможны злоупотребления и со стороны *истца*. Не желая вызывать на самом деле ответчика, он может нарочно в прошении указать, что место жительства ответчика ему не известно, и прибегнуть к вызову ответчика через публикацию в сенатских ведомостях, в том простом расчете, что этих ведомостей никто не читает. Такое злоупотребление парализуется тем, что ответчик, получивший повестку об исполнении, может просить об отмене решения. Как бы то ни было, раз повестка вручена или сделана публикация, ответчик должен явится в суд в течение от 7 дней до 1 месяца, а если он находится за границей или местожительство его неизвестно, то в течение 4 месяцев (ср. ст. 301), разве бы истец узнал раньше о местожительстве ответчика (ст. 302). Но если дело требует немедленного разрешения и ответчик живет далеко от суда (не далее 25 верст), то председательствующий может вызвать и раньше указанных сроков (ст. 301). 4) Ответчик, ста субъектом процесса, уже лишает истца свободы распоряжаться иском по своему усмотрению. Он так же, как истец, указывает свой *судебный адрес* для сношения с ним суда (иначе бумаги остаются в канцелярии, и тяжущийся не может отговариваться неполучением бумаг). Судебный адрес указывается в месте нахождения суда, и для получения бумаг можно уполномочить даже постороннее лицо (ст. 309). 5) В сущности уже теперь дело может быть назначено к слушанию (по просьбе какой либо стороны или прямо судом). Но так как в окружном суде рассматриваются дела сложные, то обыкновенно назначается еще *письменная*

подготовка (также по почину председательствующего и самого суда, а не только по желании. сторон). Председательствующий, делая вызов ответчика, назначает ему срок для письменного объяснения от 2 недель до 1 месяца (4 месяца, если ответчик живет за границей). Суд же может предложить тяжущимся обменятся сверх того еще двумя письменными объяснениями, определив для того сроки. 6) Ответчик не обязан защищаться; он может даже не явится на суд (решение будет заочным). Он может также признать исковое требование, но чаще всего ответчик сам или через поверенного защищать себя. Такая *защита* выражается преимущественно в возвращениях и отводах. Под *содержанием* разумеется не столько отрицание основания иска и обстоятельств, указанных истцом, сколько *противопоставления* ответчиком других обстоятельств, коими парализуется требование истца. Напр., не отрицая долга, ответчик указывает, что долг уже погашен. Под *отводами* же разумеются указания ответчика в такие *предположения процесса*, без которых дело начато неправильно и должно быть прекращено. Следовательно, возвращения ведет к отказу в иске, процессуальный отвод к прекращению иска. Процессуальные предположения относятся до подсудности дела, управомоченности ответчика к иску (пассивная легитимация), тождеству или тесной связи начатого иска с другим, уже предъявленным истцом к ответчику. Эти предположения носят название *относительных* в противоположность довольно многочисленным *абсолютным* предположениям (подведомственность, право и дееспособность сторон и т. д.). При наличности абсолютных предположений, суд обязан по собственному почину прекратить производство в самом начале. Наконец, ответчик может защищаться, привлекая третье лицо к ответу (17, III) или предъявляя встречный иск (17, IV). Самая защита ответчиком происходит обыкновенно в *судебном заседании* словесно (на заседание стороны вызываются повесткой по судебному адресу). В виду того, однако, что стороны, при письменной подготовке или без таковой, могут скрывать от противника доказательства и этим впоследствии замедлять движения процесса (противник может просить отсрочки заседания), ныне введены штрафы. Именно, если суд найдет, что тяжущийся по собственной вине не предъявил *новые обстоятельства* в свое время, то суд штрафует его в размере не свыше суммы судебных и за ведение дела издержкой в пользу противной стороны (ст. 331). Но *новые доводы*, можно, конечно, представлять в заседании. 7) Выслушав одинаковое количество раз прения сторон и, если требуется по закону *заключение* представителя прокурорского надзора (по делам брачным, о законности рождения, о подлоге документов и в некоторых др. случаях), суд обыкновенно вслед за тем постановляет *решение по существу*. Для этого суд удаляется в совещательную комнату и там, по большинству голосов разрешает вопросы. Вопросы ставятся самим председательствующим, а при разногласии также по большинству голосов. Состоявшиеся по делу решение записывается в виде *резолюции*, подписывается и объявляется председательствующим так же публично, как публично велось судебное заседание. Провозглашая резолюцию, председательствующий

назначает день, когда стороны могут явиться для выслушания *решения в окончательной форме* (т. е. с мотивировкой суда). Для изготовлении решения назначается 2 недели, и хотя бы оно не было изготовлено к дню, назначенному в резолюции, все же с этого дня течет срок для обжалования. Поэтому на практике стороны часто пропускают сроки, и им приходится просить о восстановлении срока, что влечет затяжку дела. Ныне на это обращено внимание и предписано составлять ведомости о случаях изготовления решений во время. Мера, конечно, желательная. Но было бы правильнее усилить состав членов окружного суда, ибо заваленные делами члены-докладчики обыкновенно не успевают во время изготовить решения. — Так как решение окружных судов не окончательны, то, в случае недовольства решением, каждая сторона может подать апелляцию.

15. Апелляция и отмена решений

I. *Апелляция* или просьба недовольной стороны и *перерешении* дела целиком или в части. Апелляционная жалоба требует меньше формальностей чем исковое прошение; она подается или посылается по почте в суд, постановившей решение, т. е. в окружной суд, и при том в течение *одного месяца* со дня, назначенного для выслушания решения в окончательной форме. Если жалоба удовлетворяет условиям, предписанным в законе, то окружной суд, сообщив копии жалобы и приложений к ней противной стороны, препровождает жалобу в судебную палату. По получении объяснения на апелляционную жалобу (срок для подачи объяснения также *один месяц*), или по истечении назначенного для объяснения месячного срока, дело по собственной инициативе суда назначается к слушанью и производится тем же порядком, как и в окружном суде, лишь с небольшими изменениями. Так, стороны, извещая о дне заседания, могут не являться, но решение от этого не станет заочным. Апеллятор не может изменять своих требований, заявленных в окружном суде, а что касается новых доказательств, то, по просьбе противной стороны, он может быть лишен права на возмещение издержек апелляционного производства, если бы новые доказательства, представленные своевременно в окружном суде, могли повести к отмене решения, и тем не менее не были представлены по вине тяжущийся стороны (ст. 776). Постановив решение, судебная палата *отсылает* дело обратно в суд. Решение палаты *окончательно*, т. е. не подлежит перерешению, вступает в законную силу и подлежит принудительному исполнению. — Из всего изложенного ясно, что апелляция, или перерешение дела, требует соблюдения определенного срока для подачи. Иначе, за истечением этого срока, и решение окружного суда становится также *окончательным*. Впрочем, возможны случаи, когда уголовный суд впоследствии установит подложность акта, на котором было основано окончательное решение окружного суда, или откроется какое либо новое важное обстоятельство, не бывшее в виду у суда. В этих случаях допускается, в течение *четырех* месяцев со дня обнаружения нового обстоя-

тельства или вступления в законную силу приговора уголовного суда, подача апелляционной жалобы, которая называется *чрезвычайной*, как явление действительно исключительное. Эту апелляцию надо строго отличать от *встречной* апелляции, под которой разумеется апелляция, заявленная противной стороной в своем *объяснении* на жалобу апеллятора, или в *отдельной* бумаге, но не позже истечения срока для подачи объяснения. Следовательно, встречная апелляция в сущности является лишь особым способом защиты стороны, которая была довольна решением суда и потому не предполагала обжаловать решение.

II. Решение палаты, как окончательное приводиться в исполнение. Но, тем не менее, все же возможно, что решение состоялось неправильно. В таком случае, можно просить гражд. кассац. департ. сената *уничтожить* решение палаты. Такое уничтожение возможно только по трем *кассационным поводам*: 1) по *явному нарушению прямого смысла закона или неправильного его толкованию*; 2) *по нарушению обрядов и форм судопроизводства, столь существенных, что вследствие несоблюдения их, невозможно признать приговор в силе судебного решения*; 3) *по нарушению предлогов ведомства или власти, законом предоставленным судебной палатой (ст. 793)*. Сенат кассирует, сверх того, и такие решения, которые состоялись *вопреки преподанному сенатом* разъяснению *по тому делу*, по которому это разъяснение было дано. Здесь, очевидно, речь идет о вторичном решении дела, перед тем уже кассированным сенатом. Указанные поводи кассации необходимо соблюдать при составлении кассационных жалоб, иначе они не достигнут своей цели. Ныне, для подачи кассационных жалоб установлен боле краткий — *двухмесячный срок*, считая со дня назначенного для объявления решения палаты в окончательной форме. Самая кассационная просьба *пишется* на имя гражд. кассац. департ. сената, но *подается* в судебную палату, постановившую обжалуемое решение, и при этом представляется залог в сто рублей (ныне в двести). Этот залог (в мировых учреждениях десять руб., ныне двадцать) поступает в казну, если просьба оставляется без последствий. Такой потерей кассатор побуждается не подавать жалоб напрасных. Поэтому же залог возвращается, если просьба удовлетворена или оставлена без рассмотрения, как возможно возвращения залога и в том случае, если кассатор пользовался правом бедности. Непосредственным последствием подачи кассационной жалобы может быть в определенных случаях *приостановка* исполнения решения, но возможно также и просто принятия мер для *обеспечения* возможности получить обратно то, что ответчиком уже исполнено. При этом, просьбы о принятии мер обеспечения могут быть подаваемы и до принесения кассационной жалобы. — От кассационной жалобы следует отличать другие случаи просьб об уничтожении решения палаты, именно, *просьбы о пересмотре решения* и также по трем поводам: 1) *если открылись новые обстоятельства*; 2) *если обнаружилась подложность акта, на котором основано решение* и 3) *если решение постановлено в отсутствии ответчика, местожительства которого не было указано истцом.* В сущности, первые два поводы те же, что и при чрезвычайной апелляции. Во

всяком случае, просьба о пересмотре должна быть принесена с соблюдением почти тех же правил, как и при кассационной жалобе: не позже 10 лет, со дня разрешения дела, и в *четырехмесячный* срок со дня возникновение повода для просьбы о пересмотре решения. — Просьбы о пересмотре решения ни коем образом нельзя смешивать с *просьбами третьих лиц об отмене решения*. Такие просьбы подаются лицами, не принимавшими участия в деле, но права которых нарушены решением *вошедшем в законную силу. Четырехмесячный срок* для подачи просьб третьих лиц, исчисляется из того дня, когда они узнали о решении, затронувшим их права. — К этим просьбам применяется также общий распорядок о подачи и производстве просьб об отмене решений. Ибо *понятие об отмене решения* обнимает собой все случаи уничтожения решения (кассации, пересмотр и просьба третьих лиц об отмене). Просьбы об отмене рассматриваются или в полном присутствии департамента или в отделениях его (если не требуется разъяснение закона). Последствием отмены решения является уничтожение решения вполне или в части. При этом уничтоженное решение не уничтожает самого дела. Сенат *передает* обыкновенно дело на вторичное рассмотрение палаты. Уничтожается окончательно производство в силу лишь отсутствия абсолютных предположений (14, III); в этом случае не может быть перерешения дела палатой. В итоге получается, что отмена решения сенатом, ведет за собой перерешение палатой. И такое перерешение, при удовлетворенных сенатом вторичных и последующих кассационных жалобах, может вести к неоднократным перерешениям дела второй инстанцией.

16. Возможно ли упростить процесс?

I. Упрощение судопроизводства составляет немаловажное дело, т. к. чем проще развивается процесс, тем он более выигрывает в своей ясности и определенности. Но во имя того же упрощения процесса, возможно не только упрощения разбора дела по существу (*принудительное, исполнительное,* см. II), но как это ни странно на первый взгляд, разделение исков (*частное производство*, I и *расчетное производство* III). Дело в том, что до процесса, во время процесса и даже по окончательности его могут возникать разные *побочные вопросы*, которые не имеют прямого отношения к разбору дела по существу, тем не менее должны быть разрешены по *требованиям сторон*, как стоящие в связи с иском. Напр., сторона просит, не начиная еще иска, обеспечить доказательства, (17), или, начав дело, просит привлечь третье лицо, (18) или окончив процесс, спорит об исполнении решения. Очевидно, что когда побочные вопросы возникают во время процесса, их проще *всего выделять* и также рассматривать *отдельно.* При этом в тех случаях, когда сторона, возбудившая просьбу, получает отказ, который делает или невозможным процесс, или существенно влияет на ход процесса, то стороне представляется право обжаловать решение суда (*частное определение*), *отдельно от апелляции* (обыкновенно в *две недели* ср. ст. 674 и 588). Такая жалоба, называемая *частной жалобой,* подается обыкновенно в тот суд,

на частное определение которого приносится жалоба; и этот суд препровождает ее в апелляционную инстанцию (в более важных случаях возможно подавать жалобу прямо в апелляционную инстанцию, ст. 784). Так как частная жалоба, поданная отдельно от апелляции, требует скорого разрешения, то противной стороне дается всего *две недели* для представления письменного объяснения, если жалобой затрагиваются интересы: в противном случае она не вызывается (явка сторон вообще не обязательна). Если в жалобе отказано, то просьба о кассации возможна вместе с кассационной жалобой, а отдельная подача допускается только в тех случаях, когда частным определением пресекается или заканчивается самое производство, напр., по неподсудности данного дела суду, по прекращению иска, отказу в обеспечении доказательств. Такое производство с частным определением и частными жалобами называется *частным производством* или *частным порядком*. Ясно, что оно играет в процессе второстепенную роль, хотя, как показывает все изложенное, может иногда весьма существенно затрагивать интересы сторон. Допуская, так сказать, предварительное, параллельное и последующее за процессом частные производства, закон тем самым упрощает ведение дела по существу. И это тем более, что подача частной жалобы не останавливает по общему правилу (исключение, ст. 676, 588 и др.) ни производства дела, ни исполнения обжалованного решения.

II. Но не только путем отдельного рассмотрения побочных вопросов в порядке частного производства (I) закон стремиться упростить процесс. В некоторых делах *упрощается* и сам процесс по форме. Упрощенное судопроизводство с его особым видом понудительного исполнения, ныне, по закону 1912 г., заменено одним *понудительным исполнением*. Оно принимается при производстве судебных дел как у земских начальников и городских судей (зак. 29 дек. 1889 г.) так в общих и мировых судах (по зак. 1912 г.). Понудительное исполнение отличается от обыкновенного производства большой быстротой в решении дела и его исполнении. В этой быстроте, при правильной организации понудительного исполнения, сильная его сторона. Известно, что ответчик не прочь затянуть дело, хотя бы оно представлялось довольно ясным и безнадежным для него. Вот по таким то делам просьбы рассматриваются судом единолично, а не коллегиально (в окружном суде одним из членов), ответчик не вызывается на заседание, резолюция пишется на самом акте на котором обоснована эта просьба и *этот акт* с резолюцией *получает силу* исполнительного листа. При чем, срок для добровольного исполнения назначается *три дня*. Самая резолюция не подлежит апелляции. Взысканное по акту передается истцу по течении *семи дней*. Ясно, что при такой решительности и быстроте просьба должна быть солидно *обоснована*. Действительно закон ставит определение *условия для понудительного исполнения*. Просьба должна быть письменной и к ней приложен подлинный акт. Отказ о принятии просьбы м. б. обжалован в частном порядке (в течение семи дней). Просьба может быть предъявлена только определенными лицами (активная легитимация) и против определенных в законе ответчиков

(пассивная легитимация). Так, предъявлять иск могут: лицо, на имя которого выдан акт, его достоверные правопреемники и поручители, векселедержатели, совершившие протест векселя и др. (ст. 161). Равно, ответчиком может быть лицо, выдавшие акт, его достоверные правопреемники и т. д. (ст. 161). Наконец, в законе указаны *самые акты и требование*, основаны на них, по которым допускается понудительное исполнение. Именно, — это требование, основаны на безусловных, не погашенных давностью, *публичных актах* (в частности на процессуальной мировой сделке) о возвращении денежных сумм, движимого имущества, а равно требования об удалении нанимателя и сдачи им нанятого имущества вследствие истечения срока и об уплате наемных денег. Кроме того, понудительное исполнение допускается по *протестованным* векселям. Наконец, понудительному исполнению поддается также мировая сделка и в тех случаях, когда она заключена потерпевшим лицом от несчастных случаев, в самом законе специально предусмотренных. Оценивая понудительное исполнения, приходится отметить, что оно не всегда привод к желанной цели, является действительной мерой. Так, ответчик в течение *шести* месяцев со дня получения подвергнутого исполнению акта, может вчинить иск *в общем порядке* об освобождении его от ответственности или о повороте исполнения. При чем, и самое исполнения решения может быть *приостановлено*, и даже единоличным судьей; приостановка эта не может быть обжалована и лишь теряет силу, если она не будет подтверждена в течение одного месяца тем судом, куда подан иск от освобождения от ответственности. Следовательно, на деле, понудительное исполнения может привести к общему порядку судопроизводства. — Порядок понудительного исполнения у *земских начальников и городских судей* имеет некоторые *особенности*. *Не подлежат* этому порядку дела по протестованным векселям и процессуальной мировой сделке. *Отказ в принятии просьбы* о понудительном исполнении не подлежит обжалованию (ст. 158). Но зато возможно в некоторых случаях *обжаловать* резолюцию судьи в частном же порядке (ст. 158 п. I). Исполнение производится *очень быстро* (льготного срока в 3 дня не дается, и взысканное немедленно передается истцу). *Приостанавливает* исполнение уездный съезд (ст. 157, исключение ст. 152).

III. Наконец, в целях упрощения суда выделяется в особое производство *установление размера высекаемой суммы*. Дело в том, что такая сумма не всегда легко может быть определена. В таком случае проще всего рассмотреть прежде право истца и, если это право будет признано судом, то потом установить в отдельном производстве размер высекаемой суммы. Т. к. установление этого размера требует часто много времени, то предварительно размер суммы определяется членом суда на основании того материала, который ему представят стороны (*объяснительное производство*), а затем, на основании доклада члена суда, и по выслушанию сторон, присутствие суда окончательно поверяет сумму и окончательно определяет ее (*поверочное производство*). Изложенное производство в сущности является *расчетным производством*, но у нас оно называется

неточно исполнительным. Расчетное производство может *иметь место при взыскании судебных издержек*. В таком случае взыскание должно быть возбуждено в течение *двух* недель со дня объявления *резолюции*; в прочих же случаях в *течение трех* месяцев со дня вступления *в законную силу* судебного решения. Эти прочие случаи довольно многочисленны. Особого внимания заслуживают, однако, те, в коих истец, в сущности лишен возможности представить какие либо данные для расчета, как то в делах о *взыскании доходов* и *при истребовании отчета*. Если в этих делах ответчик не представляет отчет, то суд определяет размер суммы по своему убеждению и данным истца. Но истец в праве тогда в течение *месяца* со дня вручения повестки об исполнении, представить отчет, повернуть дело снова к рассмотрению. Такое явления, несомненно, нежелательно и в крайнем случае оно могло бы быть допускаемо не безусловно, а по уважительным причинам.

17. Возможно ли упростить процесс, соединяя иски?

I. Казалось бы, на поставленный вопрос, можно ответить только отрицательно, так как соединение исков значительно усложнит процесс. Но если посмотреть на дело по существу, то в некоторых случаях соединение исков как раз послужит упрощению процесса. Именно, когда соединение исков, не усложняя значительно процесса, в то же время облегчает и суду и сторонам отыскивание правды или в тоже время, в конечном итоге, ускоряет решение многих дел, объединяя их в одном производстве. Неудивительно поэтому, что чаще всего соединение исков имеет место с в тех случаях, когда истцом и ответчиком являются в нескольких случаях *одни и те же лица*, и при том условии, что все иски, по правилам о подсудности, подведомственны одному и тому же суду и подлежат разбору в одном и том же порядке судопроизводства (ст. 258). Такое соединение процессов в один (*объективное соединение*) возможно как в начале процесса (в исковом прошении), так и в последствии, и влечет за собой, хотя иски остаются самостоятельными, одно судопроизводство и одно решение. — Соединение исков допускается судом по просьбе истца, как равно по ходатайству ответчика. Но *суд* вправе не удовлетворить такие просьбы, если иски вытекают *из разных* оснований (ст. 258), как равно вправе сам соединять иски, отдельно предъявления, если такое соединение возможно по закону и обе стороны не будут возражать (ст. 258). Спорен однако, вопрос, можно ли соединять иски предъявленные условно (альтернативно, эвентуально — *А. В. Завадский* в Вест. Пр. 1914, № 37).

II. Но соединение исков возможно в одном производстве и *между разными лицами* (истцами, ответчиками или теми и другими). При чем в виду разных условий такого соучастия, ныне различают два вида соучастия (по зак. 10 июня 1914 г.) 1) Соучастие в *строгом смысле* обнимает собой, в свою очередь, два случая когда истцы и ответчики имеют на предмет спора общее право (напр., являются сособственниками, соавторами), или когда право или обязанность вообще проистекает из *общего* основания (ст. 15). 2) Соучастие же в *нестро-*

гом смысле ограничивается лишь тем, чтобы исковые требование были *одинаковыми* по своему предмету и вытекали хотя бы из разных оснований, но по существу однородных (ст. 15). Т. к. очевидно, что соучастие в нестрогом смысле представляет больше трудностей для объединенного процесса, то суду представляется право разъединять иски. Что же касается самого *установления соучастия*, то оно возникает или сразу — предъявлением одного иска, или впоследствии — соединением отдельно предъявленных исков по воле суда, разве бы стороны против этого возражали, или даже вследствие преемства (в лице, напр., наследников). Но соучастие возникает иногда само собой — так необходимо предъявления иска ко всем *наследникам* (*необходимое* соучастие). При соучастии, каждый из ответчиков и истцов *действует за себя:* следовательно, при соучастии иски остаются самостоятельными, в частности и относительно предъявлений доказательств, а объединяется лишь производство. Исключение сделано для неявившихся истцов или ответчиков: в отношении их суд в праве (обязан?) использовать доказательства, предъявленные другими соучастника (ст. 15).

III. От соучастия необходимо отличать такое соединение исков, при котором третье лицо вступает в процесс или же или с *самостоятельным иском* против одного или обеих сторон (*главное вступление*) или в качестве *пособника* одной из сторон (*пособничество*). В сущности, только в первом случае имеется соединение исков, во втором же случае усиливается защита той или другой стороны лицом, *заинтересованным* в исходе ведущего процесса. При чем, если третье лицо, побуждаемое этим интересом, само вступит, то это называется побочным *вступлением* (в отличии от *главного* вступления), а если третье лицо будет привлечено стороной в процессе, то такое пособничество называется *привлечением*. Типичным может служить привлечение покупателем продавца, когда третье лицо вчинит к покупателю иск о праве собственности на проданное имения. Привлеченный не обязан вступить в чужой для него процесс, но в таком случае привлеченная сторона имеет право на обеспечения своего будущего иска к привлекаемому. Из изложенного ясно, что пособничество в обеих его формах резко отличается от главного вступления. Пособник — *помощник* стороны и этим определяется его роль в процессе; напротив, при главном вступлении вступивший является *хозяином* дела. Отсюда также различны условия для *возникновения* главного вступления и пособничества. Для первого необходимо, чтобы иск был предъявлен, как самостоятельный, с соблюдением всех правил для предъявления исков, и не позже решения дела первой инстанцией: иначе нарушиться принцип двух инстанций. Напротив, пособничество в форме вступления, может возникнуть впервые даже и во второй инстанции, а в форме привлечения — только в начале процесса.

IV. От главного вступления следует, наконец, отличать предъявления хотя и самостоятельного иска, но не третьем лицом, а *ответчиком*, и при том в целях *защиты* против предъявленного против него иска. Такое соединение ис-

ков первоначального и встречного образует особое производство, называемое *встречным иском*. Цель его вполне понятна. Ответчик, не отрицая искового требования, предъявляет в свою очередь к истцу самостоятельное требование парализовать целиком или частью иск. Типичным случаем встречного иска является производство *зачета требований*. Если истец ищет с ответчика 5000 руб., а ответчик имеет самостоятельное право требовать от истца 3000 руб., то проще всего рассмотреть оба иска в одном производстве и присудить истцу всего 2000 руб. Точно также, если оба иска, первоначальный и встречный, проистекают из одного основания (правопроизводящих фактов), то удобнее и проще рассмотреть оба иска в одном производстве. В обоих указанных случаях суд не имеет права разъединять иски. Но если встречный иск находится с первоначальным только в связи (хотя бы и в такой связи, что разрешения первоначального иска зависит от встречного) то от суда зависит разъединить иски (ст. 258). — Самое производство объединяется в одном процессе в том лишь случае, *если оба иска подсудны тому же самому суду,* напр. мировому судье (городскому судье, земскому начальнику, ст. 30). В противном случае, когда встречный иск не подсудный низшему суду, то все дело в целиком подлежит тому высшему суду, коему подсуден встречный иск. Так, в сущности, мировой судья обязан прекратить у себя производство по первоначальному иску и препроводить оба иски в *местный* окружной суд. Однако, такое препровождение обязательно для мирового судьи лишь при зачете или тесной связи обоих исков, так что нельзя разрешить первоначальный иск, не разрешив встречного (ст. 39; волостной же суд только прекращает, ст. 15). — Слабой стороной встречного иска может оказаться затяжка, вызванная последующим предъявлением встречного иска. Вот почему ныне встречный иск должен быть *не заявлен*, а прямо *предъявлен в начале* или *даже до начала процесса.* Если бы оказалось, что ответчик до явки в суд по краткости времени не успел собрать необходимых доказательств для предъявления встречного иска, то суд, по просьбе ответчика, может назначить для того краткий срок (от 3–7 дней). Если встречный иск подсуден окружному суду, то он должен быть предъявлен мировому судье так, *как он был бы предъявлен* в окружной суд (спорно). — Таковы способы соединения исков. Нетрудно видеть, что при правильной организации такого соединения, действительно, достигается экономия в процессе и упрощения по существу процесса.

18. В каких случаях ведение процесса усложняется?

I. До сих пор излагались возможные случаи упрощения процесса по форме (16) или существу (17). Но возможны и иные отклонения от обыкновенного ведения процесса, которые могут быть названы действительно *осложнениями.* Так, 1) до начала процесса или во время его может возникнуть необходимость в *обеспечении доказательств*, позднейшее восприятие которых могло бы оказаться или совсем невозможным или крайне затруднительным (ст. 81). В таких случаях, по просьбе лица, производиться допрос свидетелей и вообще восприя-

тие других доказательств. При том, если обеспечение доказательств не терпит ни малейшего промедления или процесс еще не начат, то оно производиться единоличным местным судьей, и даже без вызова противной стороны, если она указана. За данными исключениями, обеспечение доказательств производиться по общим правилам, с занесением в протокол, допроса свидетелей судом и обеими сторонами и т. д. Несомненно, что таким отдельным восприятием доказательств нарушается принцип непосредственности (8, III), и поэтому обеспечение доказательств, как усложнения процесса, должно быть допускаемо в случаях лишь настоятельной необходимости. Отсюда понятно, почему в просьбе (даже и словесной) должно быть суду указано, в подтверждение каких обстоятельств и по каким основанием требуется обеспечение доказательств. 2) Но иногда необходимо не только обеспечение доказательств, но и *обеспечение иска*. Цель такого обеспечения понятна — гарантировать возможность исполнения судебного решения в будущем. Отсюда, по общему правилу, подлежат обеспечению иски уже *предъявленные* (см. ст. 652 и 659 У. Г. С.), *достоверные,* определенные *денежной суммой* и представляющие *опасность* для истца в том отношении, что ответчик впоследствии уклониться от исполнения решения. Вследствие этого, обеспечение возможно только против *частных лиц*, а не казны, т. к. последняя является надежным исполнителем. Единственное исключение сделано отношении недвижимости казны — на них налагается запрещение, дабы казна не отчудила их. Что же касается исков *окончательно решенных*, то обеспечение их возможно в идее исключения (при периодических платежах, 01/110), так как такие иски подлежат немедленному исполнению. Однако, едва ли можно признать это вполне правильным. Между исполнением и окончательным решением суда может пройти значительный период времени, в течение которого должник может уйти от исполнения. Эта мысль находит себе подтверждения в спорном ныне вопросе об обеспечении по *понудительным актам* (16, II). Дело в том, что понудительный акт, с надписью суда об исполнении, заменяет исполнительный лист; вот спорно, в праве ли суд обеспечить понудительное исполнения? Целесообразнее спор решить утвердительно, так как при понудительном исполнении должник в праве просить о приостановке исполнения и таким образом может затормозить исполнение. Кроме того, должнику дается три дня для добровольного исполнения, в течение которых он может сделать невозможным исполнения. То возражение, что должник не может обжаловать определение об обеспечении, не имеет существенного значения, так как он в праве просить о приостановлении исполнения (*А. В. Завадский*). Итак, если обеспечение следует допускать при понудительном исполнении, то тем более оно допустимо в отношении окончательных решений. — Самое обеспечения производится судом (в экстренных случаях председательствующим); при чем суд обязан дат обеспечения по *долговым обязательствам в форме протестованного векселя или публичного акта.* Обеспечения дается в *разных видах*, и выбор того или другого способа принадлежит *кредитору.* Но для некоторых случаев

способ обеспечения иска установлен самим законом. Так, в отношении недвижимости таким способом признается — *наложения запрещения* отчуждать и обременять недвижимость (также продавать лес); в отношении движимостей — *арест* движимого имущества, а в случае обращения взыскания на периодические платежи, причитающиеся ответчику от третьего лица, обещание последнего, под страхом штрафов и имущественной ответственности, вносить эти платежи судебному приставу или в суд. Далее, закон устанавливает еще такие способы: а) *приостановку* охранительного производства (в случае предъявления иска), исполнение решения (при понудительном исполнении), публичной продажи (при предъявлении вещного иска) и б) *взятие* спорного имущества в опеку (в делах о признании недействительным завещание (ст. 1066 и 1100 Х. ч. 1)). Но в особенности своеобразными способами обеспечения иска являются *судебное поручительство и подписка должника о невыезде*. Первый из них требует судебного заседания с вызовом и допросом поручителя и потому представляется сложным и мало применяется на практике. Второй способ, как ограничивающий право передвижения должника, представляется краткосрочным и может быть заменен другим способом обеспечения. — Как некоторая гарантия против истца, получившего обеспечения иска, должнику предоставлено право взыскивать убытки, понесенные вследствие обеспечения, когда истцу впоследствии было отказано в иске.

II. Осложнение процесса имеет место и тогда, когда судом дается исполнения неокончательного решения (*предварительное исполнения*). Оно *дается*, конечно, лишь в исключительных случаях, когда имеется уверенность, что вторая инстанция не отменит решения и это не повлечет за собой нежелательного поворота исполнения. Таким образом, основная идея предварительного исполнения — это *ускорение* исполнения решения во 1) в *достоверных исках*. Ими являются взыскания денежных сумм по протестованным векселям, публичным актам и даже по домашним, если они не оспариваются должниками (о некоторых других случаях говорится в ст. 737-ой У. Г. С.). Но предварительное исполнения дается *еще* 2) *по таким искам*, в коих последующее исполнение сделалось бы невозможным или грозило истцу значительном истцом (*ст. 737, п. 4*), а равно, в целях гуманности, 3) в исках о содержании мужем жены и их правах в отношении детей при раздельном жительстве (ст. 1345). Следует заметить, что предварительное исполнение может быть дано и при *заочном решении* (равно и по отзыву на заочное решение, ст. 737). Но в этом случае, как и в вышеизложенном (*ст. 737, п. 4*), суд *обязан* потребовать от истца обеспечения убытков, грозящих от предварительного исполнения ответчику. Такое обеспечение обыкновенно осуществляется в *приостановке*: передачи истцу или продажи арестованного или описанного имущества (ст. 738). В прочих случаях, суд, давая по просьбе истца предварительное исполнение, требует обеспечения от него по своему усмотрению. В итоге, предварительное исполнения, представленное усмотрению суда, является прекрасной мерой. Оно сообщает

процессу гибкость, эластичность. При этом, если бы суд неправильно отказал в предварительном исполнении, то возможно принесение частной жалобы и исправление неправильного отказа.

III. Напротив, нежелательным и большим осложнением процесса является только что упомянутое заочное решение. Это такое производство, которое совершается *заочное отношении ответчика* (*заочное производство*). Нежелательно оно потому, что заочное решение в техническом значении есть производство в отсутствии ответчика или его поверенного, чем нарушаются существенно принципы судопроизводства. Большое осложнение дает оно потому, что заочное производство может повлечь за собой новое решение того же дела, т. е. дело будет рассматриваться вторично *в той де самой инстанции*. Тем не менее, несмотря на все изложенное, процесс не может обойтись без заочного производства и мирится с ним, как с неизбежным злом. Это зло тем больше, чем неудовлетворительное организовано заочное производство, ибо и ответчик и истец могут одинаково им злоупотреблять. Так, *ответчик* в надежде затянуть процесс и повторить и повторить его впоследствии в случае неблагоприятного для себя решения, уклоняется от *личного* получения повестки о вызове его в суд. Между тем повестка считается должнику врученной, когда она получена и *другими лицами* (14, III), и вследствие этого дело назначается к слушанию. Выходит что ответчик ничего не знает о начавшемся деле, так как всегда легко подстроить, что повестка не будет передана ответчику, напр., дворником. В борьбе с таким нежелательным явлением было создано правило (зак. 1912 г.), что решение не считается заочным, когда ответчик, *не являясь лично в суд или через поверенного*, и *не прислал письменного объяснения с просьбой* слушать дело в его отсутствии, тем не менее *принимать лично или через поверенного какое либо иное участие в деле или находится при слушании дела в заседании, но объяснений по требованию суда не представил* (ст. 721). К сожалению, в литературе спорно, следуют ли вышеприведенные слова закона понимать в значении вообще всякого *значения* ответчика о деле (*Борский*) или нет (*Гейш-Оллисевич*). Только понимая слова в первом смысле, можно видеть в новой реформе существенный шаг вперед в борьбе с злоупотреблениями ответчика. Никто не мешает ответчику, раз он так или иначе узнал о деле, подать письменные объяснения, послать своего поверенного, если он не может явится лично в суд к слушанию дела. Что касается *истца*, то и он может злоупотребить заочным производством, чтобы ответчик не явился, так как, получив исполнительный лист по заочному решению, можно вследствие этого поставить ответчика в плохое положения. Поэтому истец может указать просто неверный адрес ответчика, и там, по просьбе истца, кто либо получит повестку. Или еще проще, истец может указать, что адрес ответчика ему неизвестен, а было уже замечено (14, III), что публикаций о вызове никто не читает. Желая парализовать подобные ухищрения истца, закон вынужден признавать всегда заочным решение по иску, в котором место жительства ответчика неизвестно. Правило это чрезвычайно важно; и даже при

участии нескольких ответчиков, из которых одни явились а другие нет, все же решение почитается заочным, если адрес неявившихся не был указан (ст. 724). Этим парализуется в корне злоупотребление истца. При обратном правиле, истец мог бы предъявить иск к нескольким ответчикам: одному дутому, другому с неизвестным местожительством, хотя бы он и знал его местожительство, и решение не было бы тогда заочным. Между тем, *привилегия* заочного решения состоит для должника в том, что он может подать *отзыв* (в течение двух недель, ст. 728) и просить о вторичном рассмотрении дела той же инстанцией, не прибегая к апелляции. Далее, ответчик по заочному решении. В праве просить *приостановить* предварительное исполнение, и такая его просьба разрешается не позднее трех дней. Наконец, заочное решение *утрачивает силу* не только когда постановлено новое решения (которое никогда не может быть уже заочным), но и тогда, когда истец не просил об исполнении решения в течение трех лет (ст. 735). Таковы важные привилегии заочного решения для ответчика в техническом значении этого слова. И естественно, что такое заочное решение надо строго *отличать* от сходных случаев. Именно, не будет заочным решением в техническом значении решения, состоявшиеся в отсутствии ответчика, если он сам просил рассмотреть дело в своем отсутствии, или если решение состоялось в отсутствии истца по просьбе явившегося ответчика, или, наконец, решение состоялось в отсутствии обеих сторон, просивших о рассмотрении дела в их отсутствии. Конечно, суду предоставлено право требовать личной явки сторон, если он признает это нужным; но если бы в этом не было нужды, то суд постановляет во всех указанных случаях решение, и оно не будет заочным. На такое решение возможно подать лишь апелляцию, а не отзыв, с его последствием нового рассмотрения дела в той же инстанции.

IV. Наконец, процесс может осложнится еще *приостановкой производства* по самым разнообразным причинам. Сред этих причин важны две: 1) приостановка производства вследствие *смерти* тяжущегося или *утраты* им процессуальной дееспособности. В этих случаях, если приостановленное производство не будет восстановлено в течение трех лет, то оно уничтожается и не прерывает течения давности, а если уничтожается в высшей инстанции, то вступает в силу решение предыдущей инстанции. 2) Ныне, благодаря войне, широко применяется приостановка производства дела чинов, состоящих в составе действующих армии и флота (Собр. Указ. 1914 г., 18 сент., № 258, ст. 2383). Приостановка эта имеет место впредь до истечения трех месяцев со дня приведения армии и флота на мирное положение. Суд обязан приостанавливать производство по собственному почину. *Последствия* такой приостановки *общие*: они сводятся к возможности обеспечения исков и приостановлению течения процессуальных сроков. Производство приостанавливается не только в судебных учреждениях (также и при понудительном исполнении), но и в судебно-административных. Если бы чин умер, то применяется общее правило о приостановке производства вследствие смерти. Итак, приостановка дела, несомненно, *осложняет* процесс,

вызывает обеспечение исков, ведет к прекращению самого процесса, который может быть возобновлен и т. д.

19. Привилегированные лица и дела

I. Изложенные отклонения от обыкновенного процесса вызываются не только ускорением или различного рода осложнениями процесса, но и особым привилегированным положением в процессе лиц (*казны, должностных лиц*), а равно и дел (*семейное право, в частности, законность рождения*). Что касается казны, то русская история с давних пор и до настоящего времени покоится на привилегированном положении казны. Казенный интерес играл у нас всегда большую роль (*Оршанский*), и неудивительно, что в процессе казна заняла также привилегированное положение. Это положение нашло себе особое признание в делах о *казенных порядках и поставках* (также в договорах отдачи в содержании оброчных статей). Именно, «частное лицо» (термин в противоположность казны) может по своему выбору повести дело или в судебном порядке или в *административном*. Но, избрав последний порядок, частное лицо уже не может защищать свое право в судебном порядке. Равным образом, частное лицо теряет право на судебную защиту, если в течение *шести* месяцев, которые обыкновенно считаются со дня выдачи казной частному лицу окончательного расчета (см. еще ст. 1303, 1308, 1309) не обратится к суду. Такой краткий срок, несомненно, выгоден для казны: не запутывает ее расчеты. Далее, в интересах же казны установлено, что годовой срок для защиты *нарушенного владения* считается *со дня* получения казной письменного заявления о нарушенном владении, если казенное имение находится в частных руках; а если не было донесения, то со времени возвращения имения в казну. Равным образом, в интересах казны все дела казенных управлений свыше 1000 руб. (закон 1912 г.) *подведомственны исключительно окружным судам*. И при этом создан еще целый ряд привилегий. Именно: 1) устанавливается *особая подсудность* для предъявления исков казне (ст. 1288); 2) по общему правилу не допускается окончание дела *миром* (исключение сделано по зак. 1912 г. ст. 1289 прим.) и присягой; 3) *невозможно* обеспечение исков и предварительное исполнения; 4) самое исполнение (ведомством) возможно против казны *по истечению* кассационного срока, или оставление кассаций без последствий, тогда как окончательное решение в пользу казны приводятся в исполнение *немедленно*.

II. Что касается вопроса о том, как взыскивать убытки, причиненные неправильными действиями *должностных лиц* (также служащих по выбору), то такое взыскание возможно в таком порядке. 1) В административном порядке, если убытки подлежат возмещению из особо назначенных сумм по предписанию специального закона; 2) в гражданском суде, если не правильность действий признана начальством должностного лица и 3) *в особых смешанных присутствиях* в остальных случаях, если только неправильное действие не является уголовно наказуемым деянием — преступлением по службе. Смешанные

комиссии образуются из судей и представителей разных ведомств; эти представители по мысли составителей судебных уставов, обладают полным званием «свойства сделанного административным лицом распоряжения». Таким образом, идея смешанных комиссий покоится на недоверии к судьям, на неумении их учитывать целесообразность действия администрации. Но к сожалению, учреждения смешанных комиссий значительно затруднила обывателям взыскание убытков с администрации. Так, для привлечения необходимы не только предварительное разрешение судебной палаты или даже сената (ст. 1331), но и назначение еще и окружного суда для рассмотрения иска в *общем* порядке. А в смешанных присутствиях соблюдается даже *особый порядок* производства (ст. 1328 и сл.). Так необходимо заключения прокурорского надзора, срок подачи жалоб на решение четыре месяца, кассация вообще не допускается (ср. О. С. 08/14). Наконец, и это следует особенно заметить, право иска к должностным лицам *утрачивается*, если иск не был предъявлен в течение шести месяцев со времени привидения должностного лица в действие, а если оно было исполнено с предварительным объявлением, то в течение трех месяцев со времени этого объявления. Все это показывает, что должностные лица пользуются особым покровительством закона, и любопытно, что чем выше чин должностного лица, тем выше и дальше стоят от истца состав смешанного присутствия. Так, против чинов выше 5-го класса в составе присутствия входят уже сенаторы (Соединенное Присутствия Гражд. и Первого департаментов Сената). Особо смешанное присутствие окружных судов (до 9-го класса включительно) и судебной палаты (о 8-го до 5-го класса включительно) судят уже чиновников поменьше классов.

III. Семейное право существенно затрагивает личность чиновника, и неудивительно, что в производстве этих дел имеются свои особенности. Так, 1) Для человека важно установить *законность рождения* (иск положительный) или напротив, отрицать законность рождения (иск отрицательный). В виду такой важности указанных исков, понятно, что по общему правилу не все лица могут выступать в них истцами и ответчиками. Ими могут быть: само лицо, о законности рождения которого идет дело, или лица близкие к нему (родители, родственники). Но так как, далее, законность рождения, не безразлична и для государства, то требуется еще участие прокурора, последний, за неимением ответчика, выступает в его роли. В виду той же важности исков о законости рождения, они составляют ведомство общего суда. Наконец по той же причине прав на отрицательный иск о законности рождения погашается краткой давностью дабы пресечь неопределенность в положении лица, не желательную для общественного порядка. При этом даже и муж, лицо в особенности заинтересованное, в праве оспаривать законность рождения ребенка в течение всего одного года (или двух, если находится за границей), срок этот считается, впрочем, не всегда со дня рождения; если жена скрыла рождение ребенка или жила от мужа *отдельно*, то срок течет с того времени, как муж узнал о рождении

ребенка (ст. 1351). Для наследников давность еще короче. Напротив, законность рождения самого лица не подлежит вовсе давности, а в прочих случаях иск погашается десятилетней давностью. *Исключение* для широкого оспаривания законности рождения *всеми заинтересованными лицами*, и при том без *погашения исков давностью*, установлено в тех случаях, когда родители не состояли в законном браке или когда показаны уже чужие родители. Такое исключение понятно, ибо обратное правило резко нарушило бы основы брака и родительского права. Что касается далее, других, кроме законности рождения, гражданских прав, основанных на браке, то ввиду важности для этих прав, они также по общему правилу подсудны общему суду (окружному) и при том — в общем порядке, за исключением *особого порядка* для спора. 2) о *законности брака* и вытекающих из такого брака правах. Именно, в этих случаях право на иск о законности брака и вытекающих из него правах погашается *двухлетней* давностью со дня смерти одного из супругов; далее, соблюдается особый порядок доказательств (производится следствие духовными властями) и требуется участия прокурора так же, как и в исках о законности рождения. Наконец, законом 12 марта 1914 г. был создан *особый порядок*. 3) для дел, *вытекающих из раздельного жительства супругов*. Именно, личные иски, кроме права свидания супруга с детьми, и все имущественные иски, не подсудные по цене мировому суду, подведомственны окружному суду. При том, в этих исках затрагивающих существенно личность человека, предоставлено право выступать на суде даже *недееспособным*, разве бы дееспособность была ограничена вследствие душевной болезни, глухоты или глухо-немоты. А так как далее, данные иски не безразличны для государства, то суду предоставлено право *самостоятельного почина* в допросе сторон и свидетелей. Наконец, совершенно справедливо, что в *исках о содержании* допускается предварительное исполнения, а *при споре о детях*, допускается до разрешения дела по существу предварительное разрешение просьбы, у кого должны остаться дети на время производства дела.

20. Коммерческий суд и суд духовный

I. В особом положении находятся также дела и лица, подсудны коммерческому суду и суду духовному (особенные суды). Особенности эти созданы в интересах *купцов, церкви и лиц духовных*. Впрочем, ныне коммерческие суды сохранены лишь в Петрограде, Москве и Одессе (Варшава занята неприятелем). В других местностях коммерческие дела разбирают окружные суды по правилам торгового судопроизводства. О секуляризации церковного суда области бракоразводного процесса говорят и пишут все настойчивее. — В коммерческих судах судят не только лица, назначаемые правительством, но и временно *избираемые купечеством* из своей среды; причем даже председатели могут быть без высшего юридического образования. Ходатаями по чужим делам являются служащие, купцы и присяжные стряпчие, а вместо судебных приставов и рассыльных имеются присяжные пристава и присяжные служители. Самое производство

по общему правилу происходит в форме *словесной расправы*. При чем, за неявку ответчика налагаются штрафы, а решение не считается заочным. Впрочем, штрафуется также и проигравшая дело сторона. Не все решения могут быть обжалуемы. Для подачи апелляции в столицах — цена иска должна быть выше трех тысяч рублей (в Одессе — полторы тысячи). Апелляция подается обыкновенно в двухмесячный срок и обжалованное решение может быть приведено в исполнения предварительно, под условием обеспечения обратного требования (залогом, поручительством). Апелляция рассматривается судебным департаментом сената, и его решения окончательны. Возможны лишь принесение жалобы на *Высочайшее имя*, и если жалоба будет признан основательной, то она рассматривается во втором общем собрании сената в составе сенаторов судебного и гражданского департаментов. Короче — производство в коммерческих судах далеко уступает гражданскому судопроизводству, и неудивительно, что коммерческие суды вымирают у нас, как ненужные и устарелые. Что касается лиц, *подсудных коммерческим судам*, то подсудность эта простирается на самый город и уезд (округ), при том условии, что если ответчик живет (пребывает) в округе, или предмет процесса находится в округе, или стороны согласились при заключении договора разрешить дело в определенном коммерческом суде. При это *подведомственны не есть дела*, а только торговля (споры по торговым оборотам), вексельные свыше 500 руб., дела о несостоятельности торговой. Но и торговые дела не все подведомственны. Исключены дела на сумму менее 150 руб., как равно дела, возникшие на ярмарках, рынках, лавках за наличный расчет, споры ремесленников между собой и с заказчиками. Точно также предъявление *не торговцами* исков по торговым для ответчика сделкам возможны в коммерческом суде или окружном суде по желанию истца.

II. Кроме коммерческих судов (а также волостных, 12), особенным судом является *духовный суд* — консисторский. Этот суд еще более архаичен, чем коммерческий, с своими формами производства и формальными доказательствами в бракоразводном процессе. К сожалению, этому суду подведомственны такие важные для человека дела, как дела о *признании браков недействительными* (кроме браков раскольников) и о *расторжении браков православными*. Точно также иски о *платежах бесчестия* за личное оскорбление, нанесенное духовным лицом, подведомственны духовному суду, как равно *иски за убытки*, причиненные личной обидой кредиту или имуществу потерпевшего. Единственно, с чем, пожалуй, можно согласится, так это с подведомственностью духовному суду споров, касающихся церковных доходов и пользования церковной собственностью между лицами духовного звания.

21. Кто разрешает споры о пререканиях?

I. При разнообразии подсудности и ведомства наших судов, неудивительно, что возможны *пререкания* между ними, как равно между ними и административными учреждениями. Пререкание может быть или *отрицательным*, когда

ни одно учреждение не принимает дело, или *положительным*, когда, наоборот, несколько учреждений считают дело своим. В указанных случаях пререканий, очевидно, должно быть такое учреждение, которое могло бы беспристрастно разрешить пререкание. 1) Таки учреждением признается обыкновенно высшая инстанция в отношении низших инстанций. Так, в отношении единоличных судей таким учреждением будет съезд, в отношении окружных судов — судебная палата. Что же касается пререканий между судебными палатами, то они разрешаются соединенным присутствием первого и кассационного департаментов сената (ст. 236), а между съездами — судебной палатой в отношении мировых съездов и губернским присутствием — в отношении уездных съездов. Но 2) пререкания могут возникнуть также *между судами разных инстанций*. Такие пререкания разрешаются судебной палатой (ст. 42) в отношении как мировой юстиции, так и окружного суда. Напротив, окружной суд разрешает пререкания между судебно-административными учреждениями и мировыми (также уездным членом окружного суда, ст. 42).

II. Сложнее вопрос о разрешении пререканий между *судебным и правительственным учреждениями*. Так как здесь затрагиваются различные власти, то пререкания между ними разрешаются особыми присутствиями в составе представителей той или другой власти. Так, пререкания между мировыми и общими судами, с одной стороны, и правительственными учреждениями, с другой стороны — разрешаются (не всегда окончательно, ст. 244) особым присутствием судебной палаты (ст. 242). Что же касается судебно-административных учреждений и правительственных учреждений министерства внутренних дел, то пререкания разрешаются, в этом случае, по исключению, губернским присутствием (ст. 15).

III. Сложно также разрешение пререканий *между судами общими и особенными*. Так, пререкания между волостным судом и мировым съездом разрешаются судебной палатой (73/779); пререкания между коммерческим судом и окружным — общем собраниям судебной палаты. Общее собрание первого и кассационного департаментов разрешает пререкания между общими судебными установлениями и духовными судами (ст. 244). Таковы пререкания, и сложность их бросается прямо в глаза. Непрост и самый порядок возбуждения дела по пререканиям. Частным лицам обыкновенно приходится подавать просьбы (ст. 43) и частные жалобы (ст. 242 и сл., ср. ст. 229). Все это говорит за то, что частному лицу добиться правды нелегко; и на пути отыскания правды лежат еще сложные правила о пререканиях.

22. Какие доказательства допустимы в процессе?

I. Самое важное для тяжущихся — это доказать свои требования и возражения. Но тяжущиеся могут приводить только такие доказательства, которые признаются доказательствами в процессе; и суд обязан оценивать только эти доказательства и придавать им лишь то значение, которое они могут иметь по

процессуальным законам. Несомненно, что для тяжущихся особенно желательны боле веские доказательства. При наличности их, суд обязан принять их, как *безусловные*. Сюда принадлежат 1) *присяга, как торжественная религиозная клятва*, которую произносит сторона, по соглашению с другой стороной в поддержание какого либо фактического обстоятельства, существенного для дела и выгодного для присягающего. Решающее, безусловное значение присяги зиждется на соглашении сторон и на уважении к клятве. В виду такого экстраординарного доказательства, суд обязан предварительно склонять тяжущихся к примирению. Принесения присяги не допускает представительства; поэтому же не могут приносить присяги юридические лица. 2) Безусловное значение признается и за *судебным признанием* в качестве акта распоряжения, как за односторонним волеизъявлением, направленным на то, чтобы сделать определенное фактическое обстоятельство бесспорным и не требующим дальнейших доказательств (*Васьковский*, против *Яблочков*). Такое признание надо отличать от простого признания, т. е. показания стороны в пользу противника и, в случае сомнения, какой характер носит признание, предполагается простое признание (*Васьковский*, против *Яблочков*). 3) Если стороны сослались на местных жителей (окольных людей) в споре о недвижимости, то дознание, произведенное на месте, приобретает силу безусловного доказательства при условии, если стороны согласились, чтобы дело было разрешено исключительно на основании этого дознания (ст. 422). Очевидно, сила такого доказательства покоится на соглашении сторон придать решающее значения данному дознанию. При отсутствии такого соглашения, суд входит в оценку показания окольных людей так же, как он это делает в отношении свидетелей.

II. Из других доказательств имеют наибольшую достоверность для сторон и суда *публичные акты,* т. е. письменные доказательства, как совершенные или засвидетельствованные органами публичной власти. Сила этих актов состоит в том, что в отношении их 1) не допускается заявления *сомнения в публичности*; против них возможно лишь заявить *спор о подлоге* (против копий с них — сомнения в точности). Спор о подлоге никоем образом нельзя смешивать с заявлением в сомнении подлинности. Спор о подлоге есть заявление о подделке подписи или самого акта. Такая подделка есть преступлением и спор о подлоге обязан доказать подделку; при чем если он указал кто подделал, то разрешения вопроса обыкновенно переходит в уголовный суд. Напротив, при заявлении сомнения в подлинности, дело всегда ограничивается, если сторона не пожелает взять акта, поверкой подлинности акта самим гражданским судом. Кроме того, неосновательный спор о подлоге, который позволено возбуждать во всяком положении дела, влечет за собой штрафы (от 10–300 руб.). 2) Далее, если сила публичных актов выражается в том, что их содержания, поскольку оно основано на личном удостоверение органа публичной власти (ср. 74/845, 79/152), не может быть опровергаемо не только свидетельскими показаниями, но и письменными домашними актами. Но само собой понятно, что могут

быть допрашиваемы свидетели в подтверждение обстоятельств, при которых был совершен публичный акт, напр., что лицо, выдавшие акт, было душевно больным. — Что же касается *домашних* актов, то они, как письменные доказательства обладают большей достоверностью, чем свидетельские показания. Этим объясняется, что для некоторых споров предустановлены письменные доказательства, напр., при займе свыше 30 руб., при платеже долга и т. д. В этих предустановленных случаях суд не может допустить свидетельских показаний в подтверждение спорных фактов (ст. 409). Домашние акты вообще имеют доказательную силу против того, кем они подписаны, и против его законных приемников (возможно, конечно, и здесь заявление о подлоге). Но в некоторых случаях и такие письменные доказательства, которые не подписаны, имеют силу в отношении не подписавших. Это признано в особенности в отношении *торговых* книг, которые имеют доказательную силу не только против того, кто ведет их, но и против других лиц, при условии, конечно правильного ведения книг (ст. 687 Уст. торг.). При этом доказательная сила торговых книг признается в гораздо большем размере по уставу торгового судопроизводства, чем гражданского (ср. напр., ст. 233 Уст. Торг. Суд и ст. 466 Уст. Гр. Суд). Далее, *заборные* книжки имеют доказательную силу против тех, которыми они выданы, если покупатель в течение недели, получив книжку, не возражает против записи в ней торговцем отпущенного в долг товара. — В виду большой важности письменных доказательств, как документов публичных и домашних, в процессе устанавливаются особые правила для истребования от противника (если он сам согласился на документ), от третьих лиц и от правительственных лиц и мест. В последним случае тяжущийся обыкновенно получает, по своей просьбе, от суда свидетельство на получения копии или справки от правительственного лица или места (ст. 453). В случае невозможности представить подлинник, засвидетельствованная с него копия заменит подлинник, пока не возникнет сомнения в точности копии.

III. Но самым распространяемым доказательством являются, конечно, *свидетельские* показания. К сожалению, эти доказательства не внушают полного доверия, так как люди нередко склоны покривить душой и дать на суд ложные показания. Естественно, что процессуальное право прибегает к присяге, дабы таким путем, влияя на религиозные чувства людей, побудить их говорить на суд правду. Такой путь, конечно, обоюдоострый. Для человека испорченного создается напрасно презумпция правдивого показания, а для человека правдивого, хорошего, создается презумпция лживого человека, и душа его отягчается клятвой. Но еще хуже обстоит дело с допросом свидетелей в мировых учреждениях. Для упрощения суда, свидетели обыкновенно допрашиваются без присяги, с обязанностью подтвердить свое показания в последствии присягой, если бы кто либо из тяжущихся того потребовал (ст. 95). На практике передопрос свидетелей под присягой приурочен к слушанию дела в мировом съезде. Передопрос этот, по просьбе тяжущегося, обязателен для суда (68/388

и др.; иначе по уловным делам, ст. 159), и если бы свидетель вовсе не явился, то его без присяжное показание, как бы оно не было важно для дела, аннулируется (06/105). Таким образом, чтобы парализовать отыскание правды, противнику стоит потребовать передопроса под присягой свидетеля, который не может явится даже без вины стороны, сославшиеся на его показания (напр., свидетель умер, не разыскан, выбыл на войну; ср. 08/27), и решающее показание этого свидетеля выбрасывается из дела. Чтобы парализовать возможность такого злоупотребления, и во всяком случае, неизбежных проволочек дела, надо предоставить суду больше инициативы и коренным образом изменить передопрос перед присягой (*Чернов*), как это уже сделано в отношении допроса свидетелей в уголовных делах (ст. 159). Тем более, что обязанность давать свидетельские показания есть повинность для населения и при том тяжелая (свидетелей могут затаскать по судам) — под угрозой двукратного штрафа (каждый раз по 25 руб.). Впрочем, свидетели живущие от суда далее 25 верст (а равно и в других уважительных случаях) не подлежат штрафам за неявку и могут быть допрошены даже местным судьей и даже на дому. Иногда свидетели вызываются к месту осмотра для лучшего выяснения дела или для ускорения производства. — Вызванные свидетели, не все, однако, допрашиваются: один из них, как неспособные свидетельствовать по физическим недостаткам или душевной болезни (а равно дети против родителей) устраняются *судом*; другие, как могущие оказаться пристрастными к тяжущимся, отстраняются по отводам противника. Так, отводятся все родственники по прямой линии, а в боковой — первых трех степеней; свойственники — первых двух степеней. Понятно, что отвод родственников и свойственников (как равно лиц, стоящих в отношении по опеке, усыновлению, в споре, поверенных противной стороны и вообще материально заинтересованных в выигрыше процесса, лишенных права быть свидетелями) — содействует повышению достоверности свидетельских показаний; и в этом большое значение отводов свидетелей для правильного правосудия. *Свидетели допрашиваются в известном порядке* (в одиночку, предварительно удаленные из заседания; сначала свидетели истца). Показания свидетелей заносятся в протокол, громко прочитываются свидетелю и им подписываются. — В оценке свидетельских показаний суд свободен, оценивая показания по внутреннему достоинству его, а не свидетеля, и в решении мотивирует, почему он отдал предпочтения тому или другому показанию.

IV. Таковы доказательства; но наш закон знает еще два способа *поверки доказательств: осмотр на месте* (личный осмотр) и *заключение сведущих людей* (экспертиза). В сущности, осмотр на месте судьей (вне города мировым судьей или уездным членом, требуемый стороной или назначаемый прямо судом, скорее следует рассматривать как доказательство, которое судья лично воспринимает). Такой осмотр необходим, когда предметы спора, как земля, строение и др., не могут быть, конечно, доставлены в суд. Стороны вызываются на осмотр, составляется протокол, и фактические обстоятельства, занесенные в протокол

без оговорок, считаются уже достоверными. Что касается *экспертизы* — заключения сведущих людей, то ее действительно нельзя считать доказательством. Эксперты лишь специалисты и они восполняют недостающие у судей сведения, необходимые для оценки фактических обстоятельств. Но суд, как и стороны не связаны заключением следующих людей, ибо заключения их есть лишь мнения специалистов, не более. Если эксперты не избраны сторонами, то они назначаются судом. За неявку в суд эксперты подвергаются так же, как и свидетели, штрафу до 25 руб., и так же, как свидетели, имеют право на вознаграждение. Экспертиза дается обыкновенно письменно.

V. Все изложенные доказательства нужны сторонам для *доказывания* своих требований и возражений, так как суд не в праве решать дело по своему убеждению, не имея представленных сторонами доказательств. Если *истец* не представит доказательств своего иска, то суд откажет ему в иске, хотя бы ответчик все время молчал. Но если истец доказал свой иск, а ответчик возражает, нем приводя доказательств, то *ответчик* проиграет дело. Если бы ответчик доказал свои возражения, а истец не доказал своих контр-возражений, то ответчику выигрывает дело. Конечно, *бремя доказательств*, так распределяется, что каждая сторона обязана доказать свои требования, возражения (и отводы). Но стороны не обязаны доказывать суду правовые нормы ибо суд обязан сам их знать. Исключение сделано, как было замечено, для юридических обычаев и необнародованных норм: кто ссылается на них, тот обязан их доказать. Итак, побеждает в процессе не тот, кто прав, а кто лучше вооружен доказательствами у лучше умеет их использовать сам или через своего представителя. К счастью, правая сторона имеет большей частью лучшее доказательства, чем противник; на этом основано убеждение, что правая сторона по общему правилу выигрывает дело. В науке раздаются голоса, чтобы суд не был молчаливым зрителем борьбы сторон, чтобы он приходил на помощь в тех случаях, когда сторона слабеет от неумения воспользоваться надлежащим образом своими доказательствами, чтобы противник с слабыми доказательствами, но более искусный в ведении дела, сам ли или в лице своего представителя, не торжествовал над правой стороной. В этом отношении желательно большее расширение инициативы суда и в особенности у нас, т. к., в противоположность. Западу, у нас нет даже в общих судах обязательной защиты сторон специалистами-поверенными.

Глава третья. Исполнительное и охранительное производство. Что же такое процесс?

23. Что подлежит исполнению и какими мерами?

I. Все действия суда исполняются, если они нуждаются в том, но исполнения одних действий представляется на усмотрении сторон, другие подлежат *принудительному* исполнению. Такое принудительное исполнения (*исполнительное производство*) необходимо прежде всего для *решений* судов (также третейских, финляндских и иностранных, ст. 1268 и сл.) а равно для актов с исполнительной надписью и *определений*. Принудительному исполнению подлежат, однако, лишь те решения, которые вступили в законную силу, т. е. *окончательные* или *не обжалованные* решения. Это потому, что только такими решениями разрешается спор сторон с силой закона для тяжущихся. Поэтому же иски между теми же лицами, при тождестве содержания, предмета и основания исков, не подлежат рассмотрению даже и в том случае, когда тождественный иск предъявлен в большем размере против прежнего или в размере недополученных процентов (00/106 и др.). Из окончательных решений подлежат принудительному исполнению решения, подвергнутые *предварительному исполнению*, а из окончательных — также процессуальные *мировые сделки*.

II. Принудительное осуществление решения называется *взысканием*; тот, в пользу которого происходит взыскание — *взыскателем*, а с кого взыскивают — *должником*. Самое же взыскание происходит на основании *исполнительного листа* или акта и с исполнительной надписью и производится, под наблюдением суда *судебными приставами*, а решение местного суда также полицией (даже сельской). Что касается мер по приведению решения в исполнения, или *способов* исполнения, то заслуживает особого внимания *отобрание подписи о невыезде и вызове должника для указания средств*. Мера эта, как серьезно затрагивающая личность должника, применяется в решении общих и мировых судов, уездных членов окружных судов; и при том — в том случае, когда взыскатель (ему вообще предоставляется выбор) не требует применения других способов исполнения, или они оказались недостаточными для покрытия долга. Вызванный должник должен дать сведения о средствах к удовлетворению взыскателя. За неверные сведения он подвергается уголовному наказанию, а в случае неявки подлежит приводу через полицию. Если бы должник показал свои средства недостаточными для удовлетворения, т взыскатель может повторять вызов ответчика или возбудить дело об объявлении должника несостоятельным. Иногда должник сам является в суд (обыкновенно к мировому судье своего участка) без вызова и, дав сведения о средствах, освобождается от данной подписи о невыезде. — Изложенная мера рассчитана собственно на причинения неприятностей должнику и мало достигает своей цели. На Западе прибегают к более решительным мерам — к штрафам и даже аресту. Меры эти суровые, но иногда

единственно невозможные против недобросовестных должников, которые у нас свободно разгуливают и посмеиваются над взыскателями и правосудием; исключение сделано лишь для банкротов (24, II).

III. Краткосрочный арест и штрафы в особенности уместны в тех случаях, когда предметом исполнения является *действе* должника, которое не может быть исполнено за него и за его счет другим лицом. Впрочем, и такое действие, которое может быть исполнено за счет должника, требует у нас разрешения суда (ст. 934, 80/118). Просьба о разрешении м. б. заявлена в исковом прошении (02/111). И лишь при бесспорности исполнения работ в срок, наша практика вовсе не требует разрешения суда (86/17). Но не лучше обстоит дело и с такими действиями должника, которые состоят в *воздержании* его от чего либо (отрицательные действия), или в обязанности его *терпеть действие* взыскателя. У нас возможно в этих случаях лишь косвенное принуждение — взыскание убытков, причиненных противоправными действиями должника, т. е. в сущности требуется предъявления нового взыскания.

IV. Лучше обстоит дело с теми взысканиями, которые имеют своим предметом имущество, как равно передачу его должнику. *Имущественное* взыскание производится следующим образом, 1) Должнику посылается *повестка* с назначением срока для добровольного исполнения (два месяца при обращении взыскания на недвижимость) и вместе с тем обыкновенно налагается арест на движимость, запрещение на недвижимость. Вообще же, с момента получения повестки, должник ограничивается в распоряжении свои имуществом. 2) По истечению срока для добровольного исполнения, судебный пристав приступает к аресту движимого имущества, если он не был наложен ранее, и к *описи* недвижимости. При этом, производя арест, пристав так же совершает *опись и оценку* имущества (при согласии сторон экспертами) и передает на хранение арестованное имущество, в крайнем случае, даже взыскателю или его близким (ст. 1012). Заслуживает внимания, даже имущество, находящиеся в общей квартире супругов, описывается все, как предлежащее супругу-должнику. Исключение делается лишь в отношении платья и других вещей, которые, очевидно, принадлежат другому супругу. Равным образом, исключаются из описи вещи, безусловно необходимые для должника и, по возможности, необходимые для добывания средств к жизни, как-то, инструменты и т. д., а равно принадлежности недвижимостей. Третьи лица вообще могут требовать прекращения описи, если имущество (недвижимость) не находится во владении должника; в противном случае они, как и супруг, могут (равно в отношении движимостей) лишь ходатайствовать об исключении из описи своего имущества и просить о приостановке исполнения. 3) *Место и время* продажи имущества назначается (при несогласии сторон) судебным приставом. В отношении продажи недвижимости соблюдаются *более строгие правила*. Местом продажи является окружной суд (при оценке свыше 500 руб., а по закону о местном суде свыше 1000 руб.). Если взыскателем является кредитное учреждения, то недвижимость, заложен-

ная у него, продается в помещении учреждения и без участия судебной власти. Точно также для продажи недвижимостей устанавливаются определенные четыре срока в год; при чем сроки выбираются приставом таким образом, чтобы оставалось тем более месяцев до продажи, чем цена недвижимости больше (ст. 1143). Такие промежутки необходимы для большей осведомительности желающих участвовать в торгах (делаются собственные объявления). 4) *Самая продажа* с публичных торгов производится также проще в отношении движимостей. Продажа идет публично в присутствии не менее двух желающих торговаться, и вещь остается за тем, кто предложит больше. Не подлежат без согласия автора продаже: авторское право и невыпущенная в свет напечатанные книги, а иконы безусловно. При торге же на недвижимость составляется торговый лист, который подписывается обязательно присутствующем на торгах судьей. Для участия в торгах необходимо представление залога (в размере 1/10). 5) Если торг совершен правильно и *состоялся*, то приобретатель в течение краткого времени (две недели для недвижимостей, следующий день до 12 часов дня для движимостей), должен внести недостающую сумму. *Право собственности возникает* у покупателя с момента утверждения торга на недвижимость судьей, право же отчуждения с момента получения данной. 6) Но не всегда торг может состоятся и будет признан несостоявшимся, не действительным (на недвижимость м. б. не утвержден). При *недействительности* торга, процедура торга повторяется, а если торг *не состоялся*, то обыкновенно назначается второй торг (последний). Может случится, что, в конце концов, так или иначе, продаваемое имущество останется по желанию взыскателя за ним. Таким образом, он будет удовлетворен не деньгами, полученными от продажи, а самой вещью. Но если бы взыскатель не оставил имения за собой, то оно продолжает оставаться в течение 10 лет под запрещением. 7) Изложенные правила изменяются в некоторых случаях, когда вещи находятся *во владении третьих лиц.* В этом случае, по получении повестки, вещи передаются приставу или в окружной суд (ст. 1078 и сл.); ценные же бумаги передаются взыскателю по передаточной надписи должника или суда. Точно также указанные правила несколько меняются, когда имеются *несколько взыскателей* или *залогодержателей*. Залогодержатели естественно имеют преимущество перед личными взыскателями, а в отношении друг друга преимущество по старшинству. В частности, закладные должны быть принимаемы (наступил им срок или нет) в уплату вместо денег; залогодержатели в праве потребовать недвижимость в свое временное владения, а в последствии, при несостоявшимся торге, оставить за собой. Наконец, если взыскание обращается на *желание*, то в законе устанавливается определенный вычет больший в отношении холостых (ст. 1086). 8) Взысканная сумма при наличии нескольких взыскателей, подлежит *распределению судебному*, если не состоится полюбовное. И здесь, за вычетом издержек производства торга, повинностей и налогов, преимущество имеют залогодатели. Судебное распределения происходит на основании расчета составленного одним из членов суда (обжалования расчета

возможно в течение 7 дней) и утвержденного судом. Но если кто либо из взыскателей заявит, что он возбудит дело о признании должника несостоятельным, то распределения и выдача денег приостанавливается на два месяца, и лишь претензии залогодержателей удовлетворяются немедленно.

V. Некоторые особенности существуют также в отношении исполнения решений *земских начальников и городских судей а равно и волостных судей*. Так, 1) на недвижимое имущество может быть обращено взыскание по исполнительному листу земского начальника или городского судьи, *если* взыскание превышает 50 руб. По решению же волостных судов взыскание должно быть прежде обращено на доходы с *вне надельной* недвижимости, потом на движимость и потом уже не недвижимость. Любопытно также, что если ответчик не в состоянии заплатить по исполнительному листу волостного суда, то ему дается *отсрочка* от одной недели до двух месяцев. 2) Далее, исполнительные листы земских начальников и городских судей представляются взыскателям: в городе уездному члену окружного суда, а в уезде — земскому начальнику. Решение же волостных судов исполняются старшинами (в местностях, где введены земские начальники) и сельскими старостами (в других местностях). По временным правилам о волостном суде, решение волостных судов, а равно и верхних сельских судов, приводятся в исполнения председателями этих судов, но фактически по их поручению — должностными лицами волостного и сельского управлений, а равно низшими членами общей полиции, если председатели признают это нужным (цирк. № 28463, июня 18, 1915 г.). — Таково исполнительное производство. Оно во многом нуждается в реформе; и очень жаль, что новый закон о местном суде не реформировал его.

24. Охранительное (бесспорное) производство

I. Было замечено что охрана прав возможна у нас в *исковом* порядке (1, III). Но исковой порядок не всегда возможен: нет другой стороны, напр., в делах по утверждению завещания, и главное не целесообразен дел ясных, бесспорных, хотя бы имелась другая сторона. Отсюда идея охранительного производства чрезвычайно проста — дать защиту правам и вообще юридическим отношениям, не оспариваемым и бесспорным. А если спор тем не менее возникает, то он разрешается в исковом порядке. Но т. к., несмотря на возможность предъявления иска, все же охранительное производство затрагивает нередко и при том существенно права третьих заинтересованных лиц, то оно допустимо лишь в специально предусмотренных законом делах. Прежде всего, группу таких дел, составляют дела, *связанные с наследственным правом*. Открывшееся наследство нередко нуждается в *принятии мер* по охране наследства (описи, вызове наследников, передачи на хранение). Далее, если наследники по закону пожелают получить крепостной акт или наследство, то им необходимо *утвердится в правах наследства* (выбор суда определяется общими правилами о подсудности и ведомстве), а наследники по завещанию в течение одного года,

если пребывают в России (2-х лет — за границей), всегда нуждаются в представлении завещания в окружной суд к *утверждению на исполнения*. *Отречение* от наследства в свою очередь должно быть подано в суд, производящий дело об утверждении наследников в правах наследства или об утверждении завещания. Равным образом и *раздел* наследства, если наследники не разделяются *полюбовно*, производится судом (возможен иск о переделе или апелляция). Вторую категорию дел составляют семейные дела об усыновлении и узаконении и дела, связанные с жалобами на опекунские учреждения. Дела эти подведомственны окружному суду и требуется участие прокурора. В частности, при узаконении метрическое свидетельство выдается новое, а при усыновлении делается лишь надпись на нем, что нежелательно для усыновленных. Жалобы на *нотариусов*, приносимые в течение двух недель, разрешаются окружным судом также в охранительном порядке, раз действиями нотариусов нарушены права лиц. Третью группу составляют дела по охране прав на недвижимость. Сюда следует отнести *выкупы родовых имуществ*; но если бы возникли споры, то они разрешаются окружным судом уже в исковом порядке, а не охранительном. Точно также получение крепостного документа на недвижимость по *давности владения* требует определения окружного суда (01/46), но в случае спора дело опять разрешается в исковом порядке. Что же касается вообще *ввода во владение* недвижимым имуществом, то дело это подведомственно не окружному суду, а мировому судье, городскому или земскому начальнику по месту нахождения недвижимости. Самый ввод, необязательный ныне, производится судебным приставом на основании исполнительного листа. К особой группе (четвертой) следует отнести также те дела, в которых суд так или иначе содействует с лицами в установлении их юридических отношений к другим лицам. Так, наследники и кредиторы могут быть заинтересованы в признании наследодателя, соответственно должника, находящимся в *безвестном отсутствии*. Суд проверяет доказательство безвестного отсутствия, принимает меры к розыску, отдает имущество в опекунское управление. Равным образом, суд в порядке охранительного производства *уничтожает доверенность* или постановляет об *отобрании доверенности*, принимает на хранение предмет обязательства (депозит суда) и даже выдает должнику исполнительный лист для продажи предмета с публичного торга (по зак. о местн. суде). Таковы разнообразные категории охранительных дел. Дела эти обыкновенно начинаются по просьбам заинтересованных лиц в письменной форме (с приложением копии, если имеется сторона). В самом производстве суд руководствуется общими началами процесса, но так как нет искового спора, то суд более активен, чем в исковом процессе, но кладет в основу своих определений предустановленные в самом законе доказательства. Вместо решений суд постановляет *определение* о выдаче исполнительных листов, копии определений. Определения могут быть по общему правилу, как и частные определения, изменяемы и отменяемы самим судом,

постановившим их. Определения подлежат обжалованию в частном порядке и допускаются кассационные жалобы.

II. Но в особую категорию следует еще выделить такие дела, которые связаны с охраной прав кредиторов и прежде всего дела о *торговой администрации*. Идея торговой администрации — это предоставление права кредиторам вести вместе с должником его дела. Если такая администрация возникает добровольно, по соглашению, то суду нет дела до нее. Наоборот, необходимо определения коммерческого или окружного суда, если должник или кредитор желают официальной, понудительной администрации. Последнее учреждается только по обширным коммерческим и промышленным предприятием, там где существуют биржи и если дефицит не более 50 %. Определение суда дается на постановление выборных биржевого комитета об учреждении администрации, по поверке закона такого учреждения. Если администрация не достигнет своих целей или отпадут условия для действительности (дефицит превысит 50 %), то должник, по постановлению суда, может быть объявлен несостоятельным. Как в этом случае, так и в других, дела о *несостоятельности* требуют участия суда. Идея объявления должника несостоятельным сводится к отстранению должника к управлению делами; это управление передается особым органом, а целью такого управления является такая ликвидация предприятия, чтобы кредиторы получили соразмерное требование по своим требованиям к должнику. Несостоятельность наступает не иначе, как по определению суда, при наличности: суммы долгов не менее полторы тысячи и определенных обстоятельств, из коих первенствующее место занимает недостаточность имущества должника для покрытия долгов для исполнения решений. Признав должника несостоятельным суд (коммерческий или окружной) при *торговой несостоятельностью* назначает одного или двух присяжных *попечителей* которые являются временными, ограниченными управителями имущества, подвергнутого охране (*конкурсная масса*). Как только сумма претензий кредиторов (заявляются в течение 4-х месяцев) превзойдет половину пассива должника, присяжный попечитель обязан созвать общее собрание кредиторов для избрания *конкурсного управления*. Как только конкурсное управление из председателей и кураторов утверждено, деятельность присяжного попечителя прекращается и начинается *конкурсное производство*. Конкурсное управление проверяет отчет и действия попечителя, разыскивает имущество должника, выясняет долги, распределяет их по категориям в порядке бесспорности, определяет свойство несостоятельности должника (ст. 78) и созывает *общее собрание кредиторов*, от которого уже зависит окончательное утверждение постановлений конкурсного управления. Конкурсное управление, как и попечитель, получают вознаграждения, и жалобы на них рассматриваются в частном порядке судом. — Дело о ликвидации *кредитных установлений* по несостоятельности производится ликвидационной комиссией с правами конкурсного управления (возбуждения дела о несостоятельности возможно прямо по приложению министра финансов). — Дела о

несостоятельности неторговой отличаются немногим от производства по торговой несостоятельности. Суд может в некоторых случаях (напр., по просьбе должника, см. ст. 26, 27 и если он скрылся) немедленно объявить должника несостоятельным, а по общему правилу предписывает судебному приставу произвести сначала опись и оценку его имущества. Необходимо вслед за тем новое ходатайство для объявления должника несостоятельным. Конкурсное управление разыскивает имущество должника с большой пощадой интересов третьих лиц (также детей и супруга). *Личное задержания должника* допускается за долги не ниже сто рублей (см. еще ст. 33 и сл.). В частности, при личном задержании должник заключается в тюрьму до выяснения свойства его несостоятельности (несчастной, неосторожной и злостной). Впрочем, на деле должник легко может избегнуть личного задержания, хотя бы с помощью поручительства. И только позже, вследствие признания несостоятельности неосторожной (виновной) и злостной (умышленной), должник подвергается тюремному заключению на разные сроки. Несостоятельность же несчастная (случайная) и здесь освобождает должника от заключения; кроме того, он не отвечает впоследствии своим имуществом по долгам, оставшимся неудовлетворенными из конкурсной массы.

25. Что же такое процесс?

I. Из всего изложенного следует, что процесс, это — развивающаяся планомерно деятельность суда и сторон (или одной стороны) в разных целях. Но наука, пытаясь проникнуть глубже в сущность процесса, определяет его, как *юридическое отношения*, т. е. как *нечто целое*, связанное правами и обязанностями, суд ли и стороны или также стороны между собой, — это в науке спорно. Впрочем, и самый взгляд на процесс, как на юридическое отношение, несколько искусственен. Ему не достает внутреннего единства — однородности интересов суда и сторон, хотя он и позволяет охватить процесс в *некоторой связи*, хотя бы и внешней, как нечто целое.

II Так можно говорить о суде и сторонах, как субъектах процессуального права. Именно, может идти речь об *обязанностях суда* (по управлению ходом процесса, поддержанию внешнего порядка в суд и, главное, по поверке и установлению правомерности требований сторон), а также о процессуальной правоспособности (в пределах гражданской правоспособности) и дееспособности сторон. Процессуальная правоспособность есть способность иметь процессуальные права, которые могут быть двоякого рода. Они или влияют на процесс существенно, напр., право возбуждения ходатайства, отказ от требований и т д. или направлены лишь на содействие суду напр., право представления доказательств. Процессуальные права осуществляются посредством процессуальных действий сторон. Эти действия, в отличие от действий суда, не обязательны (факультативны) несамостоятельны (требуют еще действий суда), вообще отменяемы по воле стороны или сторон (по юридической сделке), требуют со-

блюдения формы и срочны. Сроки различны: законные, договорные, судебные, т. е. устанавливаемые законом, сторонами, судом. Одни сроки не могут быть удлиняемы, а за исполнениям их следит сам суд (абсолютные, роковые, необходимые), другие — отлагательные, т. е. могут быть удлиняемы (пророгационные). К числу первых относятся напр., сроки для подачи апелляционных жалоб и просьб об отмене решений. Сокращению и удлинению подлежат обыкновенно судебные сроки. Удлинение не стоит смешивать с восстановлением срока, напр., при восстановлении срока на подачу апелляции (14, III). В виду важности сроков, необходимо знать начало и конец строка. По общему правилу, *началом* строка считается не первый день, а следующий за ним; *концом* же при абсолютном строке назначенный день, (такое то число), при относительном — последний день, не считая вышеуказанного первого. Напр., если решение было объявлено 1-го марта, то месячный строк истечет 1-го апреля, недельный строк — 8 марта. Последний день для совершения действий в суде продолжается до 3 часов дня или пока идет заседание, в прочих случаях до 12 часов ночи. Если бумага послана по почте, то срок не считается пропущенным, если она будет получена на почте того города, *где находится суд*, до 12 часов ночи последнего дня. В некоторых случаях, как то, явки тяжущегося, когда судебного адреса еще нет, срок удлиняется причислением к нему поверстного срока (одни сутки на каждые 50 верст по обыкновенным дорогам и 300 верст по железным). — Таковы действия сторон, и способность совершать их называется *процессуальной дееспособностью*. Сенат признает ее за лицами, достигшими 17 лет (79/118, 73/1355), а за расточителями и несостоятельными лишь в отношении преимущественно личных прав. — Вообще действия сторон, м. б. совершаемы посредством *представителей*, как *законных* (опекунов, попечителей, конкурсных управлений и даже в нетерпящих отлагательства случаях (95/96) родителей малолетних), так и *добровольных*, за исключением присяги, узаконения (профессиональных поверенных, соучастников, супругов, родителей, детей, и лиц, заведующих делами или имениями тяжущихся, ст. 389). В *ст. 246* подробно перечислены лица, кои не могут вести чужое дело, в частности, — учащиеся, и даже высших учебных заведений, разве они ходатайствуют своих родителей, жен и детей, монахи и т. д. Для ведения дела необходимо полномочия, но если полномочия нет, а лицо все же вело процесс, то действия такого уполномоченного без доверенности будут все же правильными, если он до решения первой инстанции предоставит доверенность (92/93).

III. В *заключении*, необходимо заметить, что ведения дела требует расходов. Они слагаются из *судебных издержек*: гербового сбора, канцелярских пошлин, сбора по производству дела и судебных пошлин. Последние в размере 1 % (ныне 2 %) достигают большой суммы в значительных исках (в исках же, подлежащих оценке, до 300 руб.). В мировых и судебно-административных учреждениях вместо гербового сбора и канцелярской пошлины изымается особый сбор с бумаги (10 коп., ныне 20 коп. с каждой подаваемой бумаги). В половинном раз-

мере с пошлины и сбором с бумаги оплачиваются просьбы в порядке понудительного исполнения. И лишь в волостных судах издержки (кроме прибалтийских) вовсе не изымаются. Но кроме судебных издержек проигравшая сторона несет расходы в виде *вознаграждения* другой стороны (по ее *просьбе*) за *ведение дела* (в определенном %, в зависимости от величины суммы — по таксе). Неудивительно, что государство, освобождает неимущих людей от уплаты судебных издержек, именно, рабочих и служащих, потерпевших от несчастных случаев и лиц, за которыми признают *право бедности*. Местные судьи признают право бедности прямо на основании предоставленных тяжущимся сведений; окружные суды лишь по официальным удостоверениям, выданным начальством лица или местным судьей. Издержки по производству дела вносятся казной и взыскиваются впоследствии, если пользующийся правом бедности проиграл процесс. Точно также выигравшая дело сторона в праве взыскать с него судебные издержки и за ведения дела. — Итак, процесс, — практически деятельность суда и сторон, теоретически юридическое отношения, нередко является для сторон в тоже время дорогим удовольствием, своего рода контрибуцией.

СПРАВЕДЛИВОСТЬ, В ЧАСТНОСТИ ПРАВОВАЯ (ЛАТВИЙСКОЕ ГРАЖДАНСКОЕ УЛОЖЕНИЕ)[1]

(упорядник Р. Неколяк)

§ 1. Общее понятие о справедливости.

1. Под разными названиями понятие справедливости известно всем народам, начиная с глубокой древности и до нашего времени.

При этом, само понятие о объективной справедливости нередко смешивают с теми субъективными переживаниями какой-то обиды, наносимой обиженному другим человеком вопреки здравому смыслу обиженного. На самом же деле справедливость в объективном смысле предполагает здравый смысл вообще всех людей, всеобщую очевидность. Это последнее и есть первый существенный элемент или признак справедливости.

Вторым признаком справедливости является присущность её каждому человеку по самой человеческой природе. Эта имманентность предполагает далее вечность существования справедливости т.е. пока существует человек (третий признак). Она самостоятельна и поэтому не коренится ни в религии, ни в этике, ни в эстетике, ни в праве, а существует сама по себе (четвертый признак). Религия, право и всё остальное лишь помогают самосуществованию справедливости в её реализации.

Пятый существенный признак наиболее характерный, это то, что справедливость, как очевидность и неотъемлемое свойство человека, вечное самосуществующее, применяется к каждому человеку, в противном случае она будет справедливостью какой-либо группы людей, класса, нации и т.д., но не справедливостью общечеловеческий, т.е. общей (общность).

Шестой признак объективной справедливости это то, что она, в случае её нарушения, неизбежно вызывает реакцию, своего рода имманентную же санкцию в смысле восстановления нарушенной справедливости как усилиями самого обиженного, так и других, которые реализуют в своей жизни справедливость. Отсюда борьба за справедливость в её реализации предполагает, следовательно, возможность несправедливости, причём борьба с несправедливостью, по убеждению людей, должна торжествовать. Это неизбежное торжество справедливости и есть последний седьмой признак в её понимании.

В итоге констатирования существенных признаков справедливости можно

---

[1] Друкується за: В. Синайский. Справедливость, въ частности правовая (Латвійское Гражданское Уложеніе) // Вестникъ русского юридического общества «ЗАКОНЪ И СУДЪ». 1938. №2 (82). – С. 3881–3888; № 3 (83). – С. 3925–3932. Роман Неколяк – аспірант відділу проблем державного управління та адміністративного права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України.

теперь попытаться дать и само понятие справедливости в виде следующего определения.

Справедливость есть нечто для всех очевидное, как основанное на здравом смысле людей, и поэтому им присущее (имманентное), самостоятельное, применяемое ко всем, вследствие этого защищаемое всеми, как начало социальной жизни, в конечном итоге торжествующее над её отрицанием – несправедливостью.

Несправедливость же это то, что применяется как ложная очевидность не ко всем людям, а только к отдельным или к каким либо группам и поэтому не имеющая общечеловеческой санкции и конечного торжества, как историческое явление, не имманентное свойство человека.

2. Переходя далее к рассмотрению справедливости в социологическом разрезе, т.е. к фактам жизни человека, мы в этом аспекте должны различать: a) акт справедливый и b) акт несправедливый.

Первый соответствует указанному понятию справедливости, второй ей не соответствует, будучи противосправедливым.

Общей санкцией справедливого акта есть похвала, одобрение всех людей или большинства, второго – порицание, осуждение.

Эта санкция есть, однако, этическая или моральная. Если порицание или осуждение влечет за собой какие-либо действия (бойкот, исключение из социальных групп или даже меры принуждения, основанные на праве частном, публичном, международном или даже прямо на силе (война и т.д.), то такое осуждение приобретает значение реализованного в жизни осуждения.

Само осуждение может расцениваться различным образом: a) то как наказание несправедливо поступающего b) то как мера его исправления, побуждающая быть справедливым, дабы в будущем избежать неприятных ему последствий осуждения.

Точно так же осуждение может выражаться организованно, в виде каких-либо своего рода трибуналов (учреждений), или неорганизованно, стихийно, например – объявленный бойкот.

Интересно и важно далее отметить, что в социальной жизни справедливость, как имманентное начало человека, укрепляет не только право, этику, эстетику, религию, но и является скрытой основой всех этих институтов.

3.Мы здесь для примера остановимся, прежде всего, на праве.

Все кодексы в той или иной мере предполагаю справедливость, как свою основу.

Некоторые из них в качестве принципа или основного начала прямо говорят о справедливости.

Так неформальное римское право характеризуется прямо тем, что оно основано на справедливости, называемой aequitas.[1] Самое это право называют

[1] См. у меня Latviešu konversācijas Vārdnīca

справедливым, противопоставляя его праву формальному, которое вследствие своей формальности (групповых социальных перегородок) или предпочтения существа форм, лишено общечеловеческой справедливости. Английское право различает также общий закон и справедливое право.

Но не редко слово «справедливость» заменяется другими словами: чаще всего упоминаются добрая совесть (моральная основа), добрая вера (правовая оборотная справедливости).

Статья первая нового Латвийского Гражданского Уложения говорит о доброй вере (labticiba) как об основном начале поведения людей на территории действия данного кодекса. Понятие справедливости выражают косвенно также началом совести самих судей, применяющих право. Нередко понятие справедливости выражается также в воле соблюдения добрых нравов, как отражение указанного понятия и даже в общем публичном порядке, как начало права (t'odre publik в французском праве).

В религии понятие о справедливости выражено в понятии о самом Боге, как справедливо карающем людей в целях их исправления за их несправедливое отношение к ближним. Этика исключает понятие несправедливости, так как этика, как требование, обращённое к самому себе, не может быть иной в обращении к другому человеку. Что этично для одного, то этично для всех. Эстетика, с первого взгляда, как бы стоит дальше от справедливости, но всё несправедливое – безобразно, некрасиво, искажает лицо человека, не эстетично. Всё изложенное – общие предпосылки для ближайшего рассмотрения вопроса о справедливости в праве.

§ 2. Справедливость в праве.

1. Практически римляне определили право, как искусство доброго и справедливого.[1]

Понятие искусство (ars) здесь употреблено в смысле практического искусства осуществления права в жизни или реализации в нём всего доброго, справедливого через нормы права, путём искусного их применения. Римская юриспруденция дала блестящие примеры такого искусства в своих бессмертных произведениях.

При этом само понятие эквитас (справедливость) было не только принципом развития нового (неформального) римского права, но и источником права в смысле объективной справедливости в противоположность субъективной, т.е. присущей отдельному гражданину в его личном понимании справедливости, которой он руководствуется в своей деятельности. В сущности римская объективная справедливость была справедливостью среднего человека и в этом отношении, в отдельных случаях, она оказывалась несправедливостью в от-

[1] Ars boni et aequi

ношении человека, не подходящего под этот средний масштаб. В русской литературе было обращено на это внимание Покровским.

Под влиянием греческой философии, которая, в частности, занималась проблемой справедливости, римляне попытались формулировать понятие справедливости; каждому воздать своё.[1]

Это понимание, очевидно, исходило из мысли, что справедливость не может быть определена, как нечто абстрактное, применяемое в этой абстракции к каждому человеку, кто бы он ни был. Она должна исходить из конкретного представления о человеке: кто что заслужил, тот и должен получить заслуженное.

Швейцарский кодекс прямо говорит о справедливости, как источнике права, ограничивая однако его применение теми случаями: a) когда судье представлено в самом законе право решить какое либо дело по его усмотрению или b) когда на него возложена обязанность рассмотреть как сами обстоятельства дела, так и справедливые мотивы (ст.4).

Французский текст в этом законе прямо говорит о правилах не только права, но и о правилах справедливости[2], чем, очевидно, подчёркивается справедливость, как объективное право (объективная справедливость).

Однако, так как принимаются во внимание особые обстоятельства и мотивы, то ясно, что применение правил общей справедливости, тем самым не исключает учёта конкретной справедливости, как одного из правил общей справедливости. Указанное включение конкретной справедливости в правила объективной справедливости, чрезвычайно характерно, как попытка синтезировать конкретную (субъективную) справедливость с общей, объективной.

Этот синтез применим в некоторой степени к доброй совести или доброй вере, как одному из видов всё той же справедливости. В этом отношении постановления швейцарского кодекса чрезвычайно интересны.

Статья 2-я швейцарского кодекса говорит: каждый должен осуществлять свои права и выполнять свои обязательства согласно правилам доброй веры. В этой норме подчеркиваются два момента; субъективный (каждый) и объективный (правила доброй веры).

При этом второй пункт той же статьи даёт косвенное пояснение, что конкретная добрая вера зиждется на конкретном обосновании – не злоупотребление правом (abus, Missbrauch), что не может пользоваться защитой закона.

В данном случае речь идёт о том, что формально человек правильно пользуется своим правом, однако, такое пользование имеет своей целью пренебречь справедливостью в форме регулируемой правом что и ведёт к злоупотреблению правом, нарушению доброй веры (вид справедливости). Право предоставлено

---

[1] Suum cuique; alterum non leadere

[2] le juge applique les règles du droit et de l'équité lorsque la loi ré-erve son pouvoir d'ap irécialion ou qu'el!e le eharge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, sont de justes motifs (art, 4).

каждому не для того, чтобы им злоупотреблять, употребить во зло, а для того, чтобы охранять справедливые интересы каждого лица.

Самая справедливость, лежащая в основе закона, скрыта в нём под видом его духа (esprit, Auslegung) его нормы (ст.1). Независимо от всего этого швейцарский кодекс постановляет, что там где закон связывает правовое действие с доброй верой, там существование доброй веры у лица предполагается (ст.3, немецкий текст). Таким образом, речь идёт о доброй вере каждого лица, как предпосылке организации правовой жизни, не требующей доказательства. Это, в сущности, совершенно правильно, ибо, как было уже замечено, исключение конкретной доброй веры у лица было бы нарушением начала справедливости, понимаемой в объективном смысле.

2. Данный анализ вышеуказанных статей Швейцарского кодекса заслуживает особого внимания для понимания соответствующих постановлений нового Латвийского кодекса тем более, что постановления последнего в общем воспроизводят некоторые из постановлений Швейцарского кодекса.

Так статья первая в сравнении со ст.2 Швейцарского кодекса гласит:

Ст.1 Латвийского кодекса	Ст.2 Швейцарского кодекса
Tiesibas izlietojamas un pienakumi pildami pêc labas ticības (ст.1)	Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi (ст.2 п.1)

В переводе латышский текст таков: права должны быть использываемы и обязанности должны быть исполняемы по доброй вере. Немецкий текст Швейцарского кодекса заменяет (в той же статье 2 п.1) термин добрая вера двумя словами: Treu und Glauden.

В немецкой практике и литературе указанные два термина имеют различные толкования. В общем же практика склонилась к объективному пониманию Верности и Веры, что соответствует в переводе выражению французского текста данной статьи: правила доброй веры. Последнее выражение правила показывает, что мы имеем дело с некоторой нормативностью, что предполагает объективную веру (Treu). Однако верность в её историческом развитии, всё же указывает на формальное право, в этом смысле объективное, тогда как вера на конкретную веру (субъективную).

Латвийский текст не решает вопроса прямо: следует ли в ст.1 под доброй верой понимать её правила, т.е. объективную веру, как источник права, или субъективную.

Безусловно данный вопрос, создающий неясность в понимании ст. 1 Латвийского кодекса не может быть решен отсылкой к Швейцарскому кодексу, так как такое толкование противоречит основному требованию: истолковывать законы так, как они даны, а не так как хотел его формулировать законодатель и не выразил по какой-либо причине ясно своего намерения. Поэтому и данное

сопоставление ст.1 Латвийского нового кодекса со ст.2 Швейцарского кодекса не может послужить основанием для истолкования ст.1.

Буквальный смысл ст.1 сам по себе действительно не совсем ясен: о какой же доброй вере идет речь: о конкретной, субъективной, т.е. в каждом случае для данного лица, или об общей, объективной, независимой от доброй веры данного лица. Различие в понимании здесь очень значительно; так, например, данное лицо поступило по своей доброй вере, ему присущей, но его добрая вера не совпадает с объективной доброй верой. В силу этого несоответствия данное лицо будет считать, что справедливость в отношении его нарушена.

Такое расхождение конкретной и объективной доброй веры, как частного случая проявления справедливости, известно в науке, праве и практике.

В литературе имеется теория, оправдывающая это расхождение в интересах оборота (объективная добрая вера), но такое оправдание всё же рассматривается как исключение (в интересах самого оборота) и поэтому основной принцип конкретной справедливости всё же признается.

Статья первая Латвийского кодекса, согласно общему смыслу всего закона, который не может игнорировать этот общий принцип, должна поэтому быть истолкована в смысле конкретной доброй веры, а не объективной. Там где закон не делает исключения в интересах оборота, судья обязан поэтому соблюсти общий принцип закона о конкретной справедливости и, это тем более, что и вся теория обязательственного права, выработанная римскими юристами, принятая в общем пандектистами и сохраненная в новом Латвийском кодексе, построена на начале конкретной справедливости (доброй совести), в противоположность формальному римскому праву, как квиритскому. В частности, и вина, как неосторожность, различается как конкретная вина (c. in concreto) и средняя, объективная (c. levis).

По-видимому, применение данной статьи на практике или приведет к тому, что суд последует за германской практикой в понимании им объективной доброй веры или ограничится различением интересов оборота, как исключением (в применении объективной доброй веры), сохранив, таким образом, общий принцип конкретной доброй веры и вообще справедливости.

В частности, обращаясь далее к ст.3 Швейцарского кодекса (п.2), необходимо отметить, что добрая вера определяется масштабом известного внимания, именно:

Никто не может ссылаясь на свою добрую веру, если она не учитывает того внимания, которое требовалось обстоятельствами. Это постановление прямо говорит о синтезе конкретной и объективной доброй веры.

3. Но новый гражданский кодекс Латвии говорит и прямо о справедливости в ст.5. Для того чтобы лучше понять её основную идею сравним прежде всего статью 5-ую с соответствующей статьёй 4-ой Швейцарского кодекса:

Ст.5 Латвийского кодекса Kad lieta jaizskir pēc tiesas ieskata vai atkariba no svarigiem iemes- liem tad tiesnesim ja spriez pec taisnibas apzinas un vispārīgiem tiesību principiem.	Ст.4 Швейцарского кодекса Le juge applique les règles du droit et de l équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle lé charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.

В переводе на русский язык латышский текст гласит: когда дело должно быть разрешено на основании судейского усмотрения или в зависимости от важных обстоятельств, тогда судья должен разрешать по сознанию справедливости или по общим принципам права.

С точки зрения будущей практики возникает прежде всего вопрос о применимости данной (4) статьи Швейцарский кодекс не оставляет сомнения в том, что право судейского усмотрения осуществляется лишь тогда, когда в самом (отдельном) законе предоставлено это право (ст.4).

В статье же пятой Латвийского кодекса говорится: когда дело должно быть разрешено на основании судейского усмотрения, но когда именно остается неясным. Именно тогда ли, когда закон в отдельных случаях предоставляет судье это право, тогда ли, когда сам судья найдёт, что это дело должно быть рассматриваемо по его усмотрению. По-видимому, всё же эту неясность закона следует истолковывать в смысле первом, т.е. ограниченности применения судейского усмотрения случаями, указанными прямо в самом законе и, тем более, что в некоторых статьях кодекса такие указания даны.

Далее Швейцарский кодекс формулирует обязанность судьи произносить своё решение, учитывая как обстоятельства, так и справедливые мотивы. В Латвийском же кодексе речь идёт только о важных обстоятельствах. И, наконец, самое главное, Латвийский кодекс говорит о судейском усмотрении, ограничивая это усмотрение сознанием справедливости и общими принципами права, тогда как Швейцарский кодекс говорит о правилах права и справедливости.

Указанное различие двух статей двух кодексов очень существенно с точки зрения справедливости. Согласно ст.4-ой право сформулировано, как право применения нормы права или правило справедливости, что предполагает не только объективное право справедливости, но и связь его с нормами права. В статье 5-ой идёт речь просто о сознании справедливости, что, по-видимому, предполагает субъективную справедливость и общие принципы права.

Указанное расхождение станет понятнее. Если принять во внимание ещё одну статью Швейцарского кодекса и, именно, первую в пунктах втором и третьем.

A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établi-rait s'il avait à

faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées sur la doctrine et la jurisprudence (ст.1, п.2 и 3).

Выражения доктрина (наука) соответствует до некоторой степени в Латвийском кодексе (ст.5) общим принципам права.

Из сопоставленных двух статей Швейцарского кодекса (ст.1 и 4) со ст. 5 Латвийского кодекса следует, что последняя (5-ая) средактирована в виде синтеза статей 1 и 4-ой Швейцарского кодекса.

Кроме того, в ст. 5 Латвийского кодекса не говорится совсем о предыдущей практике (юриспруденция ст.1 Швейцарского кодекса). Поэтому возникает вопрос, поскольку же Латвийский судья обязан в случае применения ст.5 считаться с практикой.

Всё изложенное в общем показывает, что надо и в праве различать два вида справедливости: объективную и субъективную. Практически различие состоит в том, что первая предполагает своего рода правила справедливости нечто статическое, тогда как вторая находится в стадии ещё выявления этих правил, в состоянии, так сказать, динамическом. По - видимому, Латвийский кодекс придерживается второго вида справедливости, с чем согласуется и то, что судебная практика сама по себе не определяет понятие справедливости, хотя она и предполагает некоторые правила. В связи с этим сама субъективная справедливость, имея своим источником судебное усмотрение, выявляется через судей в их понимании справедливости, реализуемой в жизни. Наконец, совершенно ясно, что и объективная правовая справедливость отличается от той объективной истинной справедливости вообще, о чем шла речь в первом параграфе.

§ 3. Классификация видов справедливости.

Основываясь на всём, что выше изложено, мы можем теперь попытаться дать виды справедливости (классификацию), чтобы получить наибольшую ясность в указанном вопросе.

1. Прежде всего, надо различать общее понятие о справедливости, как общечеловеческой, и в этом смысле объективной, присущей каждому человеку.

Эту основную общечеловеческую справедливость, и в этом смысле объективную, необходимо противополагать той же справедливости, как человеческой в субъективном смысле, т.е. присущей конкретным людям, которая поэтому может и не совпадать с объективной, общечеловеческой справедливостью. В этом же смысле субъективной справедливости можно говорить и о групповой справедливости (социальной, народной, политической). С той лишь разницей, что групповая справедливость объективируется в данной группе и лишь субъективна с точки зрения общечеловеческой справедливости.

2. Вторую группу видов справедливости составляет историческая справедливость, под которой следует понимать справедливость, уже реализованную

в человеческой жизни (в истории). Историческая справедливость делится на виды в зависимости от её оснований: она может быть религиозно-исторической, этико-исторической, юридико-исторической и т.д.

3. В частности с точки зрения правовой или юридической справедливости необходимо также различать её подвиды:

а) справедливость, как объективное право, т.е. как уже некоторые юридические нормы (источники права и б) справедливость в её реализации, создании норм справедливости. Последняя слагаясь в исторических условиях, носит на себе печать своего времени в социальном строении жизни и более или менее приближается к общечеловеческой справедливости. Чаще всего органом такого её выяснения оказывается суд с его усмотрением, или его же сознанием справедливости. Там же, где действует сам народ, как судья (в древности, там справедливость является в результате народного её сознания).

Далее, с точки зрения самой формы (формального права) необходимо различать а) формальную и б) неформальную справедливость.

Первая означает, что форма имеет приоритет над содержанием справедливости. Формальная справедливость дается в пределах самого формального права. Ею была, например в Риме, квиритская справедливость. Понятно, что она обыкновенно действует в виде уже правил справедливости (в данном случае, квиритской).

Напротив вторая – неформальная справедливость (преторское право в Риме по преимуществу) находится обыкновенно в стадии возникновения и развития, определяемых субъективным сознанием органов ласти (напр., претора). Но и эта неформальная справедливость всё же исходит из общего исторического построения жизни, своего времени, и в этом смысле, не лишена объективной исторической справедливости. Поэтому, как было уже замечено, частное международное право (jus gentium), как римское новое Гражданское Право, основанное на эквитас, было в указанном смысле объективным правом в своем правовом основании.

Далее, и юридико-историческая справедливость, определяемая своим содержанием (материальная справедливость), различается в зависимости от степени культуры того или иного народа. Поэтому историческая справедливость, в материальном её понимании, весьма многообразна и знает свои ступени, последовательно приводящие к более высокому пониманию справедливости. Не рассматривая здесь ступеней материальной справедливости, можно отметить лишь два её основных типа:

а) центростремительный и

б) центробежный.

Первый – замкнутый, центром его является исторический человек в той или другой группировке. Второй – открытый. В деле национализации последний является наиболее успешным, распространяя национальную справедливость и на чужих, входящих территориально в общую национальную группу.

Указанное деление на два типа применимо к отдельному человеку в области реализации общечеловеческой справедливости.

4. От справедливости в её подлинной сущности, необходимо отличать особую группу видов справедливости, так сказать, прикрывающих несправедливость. Историческая действительность даёт много примеров этой мнимой псевдо справедливости.

Для наиболее успешного достижения своих целей, в сущности далёких от справедливости, подыскиваются те или иные объяснения, с первого взгляда справедливые. В этом отношении в особенности характерны войны, которые для каждой из воюющих сторон представляются ведущимися во имя справедливости. Иногда, в наше время в особенности, войны ведуться без объявления войны во имя же справедливости, которая не совпадает с истинным её пониманием, как общечеловеческой.

5. Этическая справедливость, о чем было упомянуто выше, имеет своим основанием этику. Но этика в истинном её понимании далеко не совпадает с исторической этикой (материальной также). Поэтому, в частности, добрые нравы есть понятие относительное и в этом смысле историческое. Причем в каждой такой этической группе имеется своё большинство и меньшинство, вследствие чего самые добрые нравы находятся нередко в коллизии между этими двумя делениями одной и той же группы. С точки зрения содержания этики (исторической) необходимо поэтому различать этику большинства и этику меньшинства, что определяется различной степенью их культурности, т.е. более или менее повышенного чувства этичного. Как показывает само название: этическая справедливость, здесь речь идет лишь об этическом основании справедливости и, в этом смысле, она является производной (несамостоятельной), также, как и правовая справедливость.

6. Религиозная справедливость имеет своё основание в религии, т.е. в её критерии божества. Но само то или другое божество у разных народов антропоморфно и потому оно отражает человеческую историческую справедливость в самом божестве. Национальные божества имеют поэтому и свою религиозную справедливость. Однако, оставляя в стороне историческую религиозную справедливость, необходимо всё же иметь в виду, что общечеловеческие религии реализуют и общечеловеческую справедливость (христианство, буддизм и др.).

7. Об эстетической справедливости было уже упомянуто выше, её основанием служит красота самой справедливости, как мерила человеческого поведения, миросозерцания и мироощущения. И здесь эта справедливость есть производная, несамостоятельная, т.к. основывается на эстетике. Историческое понимания эстетики и здесь определяет содержание и исторические виды эстетической справедливости.

8. Имеются смешанные виды справедливости (в историческом разрезе), в зависимости от смещения с производных оснований права, религии, этики.

Эстетики. Но по мере того, как эти области отделяются друг от друга, в той же мере и сама справедливость получает своё самостоятельное существование. Поэтому, наряду с религией, этикой, эстетикой и правом, как человеческими ценностями, становится сама справедливость, основанная на самой себе, как своего рода ипостась человека.

§ 4. Заключение.

Из предыдущего параграфа в особенности следует, что справедливость есть самостоятельная плоскость или атмосфера человеческой жизни. Поэтому, несмотря на то, что исторически она была скрыта в других атмосферах (религиозной, этической, правовой и эстетической), она всё более и более, в особенности в наше время, приобретает самостоятельное значение как общечеловеческой, т.е. присущей человеку силы в определении места человека на земле, его культуры, организации его духа.

Имеются разные науки: о праве, религии, этике, эстетике, но должна возникнуть ещё одна наука о справедливости, такой главный вывод из всего нами рассмотренного.

Эмансипация справедливости от исторических её видов, есть наиболее знаменательный этап в современной человеческой жизни.

Наше время всё чаще и чаще выдвигает справедливость в её истинном понимании, в том понятии, определение которого дано вышеуказанными семью существенными признаками.

Всевозможные технические изобретения нашей технической эпохи сближают человечество и этим путём, через сближение человеческих интересов, чувств и дум, открывают путь к новой науке о справедливости в истинном её понимании. Это та проблема, которая ныне поставлена перед всем человечеством, всё более и более исторически объединяющимся, и её разрешение, в историческом масштабе, наиболее ответственная и прекрасная задача уже нашего времени.

На пути создания науки о справедливости долгое время стояли всевозможные исторические перегородки и в связи с этим производность и самой исторической справедливости. Ныне постепенно мелкие перегородки отпадают и открывается таким образом дорога для торжественного въезда исторической справедливости, и именно той, которая является и общечеловеческой справедливостью.

Практически это означает, что санкция справедливости становится также общечеловеческой, и эта санкция приобретает таким образом всё большую и большую силу.

Распространен взгляд, что сила есть как бы неизбежное основание водворения в жизнь народов ценностей (религиозных, этических, в особенности правовых и т.д.). Но при этом смешивается понятие ценности и её реализации.

Ценность в подлинном смысле реализуется только тогда, когда она входит в плоть и кровь людей. С этой точки зрения реализация через физическую силу есть только исторический суррогат навязывания какой-либо ценности сильным более слабому.

Общечеловеческая сила справедливости выражается в её присущности человеческой природе, и в этой присущей внутренней силе и лежит торжество всякой ценности, в том числе и справедливости.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ПРОФЕСОРА ВАСИЛЯ СИНАЙСЬКОГО[12]

1907

1. Подушный надел в древнем Риме. – Юрьев, 1907. – 66 с.

1908

2. Очерки по истории землевладения и права в древнем Риме. – Вып. 1. Усадебный надел и общинное землевладение в представлениях писателей римской древности. – Юрьев, 1908. – XVIII, 210, 66 с.

1910

3. Личное и имущественное положение замужней женщины в гражданском праве. // Ученые записки императорского Юрьевского университета. – Юрьев, 1910. – № 10–12; 1911. – № 1. – 352 с.

1911

4. Необходимо ли нам спешить с изданием гражданского уложения и можем ли мы создать его в настоящее время. – Варшава, 1911. – 29 с.
5. История источников римского права. – Варшава, 1911. – 207 с.
6. История римского государственного права в кратком и систематическом изложении. – Варшава: издательство студентов. – 1911. – 87, 5 с.

1912

7. Памяти Евгения Вячеславовича Пасека // Юридическая библиография. – 1912. – Т. 6. – № 1/2. – С. 56–57.
8. Русское гражданское право. (Пособие к изучению Т. X. ч. 1. и сенатской практики). – К., 1912. – 427 с.

---

[1] Бібліографію упорядкував ст. наук. співробітник відділу історико-правових досліджень Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України кандидат юридичних наук *Олександр Малишев.*

[2] Наукова спадщина В. І. Синайського є численною і багатогранною, розпорошеною географічно, що відображає складний життєвий і творчий шлях науковця. Найповніша бібліографія професора була видана одним з його учнів і колег: *Pavars A.* Professoris atque juris Doctoris Basilii Sinaiskis Opera (1907–1938). – Rīga, Valters un Rapa, 1939. Це видання, яке включає понад 500 назв творів, на жаль поки що для нас недоступне. Слід зазначити, що до представленої нами бібліографії не увійшли 252 статті В. І. Синайського у Латвійській енциклопедії (Latviešu konversācijas vārdnīca), яка виходила в Ризі у 1927–1940 рр. Крім того, вченим було опубліковано приблизно півсотні рецензій на різні наукові праці, з яких нам вдалося відшукати лише п'ять. Немає відомостей про публікації останніх 9-ти років життя науковця. З опису фонду В. І. Синайського в Тартуській університетській бібліотеці відомо, що в цей період вчений чимало уваги приділяв дослідженню рунічного письма. Результати цих праць як і чимало інших творів В. І. Синайського, рукописи яких зберігаються в різних країнах, зокрема в Україні, ще чекають на публікацію. При укладанні цієї бібліографії використано люб'язно надані матеріали наукових розвідок І. Б. Усенко та Л. В. Міхневич, щодо київського періоду в творчості В. І. Синайського. Окрема вдячність Є. В. Ромінському за консультації та допомогу в підготовці тексту.

1913

9. Очерки по истории землевладения и права в древнем Риме. – Вып. II – V. – К., 1913. – IX+1+350 с. // Университетские Известия – К., 1913.
10. Die Grundverteilung nach der Zahl der Männer // Studien, Bd. II. Kiev, 1913.
11. So gen. Geschlechtsorganisation der ursprünglichen Gemeinde // Studien, Bd. III. Kiev, 1913.
12. Die Erbschaftsgrunde der Hausangehörigen und die Frage des Familieneigentums // Studien, Bd. III. Kiev, 1913.

1914

13. Русское гражданское право. (Общая часть и вещное право) – Вып. 1. – К., 1914. – 331 с.
14. Первые страницы русского законопроекта обязательного права в сравнении с германским и швейцарским уложением // Юридический Вестник. – 1914. – Кн. V (I). – С. 217–252.
15. Программа по русскому гражданскому праву. (Обязательное, семейное и наследственное право). – К., 1914. – 9 с.
16. Профессор В. Г. Демченко как ученый (1831–1914 г.) // Юридические Известия. – 1914. – № 7. – С. 287–290.
17. *Рец.:* Таль Л. С. Трудовой договор. // Юридическая библиография за 1914 г.
18. *Рец.:* Митилино М. И. Право застройки // Киевские университетские известия. – К., 1914.

1915

19. Программа по русскому гражданскому праву. (Составленная применительно к официальной программе Испытательной комиссии при Университете Св. Владимира) – К., 1915. – 15 с.
20. Древнеримская община в сравнении с казачьей общиной. – Вып.VI. VI очерк из истории землевладения и права в древнем Риме, с приложением материалов по истории казачества. – К., 1915. – VI+2+140+81+1 с.
21. Труды цивилистического студенческого кружка при ун-те св. Владимира / Под ред. *В. И. Синайского*. – Вып. 1. – К., 1915; Вып. 2. – К., 1916; Вып. 3. – К., 1917.
22. [Стаття присвячена цивілістичному студентському гуртку при ун-ті св. Володимира] // Труды цивилист. Студенческого кружка при ун-те св. Владимира. – Вып. 1. – К., 1915.
23. Изменения договора и расчетная книжка, как форма договора найма рабочих на фабрики и заводы (Решение 1912 г. № 1 по иску Федора Полякова к акционерному обществу нефтепромышленных заводов «В. Ропсъ и Ко», в сумме 204 руб. 60 коп. с % недополученной заработной платы) // Труды Киевского юридического общества состоящего при Императорском Университете св. Владимира за 1911, 1912, 1913 и 1914 гг. – К., 1915. – С. 119–124.
24. Юридическая загадка. (К вопросу о спецификации) // Труды Киевского

юридического общества, состоящего при Императорском Университете Св. Владимира за 1911, 1912, 1913 и 1914 г. – К., 1915. – С. 125–135.

25. Памяти Петра Павловича Цитовича. (1844–1913 г.) // Труды Киевского юридического общества, состоящего при Императорском Университете Св. Владимира. – К., 1915. – С. 243–249.
26. Договор предпринимательского союза (синдиката-треста) // Памяти Габриэля Феликсовича Шершеневича: Сборник статей по гражданскому и торговому праву. – М., 1915. – С. 1–13.
27. Война и особые завещания. – М., 1915. – 24 с.
28. Русское гражданское право. (Обязательное, семейное и наследственное право) – Вып. 2. – К., 1915. – 451 с.

1916

29. [Стаття присвячена цивілістичному студентському гуртку при ун-ті св. Володимира] // Труды цивилист. Студенческого кружка при ун-те Св. Владимира. – Вып.2. – К., 1916.
30. Война и право завещания // Вестник Права. – 1916. – № 4. – С. 97–99.
31. «Возмездная виндикация» в нашем праве и проекте // Вестник права. – 1916. – № 26. – С. 617–620.
32. «Законная» доля алиментов жены на жалованье мужа // Вестник права. – 1916. – № 51/52. – С. 1239–1242.
33. Программа по русскому гражданскому процессу. – Саратов, 1916.
34. Лекции по русскому гражданскому процессу (Чит. в 1915/16 г. в Киевск. коммерч. ин-те). – Саратов, 1916. – 82 с.
35. Эвакуация в современном русском праве. // Юридический Вестник. – М., 1916. – Кн. XIV (II). – С. 41–73.
36. *Рец.:* Нольде А. Э. Очерки по истории кодификации местных гражданских законов при графе Сперанском. // Юридический Вестник. – 1916 (XIII). – С. 203.

1917

37. Косвенное опровержение свидетельскими показаниями содержания письменных актов // Вестник права. – 1917. – № 16. – С. 319–323.
38. Русское гражданское право. (Общая часть. Вещное право. Авторское право). – 2-е изд., испр. и доп. – Вып. 1. – К., 1917. – 300 (258) с.

1918

39. Русское гражданское право. (Обязательное, семейное и наследственное право) – 2-е изд., испр. и доп. – Вып. 2. – К., 1918. – 300 с.

1919

40. Практическое пособие для усвоения гражданского права по таблицам (С прил. 5-ти табл. по крестьянск. праву, сост. В. И. Бошко). – К., 1919. – 72 с.

1923

41. La cité quiritaire: (De l´origine de l´histoire agraire, de l´histoire du droit de

la Rome ancienne et de ses institutions religieuses et querrières) // Publications de l´Universite Latvienne Acta Universitatis Latviensis. – VII. – Riga, 1923. – 70 p.

1924

42. La cité populaire considérée au point de vue de la cité quiritaire: De l´origine de l´histoire agraire, de l´histoire du droit de la Rome ancienne et de ses institutions religieuses et guerrières // Publications de l´Université Latvienne Acta Universitatis Latviensis. – X. – Riga, 1924.– 114 p., 2 f. cartes.

1925

43. Chronologie et historiographie de Rome dans leurs rapports mutuels: l´origine des sources historiques et juridiques du cités: quiritaire et populaire // Publications de l´Universite Latvienne Acta Universitatis Latviensis. – XII. – Riga, 1925. – 80 p.

1926

44. Синайский В.И. Основы гражданского права в связи с ч. III Свода Узаконений, действующих в Латвии и Эстонии. – В 2 т. – Рига, 1926, 1931.
45. Les XII tables au point de vue de la chronologie de Rome, de son droit et de son calendrier. Riga, 1926. – 145 p.

1927

46. Romulus et Jésus-Christ. // Epistolae et logistorici. – № 1. – Riga, 1926. – 16 p.
47. Über das zehnmonatliche Jahr und die chronologische Methode // Epistolae et logistorici. – № 6/7. – Riga, 1927. – 28 S.

1928

48. Rome et son droit théoeratique et laïque considéré au point de vue de la mythologie, de l'historiographie et de l'histoire. Riga, 1928. – 167 p.
49. Latviešu poētiskie dabas vērojumi // Latvju Tautas Dainas. Rīga, 1928. – I. sējums.
50. Организационные нормы гражданского права. // Tieslietu Ministrijas Vēstnesis. – 1928. – № 7/8. – 209.–218. lpp.; № 10/11. – 324.–336. lpp. ; № 12. –415.–424. lpp.
51. Ревизия или Реформа (Заметки к проекту Латвийского Гражданского Уложения) // Jurists. – 1928. – № 1. –3.–6. lpp.
52. Практика и теория // Jurists. – 1928. – № 2. – 33.–36. lpp.
53. Lietderība un noteikumi likumu tulkošanā (Sakarā ar dep. Goldmaņa neaizskaramību) // Jurists. – 1928. – № 3. – 65.–72. lpp.
54. Равенство перед законом и плохой гражданин // Jurists. – 1928. – № 4. – 97.–102. lpp.
55. Неотложное дело для граждан, в особенности для юристов // Jurists. – 1928. – № 5. –129.–132. lpp.
56. Хронологический метод истолкования и согласования источников // Epistolae et logistorici. – № 8. – Riga, 1928 – 16 с.

1929

57. Latvijas Universitāte (Universitātes Satversme) // Jurists. – № 7(14). – 1929. – 196.–200. lpp. – [Латвійський університет (Статут Університету)].
58. Псково-Печерский монастырь : Общий культурно-исторический очерк / Сост. В. Синайский ; Снимки с картин и рис. акад. Сергея Виноградова. — Рига, 1929. – 62 с.
59. Научный комментарий на сенатские решения // Jurists. – 1929. – № 4(11). – 113.–116. lpp.; № 5 (12), 147.–152. lpp.; № 8(15). – 247.–250. lpp.
60. Правовая догма // Jurists. – 1929. – № 6(13). – 171.–174. lpp.
61. Право и семья // Jurists. – 1929. – № 8(15). – 225.–228. lpp.
62. Право и воспитание // Jurists. – 1929. – № 9(16). – 257.–264. lpp.
63. Likumu iztulkošana vispār un civilo sevišķi. [Тлумачення законів загалом і цивільних зокрема]. // Tieslietu Ministrijas Vēstnesis. – 1929. – 7/8. –235.–254. lpp.

1930

64. Abhandlungen zur Theorie und Geschichte des Zivilrechts // LUR (Annales de l'Univ. de Lettonie) T. l. – Riga, 1930.
65. Гражданско-правовое общество // Jurists. – 1930. – № 2(18). – 4.–46. lpp.; № 3(19). – 75.–78. lpp.; № 4(20). – 103.–108. lpp.
66. Launprātiba kā mūsu dsives launums // Jurists. – 1930. – № 4(20). – 97.–100. lpp.
67. Эвикция // Jurists. – 1930. – № 5(21). – 137.–140. lpp.
68. Error // Jurists. – 1930. – № 6(22). – 169.–182. lpp.
69. Fakts un tiesības [Факт і право] // Jurists. – 1930. – № 7(23). – 193.–196. lpp.
70. Patapinājuma līgums sakarā ar reala līgumā dabu sena, Roma un III. dalā // Jurists, 1930. – № 8(24), 237.–240. lpp.
71. Glabājums kā realais līgums romiešu tiesībās un III. dalā. // Jurists. –1930. – № 9(25). – 263.–266. lpp.

1931

72. Памяти Проф. Балодиса // Jurists. – 1931. – № 1(26). – 1.–4. lpp. Динамические нормы в гражданско-правовом обществе // Jurists. – 1931. – № 2(27). –35.–42. lpp.
73. Гражданско-правовое общество как предмет науки гражданского права и его виды // Jurists. – 1931. – № 4(29). – 95.–102. lpp.
74. Juridiskā folklora // Jurists. 1931. № 6/7 (31/32), 8/9 (33/34).
75. *Рец.:* Čakste, K. Nomaksas pirkums Latvijā un ārzemēs. [Чаксте К. Купівля в кредит у Латвії та за кордоном] // Jurists. – 1931. – № 8/9 (33/34).
76. Основы гражданского права. Рига, 1931.
77. Folklore juridique // Acta universitatis Latviensis. – Riga, 1931. – I tomus. – № 4. – p. 553–636.
78. Theorie de la chronologie ancienne civile et naturelle, appliquèe a quelques

institutions historiques, religieuses, juridiques, de folklore et l´historiographie // Epistolae et logistorici. – № 9–11. – Riga, 1931. – 41 p.

79. Народное творчество в его новом понимании как народного знания истинного пути жизни // Родная школа. – 1931. – № 5.

1932

80. Надо ли закрывать двери юристам? // Jurists. – 1932, – № 2(36). – 33.–34. lpp.
81. Право на брак // Jurists. – 1932. – № 3(37). – 71.–76. lpp.
82. Civillikumu revizija vai Latvijas civilkodekss [Ревізія цивільного законодавства або Латвійський цивільний кодекс] // Jurists. – 1932. – № 3(37). – 65.–68. lpp.
83. Situation juridique agraire en Lettonie après la grande guerre // Rivista di Diritto Agrario. – № 4. – Firenze, 1932.
84. Theorie du folklore comme science ancienne // «Annali» del´ Instituto Orientale di Napoli. – Napoli, 1932. – vol. V. – p. 55–197; 1933. – vol. VI. – p. 91–197.
85. Identité des lois et bases chronologiques de l'histoire romaine // Epistolae et logistorici. – № 12–14. – Riga, 1932. – 34 p.
86. *Рец.:* Svabe A. Livonijas senākās bruņinieku tiesības. Teksts un avotu kritika [Швабе А. Право давньо-Лівонських лицарів. Текст і критика джерел] // Tieslietu Ministrijas Vēstnesis. – 1932. – 289 і наст.

1933

87. Fideikomissa fonds // Jurists. – 1933. – № 1(44). – 1.–4. lpp.
88. Теория и практика гражданского права – доклад, прочитанный на 1-м конгрессе юристов // Jurists. – 1933. – № 3(46). – 67.–70. lpp.; № 4/5 (47/48). – 97.–102. lpp.
89. Civillikumu iztulkošanas problēma [Проблема тлумачення цивільних законів] // Jurists. – 1933. – № 6(49). – 161.–164. lpp.
90. Sakrālās tiesības un Latvijas civillikumu kopojums // Jurists. – 1933. – № 7(50), 192.–200. lpp.; № 8/9 (51/52). – 233.–238. lpp.; 1934. – № 1(53). – 7.–14. lpp.
91. Counting as Primordial Base of Human Culture (New Methodology) // Epistolae et Logistorici. – № 15–18. – Riga, 1933, p. 14.
92. Латвийский проект об обручении, о личных и имущественных отношениях супругов и о наследовании их в связи с вопросами общей методологии составления законов // Закон и Суд. – 1933. – № 7(37). – Стб. 1243–1250.
93. Ordre des matièris dans la législation de Justinien // Studi in memoria di Aldo Albertoni. Vol. I. CEDAM. – Padova, 1933. – p. 181–203.

1934

94. Философия русского права // Jurists. – 1934. – № 2(54). –33.–40. lpp.
95. О собственности и о новом законе о найме // Jurists. – 1934. – № 6(58). – 161.–164. lpp.

96. Адопция лиц, находящихся под родительской властью // Jurists. – 1934. – № 7(59), 193.–196. lpp.
97. Юридическая сделка (Negotium), Валютный закон 18 июня 1921 г. // Jurists. – 1934. – № 6/9 (60/61). – 225.–230. lpp.
98. Приобретение имущества через передачу (traditio) // Закон и Суд. – 1934. – № 6(46). – Стб. 1581–1588.

1935

99. Civīltiesības Latvijas vispārējo civiltiesību zinātniskā apstrādājumā. I. Vispārējie civiltiesību pamati (Prolegomena). – Rīga, 1935. – X + 290 lpp.
100. Saimniecības tiesību lietiskās normas // Tieslietu Ministrijas Vēstnesis. – 1935. – № 4. – 657.–743. lpp.
101. Приобретение имущества путем передачи (traditio) // Jurists. – 1935. – № 1(62). – 1.–8. lpp.
102. Mūsu mantojuma tiesības kā tiesību mantot raksturojums // Jurists. – 1935. – № 2(63). – 33.–38. lpp.
103. Servitūtu tiesības savā uzbuvē un pamatprincipos, atškirībā no realnastām // Jurists. – 1935. – № 3/4 (64/65). – 65.–67. lpp.
104. Parsona tiesibās, sakarā ar mācibu par tiesiskām vienibām kā tiesibu subjektiem // Jurists. – 1935. – № 5(66). – 108.–110. lpp.
105. Юридический характер обязательственного права // Jurists. – 1935. – № 6/7 (67/68). – 133.–140. lpp.; № 8/9 (69/70). – 177.–188. lpp.
106. Юридическая сделка (Negotium) и Латвийский валютный закон 14 июня 1921 г., в связи с современной проблемой о золотой или валютной клаузуле // Закон и Суд. – 1935. – № 4(54). – Стб. 1925–1934.

1936

107. «Ex Jure Quiritium». // Studi in Onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento. – Palermo, 1936. – IV. – p. 57–75.
108. Problèmes du droit romain au point de vue du droit Quiritaire (et nouveaux fragments des Institutes de Gaius). Riga, 1936. – 194 p.
109. Situation juridique agraire en Lettonie (Courlande) avant la grande guerre depuis le XIX siècle. (En comparaison avec le droit Romain.) // Archivio «Vittorio Scialoja». – Firenze, 1936. – Vol. 3, fasc. – № 1–2. – p. 32–40.
110. Quelques coutumes agraires chez les paysans lettons // Archivio «vittorio Scialoja». – Firenze, 1936. – Vol. 3, fasc. – № 1–2.
111. Rome et Chine dans quelques rapprochements (juridiques, économiques, réligieux, chronologiques, astrologiques, totémiques et folkloriques) // L.U.R. (Annales de l'Univ. de Lettonie). Riga, 1936.
112. К проекту частного международного права // Закон и Суд. – 1936. – № 1(61), Стб. 3111–3118.
113. Обеспечение исполнения обязательства, основанного на договоре. // Jurists. – 1936. – № 3/4 (73/74). – 43.–46. lpp.; № 5/6 (75/76). – 109.–116. lpp.

114. Статусы обязательственного права. // Jurists. – 1936. – № 7/8 (77/78). – 121.–126. lpp.
115. Некоторые вопросы наследственного права, в связи с новым проектом Гражданского Уложения // Tieslietu Ministrijas Vēstnesis. – 1936. – № 3. – 596.–604. lpp.
116. Новое восприятие жизни // Теория и практика. – 1936. – № 13 (106). – С. 305–306; № 14 (107). – С. 328–331.

1937

117. Dzīve un cilvēks. – Rīga, 1937. – 190 lpp.
118. Taisnības princips Latvijas civiltiesībās [Принцип справедливості в латвійському цивільному праві] // Jurists. – 1937. – № 7/8 (85/66). – 119.–130. lpp.
119. Пушкин о праве // Закон и Суд: Вестник Русского юридического общества в Латвии. – 1937. – № 2.

1938

120. Personība un personiskās tiesības jaunajā Civīllikumā [Особа та особисті права в новому Цивільному кодексі] // Tieslietu Ministrijas Vēstnesis. – 1938 – № 2. – 326.–349. lpp.
121. «Aequitas» и «Jurists» // Jurists. – 1938. – № 1/2 (87/88). – 1.–4. lpp.
122. Наследование супругов в нашем Гражданском Уложении (C. L.) // Jurists. – 1938. – 1/2 (87/88). – 9.–14. lpp.
123. Справедливость, в частности правовая (Латвийское Гражданское Уложение) // Закон и Суд: Вестник русского юридического общества. – 1938. – № 2 (82). – Стб. 3881–3888; № 3 (83). – Стб. 3925–3932.
124. Письменная форма в авторском праве (к толкованию статей 43, 67–69 и 88 Закона 10 мая 1937 г. об авторском праве) // Закон и Суд. – 1938. – № 5(85). – Стб. 3985–3988.
125. Latviešu senā sabiedriskā iekārta tautas dziesmu spogulī [Давній латвійський суспільний порядок у відображенні народних пісень] // Tautas vēsturei. Veltījums profesoram A. Švābem. – Rīga, 1938. – 115.–131. lpp.
126. Mūsu pienākumi un tiesības jaunajā Civīllikumā. [Наші обов'язки і права за новим Цивільним кодексом] // Rakstu Krājums paglms. – 1938. – 167.–175. lpp.
127. Civīllikuma principi un ģimenes tiesības. [Принципи Цивільного кодексу і сімейне право] // Tieslietu Ministrijas Vēstnesis. – № 19. – 1938. – 30.–58. lpp.
128. Жизнь и человек. – Riga, 1938. – 168 с.

1939

129. Культура и право (Введение) // Epistolae et logistorici. – № 19. – Riga, 1939.
130. Culture et Droit au point de vue de la science ancienne // Epistolae et logistorici. – № 20–22. – Riga, 1939. – 49 p.
131. Культура и язык // Epistolae et logistorici. – № 23–24. – Riga, 1939.

132. Sukcesija un mantojuma līgums [Правонаступництво і успадкування договору] // Jurists. – 1939. – № 1/2.
133. Darba līgums īstā un plašā nozīmē [Трудовий договір у вузькому і широкому розумінні] // Jurists. – 1939. – № 7/8 (101/102).

1940

134. Latvijas civiltiesību apskats. Lietu tiesības. Saistību tiesības. [Огляд латвійського цивільного права. Речове право. Зобов'язальне право]. – Rīga, 1940.
135. Культура и число // Epistolae et logistorici. – № 25–27. – Riga, 1940.

Деякі посмертні видання

136. К проблеме терминологического языка, его образов и понятий (концепций) о древнем знании, мудрости и премудрости (Исследование на основании Псалтири и Апостольских посланий, преимущественно Апостола Павла // Записки Русской Академической Группы в США. – New York, 1985. – Т. XVIII. – С. 259–301.
137. Latvijas civiltiesību apskats. Lietu tiesības. Saistību tiesības. – Rīga: Latvijas Juristu biedrība, 1996. – 246 lpp.
138. Стихи. – Рига, 1997.
139. Техника юридической методологии в связи с общим учением о методологии. – Рига, 2000. – 270 с.
140. Русское гражданское право. – М.: Статут, 2002. – 638 с. – (Классика российской цивилистики).

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА

Эльвира Аблаева,
к.ю.н., и.о. доцента кафедры юридических дисциплин
Университета «Астана»
(Астана, Казахстан)

ЭФФЕКТИВНОСТЬ НОРМ ИНСТИТУТА ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПО УГОЛОВНОМУ ПРАВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

В целях выполнения охранительной и превентивной задачи уголовного закона, казахстанский законодатель выявляет ряд условий эффективности, относящихся к нормотворческой и правоприменительной деятельности государства, потому на законодательном уровне, как отмечено в Концепции правовой политики РК, утвержденной на период с 2010 до 2020 года, определяется необходимость их дальнейшего совершенствования в целях обеспечения соответствия национального права новым вызовам времени[1].

Несомненно, одним из условий эффективности борьбы с преступностью является наличие законодательной базы по профилактике и предупреждению преступности и охране социальных ценностей государства от преступных посягательств, правильное применение их на практике органами уголовного преследования и суда, а также обеспечение достижения намеченных целью оптимальных и благоприятных результатов, посредством тех или иных норм правового регулирования, в т.ч. и посредством норм освобождения от уголовной ответственности. Именно в этом направлении проводится изучение нами вопросов совершенствования, повышения качества и эффективности норм института освобождения от уголовной ответственности.

Освобождение от уголовной ответственности является самостоятельным институтом казахстанского уголовного права, для которого характерны специфические особенности, вытекающие непосредственно из его правовой природы, содержания и сущности, нормы которого применяются исходя из строго предписанных в уголовном законе оснований и условий.

Итак, закрепляя в Общей части УК РК институт освобождения от уго-

[1] «О концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года»: Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 № 858 [Электронный ресурс] Информационно-правовая система «Әділет». – Режим доступу: http://adilet.zan.kz/rus/docs/U090000858_

ловной ответственности, законодатель преследует множество целей, в числе которых:

- поэтапное сокращение сферы применения мер уголовной репрессии путем увеличения оснований и условий освобождения от уголовной ответственности и наказания;

- разгрузка сотрудников уголовно-исполнительной системы путем расширения сферы применения уголовных наказаний, не связанных с лишением свободы;

- снижение уровня преступности в стране путем определения новых подходов в определении критериев классификации и категоризации уголовных правонарушений;

- сведение уровня рецидивной преступности к минимуму путем развития содержания, форм и методов исправительно-воспитательного воздействия на осужденных, а также разработки системных мер, направленных на обеспечение государственной политики в сфере ресоциализации граждан, отбывших наказание в местах лишения свободы;

- ограничение вмешательства государства в межличностные отношения людей путем расширения перечня деяний, не затрагивающих интересы государства и общества;

- устранение негативных последствий совершенного уголовного правонарушения путем склонения лиц, совершивших уголовные правонарушения к положительному постпреступному поведению;

- сокращение сроков расследования уголовных дел, затрат сил и средств на раскрытие преступлений, собирания доказательственной базы по делу, обеспечивающих правильное его разрешения путем привлечения уголовных правонарушителей к активному сотрудничеству с правоохранительными органами;

- уменьшение количества уголовных дел, рассматриваемых и решаемых судом путем введения новых институтов восстановительного правосудия, основанных на примирении сторон и возмещении причиненного вреда и мн.др.;

Перечисленные цели решаются, как видно, в том числе и с помощью норм освобождения от уголовной ответственности, выступающих в качестве альтернативы восстановительного правосудия и способов достижения задач уголовного права без применения мер уголовного наказания.

«Показатель эффективности, как верно обозначает профессор А.Х. Миндагулов, всегда выражается через критерий эффективности». В критериях всегда выражаются целевые установки социального субъекта, а показатель характеризует степень достижения намеченных целей[1]. Поэтому мы согласны с мнением, что в основе изучения эффективности институтов освобождения от уголовной ответственности или наказания должны быть положены специальные цели –

[1] Миндагулов А.Х. Профилактика преступности: учебное пособие / А.Х. Миндагулов – Алматы: NAS, 2005, С. 172-173.

предупреждение новых преступлений со стороны освобождаемых лиц, которые и выступают его критерием[1].

Очевидно, главная цель, к достижению которой стремится законодатель, освобождая лица от уголовной ответственности - это цель частного предупреждения, выступающего критерием его эффективности, а показателем является степень достижения этой цели. Степень достижения эффективности определяется, как правило, соотношением между последствием освобождения от уголовной ответственности и целью освобождения от уголовной ответственности, которая направлена на минимизацию:

$$P_{\min} = \frac{K_1}{K_2} \to 0$$

K1 – количество лиц, совершивших преступление после освобождения от уголовной ответственности в течение установленных законом сроков давности;

K2 – количество лиц, освобожденных от уголовной ответственности.

Полученное в результате данной формулы значение показателей характеризует степень достижения цели частной превенции, которое, несомненно, улучшается с приближением к 0[2].

В этой связи под эффективностью норм освобождения от уголовной ответственности следует понимать достижение целей борьбы с преступностью и решение задач казахстанского уголовного законодательства по защите охраняемых законом социальных ценностей государства от преступных посягательств, а также по предупреждению преступлений посредством норм освобождения от уголовной ответственности.

Безусловно, условием эффективности норм освобождения от уголовной ответственности является их правильная законодательная регламентация, правильное их применение органами уголовного преследования и суда, а также решение стоящих перед уголовным законом задач и достижение целей наказания посредством норм освобождения от уголовной ответственности.

Тем не менее, проанализировав ряд статей Общей части УК РК, предусматривающих возможность освобождения от уголовной ответственности, констатируем, что содержание этих уголовно-правовых норм требуют своего совершенства. В этой связи, мы предлагаем ряд предложений по совершенствованию, повышению качества и эффективности норм института освобождения от уголовной ответственности.

Во-первых, представляется, что освобождение от уголовной ответствен-

---

[1] Сабанин С.Н. Проблемы повышения эффективности института освобождения от уголовной ответственности и наказания: автор ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / С.Н. Сабанин. - Свердловск, 1981. – С.8.

[2] Эффективность правовых норм: монография / В.Н. Кудрявцев, В.И. Никитинский, И.С. Самощенко, В.В. Глазырин. – М., 1980. – С. 22.

ности по нереабилитирующим основаниям не должно быть абсолютным правилом «освобождается от уголовной ответственности» или «подлежит освобождению от уголовной ответственности», а должно лишь предусматривать такую возможность, что в свою очередь будет выступать одним из сдерживающих факторов совершения лицами противоправных действий.

Во-вторых, в целях недопущения свободного или расширительного, ограничительного или узкого толкования норм, предусматривающих возможность освобождения от уголовной ответственности в практике органов уголовного преследования и суда, необходимо чтобы их содержание было четко регламентировано уголовным законом и применялось только исходя из указанных на то в законе оснований и условий, без учета смягчающих или отягчающих уголовную ответственность и наказание обстоятельств.

В-третьих, основания применения норм освобождения от уголовной ответственности должны быть самостоятельными и не повторяться в части или в целом в норме, также предусматривающей возможность освобождения от уголовной ответственности, поскольку это зачастую затрудняет процесс применения их на практике, а также создает противоречие между уголовно-правовыми нормами.

В-четвертых, нормы института освобождения от уголовной ответственности не должны противоречить отдельным институтам уголовного права, а также принципам казахстанского уголовного законодательства.

В-пятых, полученный от действия норм института освобождения от уголовной ответственности результат должен быть эффективным с позиции достижения целей современной уголовно-правовой политики, проводимой государством и решения задач казахстанского уголовного судопроизводства.

Дмитрий Абушенко,
профессор кафедры гражданского процесса
Уральского государственного юридического университета,
доктор юридических наук
(Екатеринбург, Россия)

О КОНФЛИКТЕ СВОЙСТВА НЕИЗМЕННОСТИ СУДЕБНОГО АКТА И ОБЪЕКТИВНОЙ ТРАНСФОРМАЦИИ УСТАНОВЛЕННОГО СУДОМ ПРАВООТНОШЕНИЯ

В процессуальной науке принято выделять либо в качестве свойства законной силы судебного решения[1], либо как некое самостоятельное свойство судеб-

[1] См., например, *Зейдер Н. Б.* Судебное заседание и судебное решение в советском гражданском процессе. –Саратов, 1959. – С. 81 – 94; *Полумордвинов Д. И.* Законная сила судебного решения. – Тбилиси, Изд. АН Грузинской ССР, 1964. – С. 35.

ного решения[1] его неизменность. Обычно под ней понимают недопустимость для суда, вынесшего решение, самому его отменять либо изменять. Неизменность судебного решения, конечно же, не носит абсолютного характера, поскольку целый ряд процессуальных институтов имплицитно предполагает, что именно суд, принявший решение, должен совершить некое «препарирование» уже установленного им же материального правоотношения – например, отменить заочное решение, исправить описку или явную арифметическую ошибку, вынести дополнительное решение, разъяснить решение, отсрочить (рассрочить) исполнение решения, изменить порядок или способ исполнения решения, утвердить мировое соглашение на стадии исполнения судебного акта. Казалось бы, такой достаточно обширный процессуально-правовой инструментарий делает излишним обращение к отысканию каких-то иных (дополнительных) механизмов, которые бы синхронизировали произошедшую с материальным отношением трансформацию с ранее состоявшимся судебным актом. Однако, на наш взгляд, подобный вывод был бы поспешен. В настоящей статье мы попытаемся проанализировать некоторые возможные конфликты, возникающие между свойством неизменности судебного акта и объективной трансформацией установленного судом правоотношения, а также смоделировать те конструкции, которые бы устраняли возникшие противоречия.

Итак, для начала сформулируем общую посылку – суд, вынося решение, исходит из того состояния спорного материального правоотношения, в котором оно пребывает на момент рассмотрения дела по существу. Установив, что спорное субъективное право (охраняемый законом интерес) существует и подлежит судебной защите, суд констатирует обоснованность материально-правового притязания. Может ли после вынесения судебного решения субъективное право (установленное материальное правоотношение) трансформироваться? Конечно, сам по себе факт вынесения судебного решения этому не препятствует: спорный объект может быть уничтожен, стороны могут договориться об изменении связывающего их материального правоотношения, вполне допустимо возникновение обстоятельств, выступающих основанием для предоставления отсрочки (рассрочки) исполнения судебного акта и т.д. Для целей настоящего исследования все обстоятельства, которые влекут изменение (прекращение) в будущем уже установленного судом материального правоотношения, можно разделить на две условные группы:

1) обстоятельства, наступление которых в момент вынесения решения суда неочевидно

Здесь речь идет о том, что гипотетически такие обстоятельства допустимы, однако однозначно утверждать, что они наступят, объективно невозможно.

---

[1] *Масленникова Н. И.* Законная сила судебного решения в советском гражданском процессуальном праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1975. – С. 10; *Загайнова С. К.* Судебные акты в гражданском и арбитражном процессе: теоретические и прикладные проблемы. Дис. ... д-ра юрид. наук. – Екатеринбург, 2008. – С. 171.

Эти обстоятельства могут быть связаны с действиями самих сторон исполнительного производства (например, отказ должника совершить определенное действие, мировое соглашение на стадии исполнения судебного акта) либо же носить объективный характер (к примеру, непреодолимая сила, которая уничтожила вещь, подлежащую передаче);

2) обстоятельства, наступление которых в момент вынесения решения суда очевидно

Такие обстоятельства хотя и отсутствуют в момент вынесения решения, однако же, используя определенный правовой инструментарий, суд уже в момент вынесения решения может сделать вывод об их грядущем наступлении (здесь в качестве примера можно привести случаи, когда истечение срока действия договора, патента и т.п. повлекут безусловное прекращение самого спорного субъективного права; равным образом мы бы сюда отнесли и заранее известное прекращение либо изменение в будущем действия материально-правовой нормы, на основании которой суд пришел к выводу о наличии обязанности ответчика).

Применительно к обстоятельствам первой группы, конечно же, было бы принципиально неверным загодя в судебном решении конструировать те или иные модели – раз неизвестно, действительно ли они наступят, то более правильным здесь будет предоставить суду инструменты «последующего реагирования» (например, наделить его правом изменять способ исполнения судебного акта на случай фактической невозможности передать индивидуально-определенную вещь)[1].

Но как поступать с обстоятельствами второй группы? Должен ли суд вообще игнорировать их наступление в будущем? Чтобы ответить на эти вопросы проведем еще одно деление – приказ, содержащийся в судебном решении, может касаться как однократного действия, так и подразумевать длящееся исполнение[2].

Однократное действие (в чем бы оно ни выражалось – передача вещи, выполнение работ и т.п.) должно быть совершено должником ровно потому, что установленный на момент вынесения судебного решения фактический со-

---

[1] Хотя действующее российское процессуальное законодательство здесь, что называется, «работает на опережение» – например, для случаев неисполнения обязанности передать вещь ч. 2 ст. 171 Арбитражного процессуального кодекса РФ и ст. 205 Гражданского процессуального кодекса РФ предписывают указывать в судебном решении ее стоимость, что позволит в дальнейшем изменить способ исполнения, не обращаясь к вопросу о денежном эквиваленте утраченной вещи (подробно о критическом отношении к подобному правовому регулированию мы высказывались отдельно – см. *Абушенко Д. Б.* Проблемы взаимовлияния судебных актов и юридических фактов материального права в цивилистическом процессе: Дисс. ... д-ра юрид. наук. – Екатеринбург, 2014. – С. 301 – 304).

[2] Отметим, что такое деление в свое время использовал М.А. Гурвич, характеризуя право на иск из относительных правоотношений (см. *Гурвич М. А.* Право на иск. – Москва, 1949. – С. 154).

став четко и однозначно позволяет кредитору использовать инструментарий, составляющий содержание охранительного правоотношения. Даже если в последующем соответствующее регулятивное правоотношение изменится или прекратится, на момент вынесения судебного решения обязанность должника существует однозначно, а потому должна быть исполнена. К примеру, суд может достоверно знать, что к моменту вступления в законную силу судебного акта и возникновения возможности истца обратиться к мерам принудительного исполнения договор как правоотношение прекратит свое «правовое бытие» (например, этим же судебным решением он будет расторгнут). Однако такое знание в принципе не может препятствовать судебной защите того субъективного права (интереса), которые были нарушены, пока договор действовал.

Качественно иной видится ситуация, когда приказ, содержащийся в судебном решении, предполагает длящееся исполнение. Такое исполнение может состоять как в активных действиях со стороны должника (к примеру, периодически выполнять действия, составляющие его обязанность), так и в его пассивном поведении (например, не препятствовать в реализации конкретного субъективного права кредитора). Полагаем, что для рассматриваемого вопроса характер возложенной на должника обязанности значения не имеет. Важно же другое – уже в момент принятия судебного решения суду достоверно известно, что хронологически такая обязанность прервется в конкретный момент времени. Конечно, если истец сам сформулировал свое притязание с учетом данного временно́го фактора, то задача суда кардинально упрощается – установив наличие оснований для удовлетворения иска, он прямо в судебном решении укажет хронологические границы действия возложенной на ответчика обязанности. Однако как поступать, если притязание истца, предполагая длящееся исполнение, не содержит необходимой хронологической оговорки?

Здесь, как нам представляется, можно предложить три основные модели:

- первая – вынесение судебного решения об отказе в удовлетворении иска;

- вторая – вынесение судебного решения об удовлетворении иска, содержащего указание на хронологические границы действия соответствующей обязанности;

- третья – вынесение судебного решения об удовлетворении иска без указания на хронологические границы действия соответствующей обязанности (при наличии специального процессуального механизма, позволяющего должнику обратиться к суду с требованием о прекращении принудительного исполнения).

Выбор наиболее оптимальной, как нам представляется, должен строиться на анализе того, какая из предложенных моделей, с одной стороны, более эффективно обеспечивает судебную защиту, а с другой, позволяет согласовать возможную динамику установленного материального правоотношения со свойством неизменности судебного акта.

mgr Bartosz Armknecht,
Doktorant Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Gdańskiego
(Gdańsk, Polska)

SKUTECZNOŚĆ PRAWA – ZAKAZ STADIONOWY JAKO INSTYTUCJA PRAWA PUBLICZNEGO LUB PRAWA PRYWATNEGO. STUDIUM JEDNEGO PRZYPADKU W UJĘCIU PRAWNO – PORÓWNAWCZYM POLSKA – RFN / ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВА – ЗАБОРОНА (ОБМЕЖЕННЯ) ПЕРЕБУВАННЯ НА СТАДІОНІ ЯК ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ТА ПУБЛІЧНОГО ПРАВА. ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ОДНОГО ВИПАДКУ НА ПРИКЛАДІ ПОЛЬЩІ ТА НІМЕЧЧИНИ

В публікації висвітлені окремі аспекти інституту заборони (обмеження) перебування на стадіоні або недопущення окремих осіб як вболівальників на стадіоні під час футбольних матчів. Цей інститут має як публічно-правову, так і приватно правову природу. Наводяться приклади регулювання заборони (обмеження) такими міжнародними організаціями як ФІФА (Міжнародна федерація футболу), а також на прикладі інших сфер, а саме діяльність ІМО (Міжнародна морська організація), СОТ (Світова організація торгівлі).

Wprowadzenie

Jednym z kluczowych i najszerzej omawianych w doktrynie prawa aspektów prawa sportowego, obok takich zagadnień jak zwalczanie dopingu i korupcja, kontratyp ryzyka sportowego, dystrybucja praw telewizyjnych, kontrakty i ubezpieczenia w sporcie, jest instytucja zakazu stadionowego oraz zakazu klubowego.[1] Omawiana instytucja niewątpliwie należy do sfery stosunków prawno-sportowych i jako taka stanowi element prawa sportowego, albowiem prawo sportowe *sensu largo* obejmuje nie tylko regulacje organizacji sportowych (krajowych lub międzynarodowych, tzw. regulacje statutowo –regulaminowe), ale również regulacje prawne, czyli normy prawa powszechnego obowiązujące na danym terytorium (prawo krajowe).[2]

Zakaz wstępu na imprezę masową polega na niemożności wstępu na określone wydarzenie rozgrywające się na stadionie i stanowi *de facto* zabezpieczenie dla pozostałych uczestników imprezy masowej przed negatywnym w skutkach zachowaniem osoby na którą taki zakaz zostaje nałożony (funkcja prewencyjna). O ile w polskim systemie prawnym zakaz stadionowy jest realizowany przez normy należące do prawa

[1] Por. szerzej. S. Fundowicz, *Prawo sportowe*, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

[2] J.A. Szwarc, *Prawna reglamentacja sportu w ustawie o sporcie,* [w:] J.A. Szwarc (red.), *Ustawa o sporcie*, PTPS, Poznań 2011, s. 24.

publicznego o tyle w RFN (Republice Federalnej Niemiec), zakaz stadiony jest realizowany jako środek prewencji na podstawie norm i zasad prawa prywatnego.[1]

Na marginesie należy wskazać, iż wiele klubów sportowych, w szczególności piłkarskich jako organizatorzy imprez masowych, boryka się i ma problemy z przeciwdziałaniem, zachowaniom chuligańskim, w tym nieodpowiedzialnym wybrykom, na tych imprezach. Skutki działań tzw. pseudokibiców, mają wiele skutków z których należy wymienić te najpoważniejsze, jak zagrożenie czy utrata zdrowia lub życia przez pozostałych uczestników imprezy masowej, po kary nakładane przez organizacje – związki piłkarskie lub organy państwowe na organizatorów tych imprez, są to kary najczęściej o charakterze finansowym, ale wiążą się również z np. zamknięciem obiektu sportowego dla publiczności na przyszłe imprezy masowe – mecze piłkarskie.

1. Zakaz stadiony jako instytucja prawa publicznego

W prawie polskim zakaz stadionowy to instytucja prawa karnego regulowana między innymi przepisem art. 41b ustawy z dnia 6 czerwca 1997r. kodeksu karnego (Dz.U. z 2016r., poz. 1137 – t.j.) i stanowi środek karny, którym jest zakaz wstępu na imprezę masową[2] jako środek prewencyjny służący do zapieczenia imprezy masowej. Zakaz stadionowy jest orzekany przez polskie sądy rejonowe wobec osób, które popełniły przestępstwo tego typu**,** iż ich uczestnictwo może zagrażać dobrom chronionym prawem. Zakaz stadionowy jako środek karny stanowi, iż osoba na którą zostanie on nałożony nie ma możliwości uczestnictwa w imprezach masowych danego rodzaju w tym meczach piłki nożnej i polskiej kadry narodowej, przy jednoczesnych obowiązku stawiennictwa we właściwej dla miejsca zamieszkania osoby na którą zostanie on nałoży, jednostce Policji. Zakaz stadionowy jest orzekany na okres od 2 do 6 lat. Wobec osoby, która nie zastosuje się do orzeczonego środka karnego, zgodnie z treścią art. 244a Kodeksu karnego może zostać orzeczona kara grzywny, kara ograniczenia albo pozbawienia wolności do 2 lat, przy czym kara ta orzekana i miarkowana jest przez sądy powszechne[3].

Obok zakazu stadionowego, w polskim prawie funkcjonuje tzw. instytucja hybrydowa cywilno-karna – zakazu klubowego, który jest regulowany przepisem art. 14 ustawy z dnia 20 marca 2009r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz. U. z 2015, poz. 2139 – t.j.). Zakaz klubowy[4], to instrument prawny przewidziany w swej istocie dla organizatorów meczów piłki nożnej, jako represja dla uczestników meczu piłkarskiego,

---

[1] J.Fritzweiler, *Wprowadzenie – Kibice to nie przestępcy,* [w:] J.A. Szwarc (red.), *Prawne aspekty sportu piłkarskiego,* PTPS, Poznań 2013, s. 23-24.

[2] Zakaz stadionowy jako środek karny został wprowadzony do kodeksu karnego w dniu 01 sierpnia 2009r. i stanowił przygotowanie do organizacji przez Polskę i Ukrainę imprezy piłkarskiej EURO 2012.

[3] Por. szerzej. M. Skorecki, A. Strzelec, *Zakaz wstępu na imprezę masową – prawno karne i kryminologiczne aspekty nowego środka karnego w kodeksie karnym*, [w:] W.W. Pływaczewski, J. Kudrelek (red.), *Przestępczość stadionowa, Etiologia, fenomenologia, przeciwdziałanie zjawisku*, WSPol, Szczytno 2010, s. 120 i nast.

[4] C. Kąkol, *Zakaz klubowy: jak się pozbyć chuligana*, Rzeczpospolita, www.rp.pl./artykul/4,652512.html?p=1 [dostęp w dniu 05.10.2016r.].

którzy naruszą swym działaniem lub zaniechaniem postanowienia regulaminu obiektu lub terenu imprezy masowej. Zakaz klubowy to podobnie jak zakaz stadionowy środek prewencyjny, jednakże ma on zastosowanie jedynie do meczów organizowanych przez dany klub piłkarski lub meczów organizowanych z udziałem danego klubu piłkarskiego. Zakaz klubowy nie może obowiązywać przez okres dłuższy aniżeli 2 lata od dnia jego wydania.[1]

2. Zakaz stadionowy jako instytucja prawa prywatnego

W niemieckim „prawie piłkarskim", zakaz stadionowy jest instytucją *stricte* prywatną i nie istnieją żadne instytucje, tak jak ma to miejsce w prawie polskim, które by stanowiły swoiste uzupełnienie zakazu stadionowego, jak na przykład zakaz klubowy. Zakaz stadionowy w Niemczech, to instytucja powstała z inicjatywy Niemieckiego Związku Piłki Nożnej (DFB), który określił jednolite kryteria wydawania zakazów stadionowych przez DFB albo kluby piłkarskie. Zakaz stadionowy nie wynika ze ścisłej regulacji DFB, albowiem, w jaki sposób ona miałaby wykonywać i kontrolować regulacje prawa związkowego, lecz wynika z powszechnego prawa własności nieruchomości – zasady prawa miru domowego (§§ 903, 1004 niemieckiego kodeksu cywilnego – BGB). Zakaz stadionowy może zostać nałożony w przypadku naruszenia zasad obowiązujących na obiekcie organizatora oraz terenach przyległych i jest on miarkowany w zależności od rodzaju, ciężaru i „historii" osoby – kibica, który dokonał naruszenia. Najkrótszy okres na który zakaz stadionowy może zostać nałożony na kibica, to jeden tydzień, zaś najdłuższy, to w przypadku czynów o mniejszej wadze „do końca" sezonu rozgrywkowego, a dla cięższych naruszeń terminem ustania zakazu stadionowego jest koniec trzeciego sezonu licząc od dnia dokonania naruszenia.

Szczególnie interesują kwestią, jest sposób egzekwowania zakazu stadionowego, ponieważ wszystkie kluby zrzeszone w DFB oraz DFL (organizator rozgrywek *1. Bundesliga* oraz *2. Bundesliga*), udzieliły sobie wzajemnych pełnomocnictw, które są publikowane w Internecie, i na tej zasadzie wzajemnie wykonują wydane przez siebie zakazy stadionowe[2].

Przyjęty w Niemczech sposób realizacji zakazu stadionowego jest realizowany od przeszło dziesięciu lat i jak pokazuje powszechne przekonanie, stadiony w Niemczech, są jednymi z najbezpieczniejszych na świecie, a zatem przyjęty sposób regulacji należy ocenić jako właściwe rozwiązanie.

Wnioski końcowe

Jak wynika z danych podanych we wcześniej cytowanej literaturze, zakazów stadionowych w Polsce w roku 2011 wydano ok. 170, natomiast w RFN w każdym roku obowiązuje od 2.900 do 3.700 zakazów stadionowych, z tym, iż część z nich wygasa, ale wydawane są nowe, zatem cały czas średnio obowiązuje ok. 3.000 zakazów stadio-

[1] Por. szerzej. J.A. Szwarc, *Zakazy stadionowe w prawie polskim*, [w:] J.A. Szwarc (red.), *Prawne problemy sportu piłkarskiego,* PTPS, Poznań 2011, s. 29-78.

[2] Por. szerzej: Wolf-Dietrich Walker, *Zakazy stadionowe z (niemieckiej) perspektywy cywilnoprawnej*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Prawne problemy sportu piłkarskiego*, PTPS, Poznań 2013, s. 79-129.

nowych. Omawiane zagadnienie w sposób wyraźny pokazuje, iż prywatyzacja prawa oraz odejście od prawa kazuistycznego w stronę istniejących zasad prawa, nie tylko ma wpływ na przejrzystość różnego rodzaju regulacji prawnych z punktu widzenia zasad techniki prawodawczej, ale przede wszystkim, znacząco wpływa na skuteczność prawa pod względem jego stosowania oraz realizacji zadań danej instytucji prawnej, albowiem w przypadku środków prewencyjnych i opresyjnych, najważniejsza jest nieuchronność kary, a nie jej wysokość.

Streszczenie

Prezentowany artykuł na przykładzie instytucji zakazu stadionowego w piłce nożnej przedstawia zjawisko prywatyzacji prawa, którego efektem jest realizacja zadań i funkcji prawa publicznego, poprzez regulacje prywatno-prawne. Skutkiem „zastąpienia" zakazu stadionowego egzekwowanego przez państwo jako *dominium*, jest zwiększenie efektywności a co za tym idzie skuteczności wykonywania zadań państwa przez podmioty prywatne. Powyższe rozwiązanie wpisuje się w ogólnoświatowy trend prywatyzacji prawa, czyli regulacji stosunków społeczno – ekonomicznych przez podmioty prywatne, tak jak ma to miejsce między innymi w przypadku tworzenia standardów kontraktowych należących do sfery prawa pracy czy umów gospodarczych. Trend ten jest szczególnie uwidoczniony w międzynarodowym prawie morskim, czy sportowym oraz internetowym i prawie nowych technologii, gdzie takie instytucje jak FIFA (Międzynarodowa Federacja Piłki Nożnej), IMO (*International Martime Organization*), WTO (*World Trade Organization*), przejmują rolę państw zrzeszonych jako wyłącznych regulatorów, skuteczniej realizując zadania zarezerwowane dla państw, w szczególności poprzez szybszą i bardziej zunifikowana reglamentację norm z zakresu stosunków społeczno –ekonomicznych.

Расім Бабанли,
к.ю.н., заступник керівника апарату
Вищого спеціалізованого суду України
з розгляду цивільних і кримінальних справ –
начальник науково-експертного управління

ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВОВИХ НОРМ, ЯКІ РЕГЛАМЕНТУЮТЬ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ З ВИПРОБУВАННЯМ

Згідно зі ст. 75 КК якщо суд, крім випадків засудження за корупційний злочин, при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років, враховуючи тяжкість злочину, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням. З огляду на відсутність чітких законодавчих критеріїв цього виду звільнення від відбування покарання, науковий та

практичний інтерес становить не лише питання обґрунтованості застосування ст. 75 КК у конкретному кримінальному провадженні, а й питання загального стану призначення, так званого «умовного» покарання за певний період часу, оскільки такий аналіз дасть підстави визначити співвідношення реального та умовного засудження за вчинені ними злочини.

Разом із тим, у аналізованому контексті слід відзначити, що законодавство не містить жодних механізмів, які б забезпечували ревізування ефективності правових норм, що регламентують призначення покарання загалом та норм, які регламентують звільнення від відбування покарання, зокрема. При цьому, існування таких механізмів є вкрай потрібно з огляду на доволі значну поширеність призначення покарання із застосуванням ст. 75 КК України.

У досліджуваному контексті насамперед вважаємо за доцільне навести статистичні дані[1], які відображають співвідношення кількості умовно-засуджених осіб до загальної кількості засуджених осіб залежно від ступеня тяжкості злочинів відповідно до класифікації злочинів, передбаченої статтею 12 КК.

2015 рік (за вироками, що набрали законної сили)

Класифікація злочинів за ступенем тяжкості	Кількість засуджених осіб	з них звільнено від покарання з випробуванням	Питома вага (%)
злочини невеликої тяжкості	14 894	2 429	*16*
середньої тяжкості	49 248	21 257	*43*
тяжкі злочини	28 907	16 587	*57*
особливо тяжкі злочини	1 749	189	*11*

При цьому, варто зауважити що порівняння відповідних даних із даними за минулі роки свідчить про те, що наведені тенденції є відносно стабільними.

2014 рік (за вироками, що набрали законної сили)

Класифікація злочинів за ступенем тяжкості	Кількість засуджених осіб	з них звільнено від покарання з випробуванням	Питома вага (%)
злочини невеликої тяжкості	21 228	3 396	*16*
середньої тяжкості	49 741	20 779	*42*
тяжкі злочини	28 856	15 815	*55*
особливо тяжкі злочини	2 345	288	*12*

Наведені дані свідчать про те, що найбільшу питому вагу кількості осіб, які були умовно засуджені, до загальної кількості засуджених становлять особи, які

[1] Звіт про кількість осіб, засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://court.gov.ua/sudova_statystyka/Zvit_1_pivrihhya2015/

вчинили тяжкі злочини, більша половина з яких була звільнялась від відбування покарання з випробуванням. Також, значну кількість відповідних звільнень застосовано до осіб, які вчинили злочини середньої тяжкості. Кожна десята особа, яка вчинила особливо тяжкий злочин, яким згідно ст. 12 КК є злочин, за який передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк понад 10 років, звільняється від відбування покарання з випробуванням. Варто зауважити, що така кількість є доволі значною особливо з огляду на ту обставину, що ст. 75 КК застосовується до осіб, найсуворішими покараннями до яких може бути призначене покарання у виді позбавлення волі строком на 5 років.

Окремої уваги заслуговує співвідношення аналізованих показників при призначенні покарання за заподіяння тілесних ушкоджень.

Стаття КК	Кількість засуджених	З них звільнено від покарання з випробуванням	Питома вага (%)
ч. 1 ст. 121	1056	631	60
ч. 2 ст. 121	501	29	6
ч. 1 ст. 122	866	655	76
ч. 2 ст. 122	4	2	50
ст. 123	2	0	0
ст. 124	98	20	20
ч. 1 ст. 125	3229	10	0,3
ч. 2 ст. 125	1754	150	9
ст. 128	266	61	23

Так, найбільшу питому вагу із наведених становлять особи, які вчинили злочин, передбачений ч. 1 ст. 122 КК, а саме умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження, 76 % із яких звільнялись від відбування покарання з випробуванням. Також значною є кількість осіб, до яких застосована ст. 75 КК, за умисне тяжке тілесне ушкодження, яких у звітному періоді було 60 %. При цьому, питома вага осіб, які заподіяли зазначені види тілесних ушкоджень з необережності в рази менша, а саме 23 %.

Водночас показовим є визначення співвідношення кількості звільнених від покарання з випробуванням осіб, які вчинили середньої тяжкості тілесне ушкодження, тяжкі тілесні ушкодження із кількістю осіб, які вчинили легкі тілесні ушкодження, а саме 0,3 %. Так, якщо 99,7 % осіб, які вчинили легкі тілесні ушкодження засуджуються до реального покарання, то лише 24 % особам призначається реальне покарання за заподіяні ними середньої тяжкості тілесні ушкодження та 40 % особам, які вчинили тяжкі тілесні ушкодження, відповідальність за які встановлена ч. 1 ст. 121 КК із санкцією, що передбачає покарання у виді позбавлення волі строком від 5 до 8 років.

Також за результатами аналізу статистичних даних вважаємо за доцільне навести перелік статей (частин статей) КК, засуджені за якими особи у 2015

у **100 %** випадках звільнялись від відбування покарання з випробуванням: ч. 2 ст. 109, ч. 3 ст. 109, ч. 1 ст. 110-2, ч. 2 ст. 130 (1 з 1), ч. 1 ст. 135 (1 з 1), ч. 1 ст. 146 (4 з 4), ч. 1 ст. 149 КК (2 з 2), ч. 1 ст. 150-1 (3 з 3), ч. 1 ст. 157 (1 з 1), ч. 3 ст. 158, ч. 2 ст. 160 (1 з 1), ч. 4 ст. 160 (5 з 5), ч. 2 ст. 161 (1 з 1), ст. 167 (2 з 2), ч. 1 ст. 194 (1 з 1), ч. 4 ст. 197-1 (3 з 3), ч. 3 ст. 204 (17 з 17), ч. 2 ст. 205-1 (8 з 8), ч. 1 ст. 209 (1 з 1), ч. 1 ст. 222-1 (1 з 1), ч. 3 ст. 240 (8 з 8), ч. 1 ст. 245 (1 з 1), ч. 1 ст. 258-4 (1 з 1), ч. 1 ст. 258-5 (2 з 2), ч. 1 ст. 262 (8 з 8), ст. 264 (2 з 2), ч. 2 ст. 265 (2 з 2), ч. 1 ст. 277 (9 з 9), ч. 3 ст. 283 (1 з 1), ч. 1 ст. 298 (2 з 2), ч. 3 ст. 300 (1 з 1), ч. 1 ст. 305 (6 з 6), ч. 2 ст. 318 (3 з 3), ч. 2 ст. 321-1 (8 з 8), ч. 2 ст. 321-1 (3 з 3), ч. 3 ст. 321-1 (1 з 1), ч. 2 ст. 333 (1 з 1), ст. 336-1 (7 з 7), ст. 340 (1 з 1), ст. 341 (1 з 1), ч. 3 ст. 342 (2 з 2), ч. 3 ст. 345 (1 з 1), ч. 3 ст. 345-1 (1 з 1) (Всього щодо 61 статті (частини статті)).

У 97 відсотках випадків звільнялись від відбування покарання з випробування особи, засуджені за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 335 (37 з 38) 95 % - злочину, передбаченого ч. 1 ст. 256 (35 з 37), у 90 % - злочину, передбаченого ч. 1 ст. 316 КК (10 з 11), у 87 % - злочину, передбаченого ч. 2 ст. 260 (314 з 359) та злочину, передбаченого ч. 1 ст. 303 (13 з 15), 86 % - злочину, передбаченого ч. 1 ст. 308 (6 з 7), 85 % - злочину, передбаченого ч. 2 ст. 256 (11 з 13), 78 % - злочину, передбаченого ч. 2 ст. 304 (36 з 46) 75 % - злочину, передбаченого ч. 1 ст. 259 (44 з 59).

Поширеність зазначених випадків, на наш погляд, свідчить про необхідність існування інституційних механізмів, які б забезпечували раціоналізацію процесу звільнення відбування покарання, починаючи із детального аналізу сучасного стану застосування ст. 75 КК України та наслідків такого застосування. Таким чином, проблеми умовного засудження могли б бути предметом дослідження у процесі застосування механізму перегляду судових рішень в частині призначеного покарання, доцільність запровадження якого нами попередньо доводилась[1].

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

ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНІ ОСОБИ – ДІТИ ЯК СУБ'ЄКТ ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

В сучасних умовах проблеми внутрішньо переміщених осіб та їх правового статусу безумовно викликають інтерес і багато питань, що підлягають дослідженню. Поява такої категорії осіб як внутрішньо переміщені особи – стала

[1] Бабанли Р.Ш. Забезпечення єдності практики призначення покарання в Україні: сучасний стан і перспективи // Право України, 2016. – № 6. – С. 127 – 133.

викликом для держави, суспільства та сучасної науки права соціального забезпечення, випробуванням на здатність підтвердити визначену Конституцією України соціальну спрямованість державної політики. Виділення останніх в окрему категорію, стало ключовим питанням у спроможності держави гарантувати належний та достатній соціальний захист не тільки соціально незахищеним категоріям громадян, а й надати соціальну допомогу особам, які опинилися у скрутному становищі. Згідно із статистичними даними Міністерства соціальної політики України[1] станом на 10 жовтня 2016 року, за даними структурних підрозділів соціального захисту населення обласних та Київської міської державних адміністрацій, взято на облік 1 696 326 переселенців або 1 374 632 сім'ї з Донбасу і Криму. Більша частина переселенців географічно розміщуються на територіях Луганської та Донецької областей, що перебувають під контролем українського уряду, а також на територіях Харківської, Дніпропетровської, Київської областей та м. Київ. Менший відсоток розподіляється в областях Західної України.

Досліджуючи ВПО як суб'єкта права соціального забезпечення та їх місце в науці права соціального забезпечення відкритим залишається проблема соціального забезпечення дітей загалом, та соціальної роботи з дітьми переселенцями в Україні зокрема. Відповідно до Закону України "Про охорону дитинства"[2] від 26.04.2001 № 2402 охорона дитинства в Україні є стратегічним загальнонаціональним пріоритетом. Метою державної політики є забезпечення реалізації прав дитини на життя, охорону здоров'я, освіту, соціальний захист, всебічний розвиток та виховання в сімейному оточенні.

Для кращого розуміння нагальних питань ВПО – дітей, важливо надати уточнення в частині термінологічного визначення. На нашу думку, варто розрізняти поняття діти внутрішньо переміщених осіб та внутрішньо переміщені особи – діти. Так, діти ВПО – це діти, які переміщуються з тимчасово окупованих територій Луганської та Донецької областей, Автономної Республіки Крим, м. Севастополя разом з батьками або одного з батьків, що мають статус внутрішньо переміщеної особи. При визначенні ВПО – дітей йдеться про всіх дітей, які переміщуються з тимчасово окупованих територій, незалежно від наявності родини та набули статусу внутрішньо переміщеної особи відповідно до чинного законодавства. Це діти – сироти, які виховуються в державних закладах, закладах охорони здоров'я або закладах соціального захисту дітей на повному державному забезпеченні, діти, які перебувають під опікою чи піклуванням, виховуються у неповній та повній родині. При розкритті проблематики нами застосовується термін ВПО – діти.

Особливе місце у науці права соціального забезпечення посідає питання визначення правового статусу внутрішньо переміщених осіб – дітей та їх право-

---

[1] Статистичні дані щодо внутрішньо переміщених осіб в Україні станом на 10.10.2016 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mlsp.gov.ua/news/10613.html

[2] Закон України "Про охорону дитинства" від 26.04.2001 № 2402. [Електронний ресурс].- Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2402-14

вого регулювання. Законодавча база щодо правового регулювання внутрішньо переміщених осіб, насамперед особливостей соціального захисту, перебуває на шляху становлення. Виключенням з цього не стало питання дітей, які опинилася у складній життєвій ситуації, викликаною тимчасовою окупацією Автономної Республіки Крим, м. Севастополя та збройними протистояннями в окремих районах Луганської та Донецької областей. Окремого нормативно-правового акту, яким би регулювались питання виключно ВПО – дітей в чинному українському законодавстві не існує.

На сьогодні профільним залишається Закон України "Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб"[1] від 20.11.2014 р. № 1706, окремі питання регулювання правовідносин ВПО – дітей містить Закон України "Про охорону дитинства"[2] від 26.04.2001 № 2402, а також постанови Кабінету Міністрів України "Про надання щомісячної адресної допомоги внутрішньо переміщеним особам для покриття витрат на проживання, в тому числі на оплату житлово-комунальних послуг"[3] від 01.10.2014 р. № 505, Постанова Кабінету Міністрів України "Деякі питання здійснення соціальних виплат внутрішньо переміщеним особам"[4] від 08 червня 2016 року № 365 та інші.

Вищевказаним Законом визначено поняття внутрішньо переміщеної особи (далі - ВПО) в Україні, підстави набуття правового статусу ВПО, права та обов'язки такої категорії громадян, гарантії їх соціального захисту та підтримки, містить норми щодо порядку та строків розгляду заяв про оформлення, переоформлення, продовження соціальних виплат внутрішньо переміщеним особам, забезпечення їх соціальними та медичними послугами тощо. Відповідно до ст. 1 Закону – внутрішньо переміщеною особою є громадянин України, іноземець або особа без громадянства, яка перебуває на території України на законних підставах та має право на постійне проживання в Україні, яку змусили залишити або покинути своє місце проживання у результаті або з метою уникнення негативних наслідків збройного конфлікту, тимчасової окупації, повсюдних проявів насильства, порушень прав людини та надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру.

Вимушені внутрішні переміщення з зон проведення АТО у своїй більшості

---

[1] Закон України "Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб" від 20.11.2014 р.№ 1706. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1706-18

[2] Закон України "Про охорону дитинства" від 26.04.2001 № 2402. [Електронний ресурс].- Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2402-14

[3] Постанова Кабінету Міністрів України "Про надання щомісячної адресної допомоги внутрішньо переміщеним особам для покриття витрат на проживання, в тому числі на оплату житлово-комунальних послуг" від 01.10.2014 р. № 505. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/505-2014-%D0%BF

[4] Постанова Кабінету Міністрів України "Деякі питання здійснення соціальних виплат внутрішньо переміщеним особам" від 08 червня 2016 року № 365. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.golovbukh.ua/regulations/8451/486607/

супроводжуються і переміщенням дітей (батьки і діти, близькі родичі і діти, державні виховні установи і діти, заклади охорони здоров'я і діти). В обставинах такого переміщення діти стають їх безпосередніми учасниками. Тобто фактично є внутрішньо переміщеними особами та, відповідно, потребують захисту та соціального забезпечення з боку держави.

Кожна дитина, виховуючись в повній або неповній сім'ї, перебуваючи під опікою чи піклуванням або зростає у державному виховному закладі є залежною від того середовища, в якому вона перебуває. Вона не спроможна через вік, психологічну нестійкість, відсутність життєвого досвіду в повному обсязі самостійно реалізувати визначені чинним законодавством права. Отримання допомог та соціальної підтримки для внутрішньо переміщених осіб загалом, та ВПО – дітей зокрема, цілком і повністю залежить від дій батьків, родичів, опікунів чи піклувальників та державних виховних установ.

Першочерговим та необхідним для них є набуття статусу внутрішньо переміщеної особи. Питання отримання такого правового статусу особами, які вимушено переселилися на інші території в межах держави, включаючи дітей, визначені Законом України "Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб"[1] від 20.11.2014 р. № 1706. Особа набуває статусу внутрішньо переміщеної з моменту настання юридичного факту - внутрішнього переміщення з підстав (що є соціальним ризиком), визначених Законом, підтвердженого одержанням довідки про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи. Статусу внутрішньо переміщеної особи може набути не тільки особа, яка досягла 18-річного віку, а й дитина. Так, дефініція ст. 4 вищевказаного Закону передбачає, що кожна дитина, у тому числі, яка прибула без супроводження батьків, інших законних представників, отримує довідку про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи. Заява, яка є необхідною для отримання довідки про взяття на облік внутрішньо переміщеної особи, подається внутрішньо переміщеною особою, у тому числі неповнолітніми дітьми, особисто, а малолітніми дітьми, недієздатними особами або особами, дієздатність яких обмежено, – через законного представника. Від імені дитини, влаштованої до дитячого закладу, закладу охорони здоров'я або закладу соціального захисту дітей на повне державне забезпечення, таку заяву подає керівник відповідного закладу. Отже, наявність такої довідки надає дитині право на отримання всіх передбачених державою гарантії, в тому числі соціально-забезпечувальних. Наприклад, отримувати щомісячну адресну допомогу відповідно до постанови Кабінету Міністрів України "Про надання щомісячної адресної допомоги внутрішньо переміщеним особам для покриття витрат на проживання, в тому числі на оплату

[1] Закон України "Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб" від 20.11.2014 р.№ 1706. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1706-18

житлово-комунальних послуг"[1] від 01.10.2014 р. № 505 (для непрацездатних осіб (пенсіонери, діти) - 884 гривні на одну особу (члена сім'ї); отримувати виплати відповідно до Закону України "Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам"[2] від 16.11.2000 р. № 2109, або інші, пов'язані з цим регулярні виплати, отримувати необхідну безкоштовну медичну допомогу у державних закладах охорони здоров'я тощо. Тобто діти, які вимушено залишили території проведення АТО можуть отримати та набувають статус внутрішньо переміщеної особи, отже, мають право в порядку, визначеному чинним законодавством отримувати всі належні їм виплати та послуги.

Враховуючи вищевикладене, можна зробити висновок, що в науці права соціального забезпечення існує така категорія як внутрішньо переміщена особа - дитина. Остання потребує окремої уваги та захисту з боку держави. Чинна законодавча база з питань соціального захисту дітей - внутрішньо переміщених осіб не є досконалою та потребує доопрацювання. Її ґрунтовне дослідження дозволить виявити і врахувати недоліки та створити якісне, ефективне та досконале сучасне законодавство з питань соціального забезпечення осіб, які зазнали вимушених переміщень.

Крістіна Бережна,
аспірантка Науково-дослідного інституту
правового забезпечення інноваційного розвитку
НАПрН України

КАТЕГОРІЯ «СПРАВЕДЛИВІСТЬ» У СУЧАСНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ПРО ПРАЦЮ

Генеральна Асамблея ООН у Копенгагенській декларації про соціальний розвиток від 6-12 березня 1995 р.[3] основоположним принципом мирного і благополучного співіснування як всередині окремої країни, так і у взаємовідносинах з різними державами визнала справедливість. Важливим умовами її забезпечення названо економічне зростання, мир, безпека й дотримання прав людини.

10 червня 2008 р. Міжнародна конференція праці на 97-й сесії прийняла Декларацію МОП про соціальну справедливість з метою справедливої гло-

[1] Постанова Кабінету Міністрів України "Про надання щомісячної адресної допомоги внутрішньо переміщеним особам для покриття витрат на проживання, в тому числі на оплату житлово-комунальних послуг" від 01.10.2014 р. № 505.

[2] Закон України "Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам" від 16.11.2000 № 2109. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2109-14

[3] Копенгагенська декларація про соціальний розвиток: декларація ООН від 06-12.03.1995 р. [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws

балізації[1]. У Декларації визнається провідна роль МОП у справі сприяння й досягнення прогресу й соціальної справедливості у світі. Розглядуваний акт наголошує на гарантії досягнення справедливих результатів для всіх через посередництво забезпечення зайнятості, соціального захисту, соціального діалогу й основоположних принципів і прав на робочому місці.

Міжнародна організація праці вживає дії у відповідь на кризи у сфері праці, просуваючи вічні цінності, послідовні політичні гасла і практичні дії заради утвердження соціальної справедливості, чим зробила вагомий внесок у розвиток соціально-трудових відносин.

Переконані, що сучасне законодавство про працю, а тим більше проектове, має здійснити прорив у концептуальному підході до питань опосередкування трудових і пов'язаних із ним відносин, відмовившись у багатьох випадках від жорсткого централізованого регулювання і надавши працівнику та роботодавцю як сторонам трудового договору право в усіх допустимих формах брати участь у визначенні своїх прав та обов'язків. Цей процес, безперечно, має прогресивне значення, що полягає у визначенні можливості сторін трудових правовідносин адаптувати трудове законодавство, що виходить із загальних уявлень про належний порядок у сфері праці, до реальних умов, в яких проходить трудова діяльність, дозволяє врахувати все різноманіття і особливості розвитку виробничих процесів, визначати ступінь підвищення рівня мінімально закріплених законодавцем гарантій у сфері праці залежно від фінансово-економічних і організаційно-управлінських умов конкретного підприємства, установи чи організації.

Ідея справедливості пронизує всі сфери життя суспільства, однак найбільш яскраве вираження вона отримує в праві, яке і регулює найважливіші суспільні відносини. Завдячуючи праву, те, що було винятково тільки моральним, набуває сили закону. Право має бути справедливим. Право або розглядається як втілення справедливості, або висувається мета привести його у відповідність до справедливості. Не випадково справедливість розглядається як одна з цінностей права і як найважливіша властивість юридичної діяльності. Одним із головних проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством, як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства.

Чинний Кодекс законів про працю України[2] не згадує категорію «справедливість». Тому основою новітнього трудового законодавства має стати принцип справедливості.

Справедливість відображає соціально-економічні відносини, які існують в

---

[1] О социальной справедливости в целях справедливой глобализации: декларация МОТ от 10.06.2008 г. // Труд за рубежом. – 2008. – №4. – С. 142-156.

[2] Кодекс законів про працю України: затв. Законом УРСР від 10.12.1971 р., №322-VIII // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1971. – №50 (Додаток). – Ст. 375.

певному суспільстві. Це складний феномен, який є підґрунтям взаємодії політики, моралі, економіки та права. Справедливість забезпечує, щоб колективну користь соціальних відносин та унеможливлює ситуацію, коли вигоди однієї сторони досягаються за рахунок іншої. Тобто йдеться про наявність у цьому явищі таких вимог, як загальність, рівність і неупередженість. Справедливість – це обов'язковість, виконання якої люди вимагають один у одного. Вона має пріоритет в суспільній моралі та складає єдиний критерій легітимності суспільного порядку, уповноваженого на застосування примусу. Ідея справедливості пронизує, всі аспекти суспільного життя, формує, через вимоги моралі, й норми права. Єдність права й моралі полягає у тому, що: а) вони представляють собою різновиди соціальних норм; б) переслідують у кінцевому рахунку одні й ті ж задачу – упорядкування суспільних відносин, розвиток особистості, захист прав людини, утвердження ідеалів свободи, справедливості й рівності. Сила правових норм значно збільшується, якщо вони спираються не тільки на владу та відповідний апарат, але і на мораль. Норми моралі спираються на такі, що складаються у суспільній свідомості, уявлення про добро і зло, честь і гідність тощо, які виробляються релігією, філософією, мистецтвом у процесі етичного осмислення світу. У системі цілей правової системи справедливість посідає пріоритетне місце, являє собою беззаперечну цінність, яка не може бути обмежена лише міркуваннями щодо їх ефективності або належної організації.

У розвинутому ринковому господарстві людина сама «турбується» про соціальну справедливість на основі власної незалежності в житті, реалізації своїх економічних прав. Людина закономірно прагне до успіху й благополуччя, а досягнення цих цілей власними силами можливе лише в умовах демократії, свободи та ринку.

У правовому регулювання трудових і пов'язаних із ними відносин категорія «справедливість» застосовується в 2-ох основних значеннях: з одного боку, як основна мета, яку прагне досягти нормотворець у відповідній царині, а з іншого – як процес реалізації чинного законодавства про працю.

Принцип соціальної справедливості у трудовому праві базується на конституційних положень, що (а) Україна є соціальною державою, (б) людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Соціальна справедливість і соціальна солідарність суспільства належать до головних критеріїв оцінки ступеня соціальності правової демократичної держави. За допомогою такого інструменту, як правова норма, держава, керуючись принципом справедливості, регулює соціально-трудову сферу, впливає на творення нових трудових відносин, у тому числі здійснюючи реформи, забезпечує організацію та функціонування механізму нагляду і контролю за дотриманням законодавства про працю, і що найважливіше, гарантує трудові права і законні інтереси громадян.

Анна Біденко,
аспірантка відділу теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ЕФЕКТИВНІСТЬ ТА РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я

Конституція України в статті 49 закріплює право кожного на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Охорона здоров'я забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм. Основний закон встановлює, що держава створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування. У державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно; існуюча мережа таких закладів не може бути скорочена. Держава сприяє розвиткові лікувальних закладів усіх форм власності. Держава дбає про розвиток фізичної культури і спорту, забезпечує санітарно-епідемічне благополуччя.[1]

Зазначена стаття Конституції України має декларативний характер та знаходить своє відображення в багатьох законодавчих актах, які спрямовані на вирішення питань пов'язаних із охороною здоров'я людини та наданням медичної допомоги населенню.

Зокрема, зазначена норма втілюється та розкривається в положеннях центрального законодавчого акту в сфері охорони здоров'я людини – Закону України "Основи законодавства України про охорону здоров'я" від 19.11.1992 р. № 2801-XII (далі по тексту – Основи законодавства України про охорону здоров'я), в преамбулі до якого зазначається, що "кожна людина має природне невід'ємне і непорушне право на охорону здоров'я. Суспільство і держава відповідальні перед сучасним і майбутніми поколіннями за рівень здоров'я і збереження генофонду народу України, забезпечують пріоритетність охорони здоров'я в діяльності держави, поліпшення умов праці, навчання, побуту і відпочинку населення, розв'язання екологічних проблем, вдосконалення медичної допомоги і запровадження здорового способу життя".[2]

Отже, відповідно до зазначеного закону кожен громадянин України має право на охорону здоров'я, що передбачає: життєвий рівень, включаючи їжу, одяг, житло, медичний догляд та соціальне обслуговування і забезпечення, який є необхідним для підтримання здоров'я людини; безпечне для життя і здоров'я навколишнє природнє середовище; безпечні і здорові умови праці, навчання,

---

[1] Конституція України. Закон України «Про внесення змін до Конституції України» № 2222-IV від 8.12.2004 р. : прийнята на п'ятій сесії Верхов. Ради України 28 черв. 1996 р. – Київ : Велес, 2005. – 48 с.

[2] Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 листопада 1992 р. // Відомості Верховної Ради України – 1993. - № 4. – С. 19.

побуту та відпочинку; кваліфіковану медичну допомогу, включаючи вільний вибір лікаря, вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій і закладу здоров'я та інші складові права людини на охорону здоров'я, передбачені статтею 6 Основ законодавства України про охорону здоров'я.

Право на охорону здоров'я людини тісно пов'язано з правом на медичну допомогу. Одним із головних чинників, на думку автора, які підтверджують зазначений взаємозв'язок є те, що право людини на охорону здоров'я втілюється через можливість отриманням людини медичної допомоги.

Право на медичну допомогу є основним структурним елементом комплексного змісту права на охорону здоров'я, логічно витікає із нього та його конкретизує (підтверджує). Право на охорону здоров'я у більшості випадків найбільш часто реалізується саме шляхом здійснення особою, яка втратила здоров'я, вольових дій, які направлені на отримання медичної (лікувально-профілактичної) допомоги.[1]

Не дивлячись на те, що стаття 49 Конституції України встановлює, що у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно, існують все ж такі певні проблеми з реалізацією зазначеної норми в повсякденному житті. Дана обставина пов'язана, в першу чергу, з недостатнім фінансуванням державних та комунальних закладів охорони здоров'я. Окрім цього, в Рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 49 Конституції України "у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно" (справа про безоплатну медичну допомогу) від 29.05.2002 року, справа № 1-13/2002, зазначається наступне обґрунтування такого звернення: "сьогодні громадяни України фактично не можуть отримати медичну допомогу в державних і комунальних закладах охорони здоров'я, не сплативши власні кошти за ліки, харчування та "необхідні витратні матеріали". Значна частина населення не спроможна відшкодувати такі витрати, і тому багато громадян змушені відмовлятися від відвідування закладів охорони здоров'я. Отже, конституційне право громадян на охорону здоров'я і медичну допомогу, на думку народних депутатів України, фактично не реалізується, а безоплатність такої допомоги полягає у відсутності прямого розрахунку пацієнта за медичну допомогу у момент її надання".

Так, Конституційний Суд України прийшов до висновку, що положення частини третьої статті 49 Конституції України "у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно" треба розуміти так, що у державних та комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається всім громадянам незалежно від її обсягу та без попере-

[1] Домникова Л.В. Право на охрану здоровья имеет каждый. // Вестник государственного социального страхования № 5, 2005. С. 25.

днього, поточного або наступного їх розрахунку за надання такої допомоги. Поняття медичної допомоги, умови запровадження медичного страхування, у тому числі державного, формування і використання добровільних медичних фондів, а також порядок надання медичних послуг, які виходять за межі медичної допомоги, на платній основі у державних і комунальних закладах охорони здоров'я та перелік таких послуг мають бути визначені законом.[1]

Не дивлячись на наявність зазначеного рішення Конституційного Суду України, в контексті питання надання безоплатної медичної допомоги, реалізація і права на охорону здоров'я, і права на медичну допомогу залишається під питанням, оскільки з громадян продовжують стягувати плату за таку допомогу у будь-яких варіантах розрахунків: готівкових, безготівкових та "добровільних внесків" до різноманітних благодійних фондів.

Окреслюючи проблему реалізації та ефективності права людини на охорону здоров'я не можна зупинятись тільки на проблемних моментах реалізації права на медичну допомогу, окрім цього існують певні труднощі і з реалізацією інших складових права на охорону здоров'я (в розумінні статті 6 Основ законодавства України про охорону здоров'я), а саме: відшкодування заподіяної здоров'ю шкоди; правовий захист від будь-яких незаконних форм дискримінації, пов'язаних із станом здоров'я; участь в управлінні охороною здоров'я та проведенні громадської експертизи з цих питань у порядку, передбаченому законодавством; оскарження неправомірних рішень і дій працівників, закладів та органів охорони здоров'я та ін.

Ефективною охорона здоров'я (а відповідно і реалізація права людини на охорону здоров'я) може бути тільки у випадку наявності високорозвиненої економіки, втілення досягнень науки та техніки в практичну діяльність, у випадку загальної доступності медичної допомоги (як однієї із складових охорони здоров'я населення), у випадку існування розвиненої мережі медичних закладів, а також закладів, які займаються питаннями санітарно-епідеміологічного благополуччя та екологічної безпеки населення, у випадку наявності кваліфікованого персоналу та контрольно-наглядових органів.[2]

В будь-якому випадку яким би високим не був економічний рівень країни, залишаються певні групи населення, у яких відсутня можливість скористатись послугами кваліфікованих лікарів та у випадку захворювання такі люди позбавлені можливості реалізувати своє право на охорону здоров'я, оскільки держава не забезпечить їх навіть мінімальним набором медичних послуг.

---

[1] Рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 49 Конституції України "у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно" (справа про безоплатну медичну допомогу) від 29 травня 2002 р. // Офіційний вісник України. – 2002. - № 23. – С. 1132.

[2] Власенкова В.В. Право на охрану здоровье и медицинскую помощь в Российской Федерации: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.05/ Власенкова Вероника Викторовна; Москва, 2007. – С. 46

Як результат серед основних проблем реалізації права на охорону здоров'я можна виділити наступні: недостатнє фінансування державних та комунальних закладів охорони здоров'я; дискримінація за станом здоров'я; обмеження в отриманні медичної допомоги та ін.

Очевидно, одним із вирішень окреслених проблем може бути поступове впровадження медичного страхування, яке в свою чергу допоможе дофінансувати галузь охорони здоров'я, зробить конкурентоспроможними заклади охорони здоров'я та встановить обґрунтовані ціни на медичні послуги.

Іван Бірюков,
кандидат юридичних наук, професор,
професор кафедри цивільно-правових і господарсько-правових дисциплін
факультету № 2 Національної академії внутрішніх справ

ЩОДО ДЕЯКИХ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАСАД ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ

В. І. Синайський залишив значний слід у цивілістиці. Розроблена ним класифікація основних принципів галузі не втратила свого значення і в сучасний період. У своїй праці «Русское гражданское право» він звертав увагу на те, що теоретики цивільного права, серед іншого, ставлять перед собою задачу перебудувати існуючий цивільно-правовий порядок на нових засадах, намагаються показати, яким слід бути цивільному праву. Але саме питання про те, що повинно при цьому слугувати критерієм: інтереси народного господарства, економічний матеріалізм, природне право, суспільний ідеал, індивідуалізм як ідеальна мета права, інтуїтивне право чи щось інше – залишається відкритим. Водночас, вчений звертав увагу на те, що від 1864 р. щодалі більше поширеним в російській цивілістиці ставав догматичний напрям розвитку[1].

Проблеми, про які писав В. І. Синайський, продовжують турбувати і сучасних дослідників права України. Діапазон відповідних пошуків доволі широкий. Дехто вважає, що заснований на ідеології юридичного позитивізму правовий порядок вичерпав себе. Так, на думку О. М. Костенка, юридичний позитивізм є антинауковою правовою ідеологією, що відкриває шлях до правового свавілля і правових ілюзій[2]. Дослідник, немов би підтверджуючи справедливість думки І.Канта про те, що юристи ще намагаються визначити поняття права[3], назвав

---

[1] Див. : *Синайський В. І.* Русское гражданское право / В. Синайский // Антологія української юридичної думки. В 6 т. / Рекол.: *Ю. С.Шешученко* (голова) та ін. Том 6: Цивільне право / Упорядники: *Я. М. Шевченко, І. Б. Усенко, Г. П. Тимченко, Т. І. Бондарук, С. Є. Морозова*: відп. ред. *Я. М. Шевченко* – К.: Видавничий Дім «Юридична книга», 2003. – С. 447.

[2] *Костенко О. М.* Юридична освіта і правове виховання як засоби забезпечення правопорядку / О. М. костенко // Право України. – 2011. – № 8. – С. 189.

[3] Цит. за: *Булгаков С. Н.* От марксизма к идеализму: статьи и рецензии. 1805–1903 / С. Н. Булгаков. – М.: 2006. – С. 438.

одну з своїх статей «Що таке право? Про основи натуралістичної юриспруденції у світлі соціального натуралізму»[1], у якій також намагається його переглянути. Зокрема, до перелічених В. І. Синайським напрямів філософського розуміння права тут додано теорію про натуралістичну юриспруденцію.

Необхідно звернути увагу також і на те, що сучасні теоретичні розробки не можуть не торкатися проблем правотворчості. Особливого значення вони набувають при визначенні законодавцем основних засад того чи іншого закону. А, виходячи з того, що, на думку Н. С. Кузнєцової, принципами права визнаються такі відправні (основні) положення, які виражають найважливіші закономірності розвитку права, визначають його головні риси, характеризуються найвищим рівнем імперативності і загальною значимістю, відбивають необхідність побудови і зміцнення певного суспільного ладу[2], то особливо великого значення набуває проблема визначення конституційних засад розвитку права. Адже заміна конституційних принципів (засад) є ознакою нестабільності правового розвитку держави і низького професійного рівня законодавця.

На підтвердження сказаного проаналізуємо деякі зміни до ст. 129 Конституції, в редакції Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)»[3].

У попередній редакції названої норми слово «закон» згадувалося два рази. В частині першій зазначалося: «суддя підкоряється лише закону», в частині третій законність визнавалась основною засадою судочинства. В новій редакції ст. 129 слово «закон» не згадується. Якщо раніше суддя повинен був підкорятися лише закону, то зараз він повинен буде керуватися верховенством права.

Є підстави стверджувати, що верховенство права і законність не слова-синоніми. Кожне з них має свій зміст. Так, ст. 8 КПК України визначає, що кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. А ст. 9 КПК під законністю розуміє те, що під час кримінального провадження суд, слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, інші службові особи органів державної влади зобов'язані неухильно додержуватися вимог Конституції України, цього Кодексу, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, вимог інших актів законодавства.

Вилучивши з Конституції України принцип законності судочинства і замі-

---

[1] *Костенко О. М.* Що є право? Про основи «натуралістичної» юриспруденції у світлі соціального натуралізму / О. М. Костенко // Право України. – 2010. – № 4. – С. 83–91.

[2] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. – 3-є вид. перероб. і доп. / За ред. *О. В.Дзери, Н. С.Кузнєцової, В. В. Луць*. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – Т. 1. – С. 13–14.

[3] Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» // Голос України. – 2016 – 29 червня.

нивши його принципом верховенства права, законодавець не визначив нових критеріїв оцінки роботи суддів. Вони як були зобов'язані підкорятись закону, так і лишились. Якість їх роботи як оцінювалась за вмінням правильно застосовувати законодавчі норми, так і буде оцінюватись. Принцип же верховенства права аж ніяк не характеризується найвищим рівнем імперативності та конкретності, але при бажанні дає можливість звинуватити суддю в тому, що він ним не керувався.

Необхідно звернути увагу також і на те, що у ст. 129 Конституції України лишився без змін сумнівний для права в цілому принцип доведеності вини. З таким формулюванням назви цього принципу можна було б погодитися, якби мова йшла про кримінальне провадження, і то з уточненням того, що діє принцип презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини.

Що ж стосується вини у цивільному праві, то вона має свої особливості. Якщо у кримінальному праві діє презумпція невинуватості, то у цивільному – презумпція винуватості боржника. Відсутність власної вини в цивільному праві доводиться особою, яка порушила зобов'язання. Боржник буде вважатись винуватим доти, доки не доведе своєї невинуватості. За таких умов суд не зможе забезпечувати доведеності вини, а відтак принцип не буде діяти.

Кримінальна відповідальність не може настати у разі відсутності вини особи, яка притягається до відповідальності. У цивільному праві мають місце випадки, коли відповідальність боржника настає за відсутності з його боку вини (ст. ст. 1176, 1187 ЦК України). Це можна пояснити специфікою деяких договорів та особливостями недоговірних відносин.

Акцентуючи увагу лише на одному елементі складу правопорушення - вині, законодавець применшує значення інших його складових. Так, очевидно, точнішою була б редакція: «забезпечення доведеності складу злочину чи складу іншого правопорушення».

Підводячи підсумок викладеного, можна стверджувати, що зосередження В. І. Синайським своїх зусиль на вивченні основних принципів галузі, на їх втіленні у чинному законодавстві та в реальному цивільно-правовому середовищі[1] були актуальними як під час його досліджень, так і залишаються такими сьогодні.

---

[1] *Усенко І. Б., Малявко О. М.* Синайський Василь Іванович / І. Б. Усенко, О. М. Малявко // Антологія української юридичної думки. В 6 т. / Редкол.: *Ю. С. Шемшученко* (голова) та ін. Том 6: Цивільне право / Упорядники: *Я. М. Шевченко, І. Б. Усенко, Г. П. Тимченко, Т. І. Бондарук, С. Є. Морозова*; відп. ред. *Я. М. Шевченко* – К.: Видавничий Дім «Юридична книга», 2003. – С. 440.

Ирина Богдан,
к.ю.н., ассистент кафедры трудового права и права социального обеспечения Киевского национального университета имени Тараса Шевченка

ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСТРУКЦИИ КАК СРЕДСТВО ДОСТИЖЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ ТРУДОПРАВОВЫХ НОРМ

1. Несмотря на то, что эффективность не является свойством норм трудового права, ее степень зависит от правовых средств, используемых для достижения целей данных норм. Неправильно выбранные средства не могут привести к желаемому результату и достижению целей, лежащих в основе трудовых правоотношений.

Эффективность не является свойством норм права, в том числе норм трудового права. Право становиться эффективным лишь в своем применении, то есть в связи с воздействием на общественные отношения. Точнее говоря, эффективность права определяется его результативностью в смысле придания общественным отношениям такого направления развития, которое предполагалось[1] его целью.

Степень результативности воздействия нормы на поведение участников трудовых правоотношений следует определять на основе определенных критериев, позволяющих ее установить и оценить. При этом категория «эффективности» есть динамичной и оценочной, а соответственно оценка влияния норм на фактическое взаимодействие участников трудовых отношений носит временный характер и требует систематической переоценки.

Юридическая сторона эффективности определяется правильностью правовой цели и средств. При этом все многообразие правовых средств сводится в конечном итоге к изданию двух категорий норм – правоустановительного и правоохранительного характера[2].

Нет сомнения, что право может быть высоко результативным лишь в случае соответствия его определенным критериям эффективности. Единых критериев для оценки эффективности норм права в научной литературе не выработано, но общий подход к оценке степени воздействия норм на трудовые отношения определен.

Так, нормы должны отвечать определенным требованиям как с точки зрения содержания (научно обоснованно, соответствует объективным закономерностям развития, достигнутому уровню правосознания общества, внутренне согласованно, своевременно и т.д.), так и формы (доходчиво по языку и стилю

[1] Смирнов О.В. Эффективность правового регулирования организации труда на предприятии. – М: Юридическая литература. – 1968. – 184 с. – С.20.

[2] Там же. – С.26.

изложения стабильно, обозримо, систематизировано, освобождено от устаревших актов и предписаний, повторений, противоречий и т.д.)[1].

Также среди критериев эффективности называют обоснованность, целесообразность, полезность и экономичность (Алексеев С.С.), совершенство законодательства, совершенство правового сознания населения, совершенство правоприменительной деятельности (Кудрявцев В.Н., Никитинский В.Н., Самощенко И.С., Глазырин В.В.), наличие правового явления в правовой системе общества, соответствующий уровень правовой культуры общества и уровень экономического развития, совершенство законодателя и механизм правоприменительного органа, установление адекватной цели существующей реальности для достижения соотношения «цель-результат» (Аракелян М.Р.)[2].

Исходя из названных критериев, результативность нормы не характеризуется исключительно в количественном аспекте, как результат уже примененной нормы (например, снижение или повышение уровня безработицы, количества дисциплинарных проступков или несчастных случаев и т. д.). Более того, количественный показатель эффективности нормы в некоторых случаях нельзя вывести в цифровой показатель, если, к примеру, цель нормы сводится к реализации воспитательной функции трудового права (например, правовые нормы с целью воспитания уважения к труду, повышение авторитета определенной профессии и т.д.).

Качественный аспект эффективности нормы заключается в (1) степени техничности изложения нормы в тексте при ее установлении (2) степени восприятия содержания нормы участниками трудовых правоотношений при соблюдении нормы (ее применении). Оба показателя качественности нормы зависят от значения слов, материализующихся в правовые юридические конструкции. Многозначность слов, отсутствия контекста применения нормы и нечеткость юридической конструкции лишает порой возможности определить цель правового регулирования, а соответственно затруднено и применение данной нормы. Ненадлежащее правовое средство ведет к отсутствию желаемого эффекта (воздействия) на поведение субъектов трудовых правоотношений. Следствием использования ненадлежащих правовых средств при регулировании отношений по организации труда может быть как отсутствие изменений в поведении субъектов трудовых правоотношений, так и их поведение против желаемой цели.

2. Одним из критериев оценки эффективности норм трудового права является совершенство законодательной техники, основным системообразующим элементом которой есть юридические конструкции. Построение юридической

---

[1] Никитинский В.И. Эффективность норм трудового права – М: Юридическая литература. – 1971. – 248 с. – С. 12.

[2] Аракелян М.Р. Эффективность права в контексте правозащитной деятельности государства: теоретический аспект.- [Электронный ресурс] Режим доступа: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/3832/Arakelyan%20M%20R%20Effektivnost%20prava.pdf?sequence=1&isAllowed=y

конструкции и её использование не есть произвольным процессом, а является сознательной деятельностью субъектов, как и любые полученные вследствие анализа и абстрагирования знания.

Знания не являются калькой (отражением) реальности, а конструируются участником трудовых отношений – как законодателем, так и правоприменителем, на основе опыта взаимодействия и зависят от мотивации субъекта, правовых стимулов и ограничений, что определяется в конечном итоге культурой общества и личностными особенностями субъекта. Иначе говоря, субъект не воспринимает смысл вместе с сообщением, а создает смысл на основе воспринятого. Так в процессе коммуникации и в отрыве от юридических конструкций уже абстрагированные знания обуславливают другие знания, тем самым создавая почву для многозначности норм трудового законодательства и многовариантности их применения.

Таким образом, именно сформулированная цель нормы является критерием ее эффективности. Цель для своего осуществления нуждается в средстве: «цель связывает себя через средство с объективностью». Возможность достижения целей более высокого уровня всегда требует предварительного решения задач более низкого уровня. При этом цели более низкого порядка должны рассматриваться в качестве средств для достижения более высоких целей[1].

В данном контексте функцию распределения указанных приоритетов внутри отрасли права выполняют именно юридические конструкции. как системообразующие элементы, определяющие механизм взаимодействия целей трудового права разного уровня и установления принципа, лежащего в основе механизма их взаимодействия.

Таким образом, именно цель оправдывает правовое средство, должное к применению, а средство и есть отображением результата указанной цели. Метод познания права путем выявления юридических конструкций обеспечивает эффективность механизма правового регулирования, а соответственно обеспечивает реализацию цели трудоправовых норм.

Сніжана Богданова,
аспірантка відділу конституційного права та місцевого самоврядування Інституту держави і права ім. В.М.Корецького НАН України

РОЛЬ ПОСТІЙНОГО ПРЕДСТАВНИКА ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ У КОНСТИТУЦІЙНОМУ СУДІ УКРАЇНИ В АСПЕКТІ ВЗАЄМОДІЇ ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ ТА КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Здійснення державної влади в Україні, як демократичній, правовій та соціальній державі, здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу

[1] Эффективность правовых норм/ Кудрявцев В.Н., Никитинский В.И., Самощенко И.С., Глазырин В.В. – М.: Юрид.лит., 1980. – 280 с. – С.34.

та судову за умови незалежного виконання кожним органом державної влади своїх функцій та повноважень у межах, встановлених Конституцією та законодавством України.

Кожна з гілок влади у сукупності становить цілісний механізм, складові якого не можуть функціонувати відокремлено та тісно взаємодіють між собою на різних рівнях. Яскравим та специфічним прикладом такої взаємодії є участь Постійного представника Верховної Ради України у Конституційному Суді України.

В науці конституційного права України деяких аспектів взаємодії між собою органів державної влади торкалися такі вчені як Селіванов А.О., Вільгушинський М.Й., Погорілко В.Ф., Савчин М.В., Тодика Ю.М. та інші.

Не зважаючи на це, роль представника Верховної Ради України у Конституційному Суді України в аспекті їх конституційно-правової взаємодії в наш час не є дослідженою в повній мірі, що зумовлюється відсутністю фундаментальних теоретичних основ сутності взаємодії органів державної влади та глибинного розуміння самої категорії «взаємодії». Окрім того, взаємодія Верховної Ради України та Конституційного Суду України через представника має певну специфіку, обумовленою участю представника у конституційному провадженні по справам, передбачених законодавством[1].

Закріплення на законодавчому рівні можливості участі представника Верховної Ради України у конституційному провадженні є необхідним кроком до побудови правової держави.

Тому, відповідно до ст. 72 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16.10.1996 р. № 422/96-ВР, Конституційний Суд України обов'язково залучає до участі в провадженні у справі представників органів влади, акти яких оспорюються за конституційним поданням щодо їх конституційності[2].

20.05.1999 р. Верховною Радою України прийнято положення «Про постійного представника Верховної Ради України у Конституційному суді України»[3], що затверджене постановою №691-XIV «Про участь постійного представника Верховної Ради України у конституційному провадженні». Даним положенням визначено функції та повноваження представника Верховної Ради України у конституційному провадженні.

Так, відповідно до вказаного положення представник Верховної Ради України у Конституційному суді України бере участь у веденні справи - конститу-

---

[1] Про участь постійного представника Верховної Ради України у конституційному провадженні: Постанова Верховної Ради України від 20.05.1999 р. №691-XIV. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/691-14

[2] Про Конституційний Суд України: Закон України від 16.10.1996 № 422/96-ВР. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/422/96-%D0%B2%D1%80

[3] Про участь постійного представника Верховної Ради України у конституційному провадженні: Постанова Верховної Ради України від 20.05.1999 р. №691-XIV. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/691-14

ційному провадженні. При чому представник наділяється правом вчинення від імені Верховної Ради України, яку представляє, всіх процесуальних дій, крім повної або часткової відмови від заявленої позиції Верховної Ради України.

Слід зазначити, що представник парламенту у конституційному провадженні при обґрунтуванні правової позиції Верховної Ради України виконує функцію своєрідного захисту нормативно-правового акту, що перевіряється Конституційним Судом України на відповідність Конституції України. Тобто доводячи позицію Верховної Ради України щодо певного нормативно-правового акту, представник виходить з презумпції конституційності даного акту, повністю підтримуючи заявлену позицію Верховної Ради України.

Положенням «Про постійного представника Верховної Ради України у Конституційному Суді України» передбачено повноваження представника при виконанні покладених на нього функцій взаємодіяти із структурними підрозділами апарату Верховної Ради України, секретаріатами комітетів Верховної Ради України з метою підготовки пояснень та висновків щодо законів та інших правових актів Верховної Ради України, які перебувають у конституційному провадженні. Окрім того, представник наділений через Керівника Верховної Ради України правом залучення науковців і фахівців для проведення юридичної експертизи чинних правових актів, які перевіряються Конституційним Судом України на предмет їх конституційності

Це має важливе значення, адже проаналізувавши практику участі представника парламенту в конституційному провадженні, можна прийти до висновку, що обсяг правової та наукової інформації, що надається та обґрунтовується представником за дорученням Голови Верховної Ради України у межах офіційного пояснення, істотно впливає на формування правової позиції, викладеної у рішеннях Конституційного Суду України. В даному аспекті знаходить своє вираження непрямий вплив представника на рішення Конституційного Суду України.

Слід зазначити, що в умовах проведення конституційної та судової реформ 02.06.2016 року Верховною Радою України прийнято Закон, якими були внесені зміни до Конституції України щодо правосуддя. Так, зокрема, внесені зміни до ст. 147 Конституції України, яку викладено в новій редакції: «Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України законів України та у передбачених цією Конституцією випадках інших актів, здійснює офіційне тлумачення Конституції України, а також інші повноваження відповідно до цієї Конституції»[1]. Тобто до повноважень Конституційного Суду України зі внесенням змін до Конституції України більше не належить тлумачення Законів України, чим самим Посітйного представника позбавлено функ-

[1] Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 02.06.2016 № 1401-VIII. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1401-19/paran6#n6

ції представництва Верховної Ради України у конституційному провадженні щодо офіційного тлумаченням законів України.

Через взаємодію представника Верховної Ради України з Конституційним Судом України при виконанні покладених на нього повноважень, реалізується здійснення функцій представника. До них, зокрема, належать: підготовка матеріалів, проектів висновків, пояснень, зперечень, необхідних при дослідженні Конституційним судом предмету конституційного провадження; підготовка матеріалів щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту; приймання участі у пленарних засіданнях Конституційного Суду України та засіданнях його колегій та інші функції, передбачені положенням.

Для можливості здійснення представником функцій та повноважень, положенням закріплено право представника представляти парламент в Конституційному Суді України у випадках, передбачених законом; брати участь у розгляді справ Конституційним Судом України на його пленарних засіданнях; вносити пропозиції керівнику парламенту щодо створення експертних і робочих груп для проведення наукових та спеціалізованих експертиз стосовно правових актів, які є предметом розгляду у Конституційному Суді України; витребовувати необхідні для конституційного провадження матеріали та інформацію від підрозділів апарату Верховної Ради України; здійснювати зв'язки в установленому порядку з органами державної влади стосовно справ, які перебувають у провадженні Конституційного Суду України тощо.

Конституційне провадження відкидає можливість змагальності сторін у процесі, тому участь Постійного представника Верховної Ради України у Конституційному Суді України опосередковано забезпечує захист та практичне доведення аргументованої позиції Верховної Ради України з певного питання до складу Конституційного Суду України. Це є одною із специфічних ознак сутності взаємодії Представника парламенту та Конституційного Суду України, яку вчений Селіванов А.О. вважає суттєвим недоліком Закону України «Про Конституційний Суд України»[1].

Крім того, що представник Верховної Ради України в Конституційному Суді України виступає уповноваженим парламенту, він є самостійним та незалежним від інших учасників конституційного провадження, що значною мірою відповідає принципу незалежності органів державної влади України при умові ефективної взаємодії.

Специфіка взаємодії Верховної Ради України через постійного представника та Конституційного Суду України полягає в тому, що його функції виходять із праворозуміння діяльності Верховної Ради України, оскільки не стосуються напряму законодавчого процесу. Представник Верховної Ради України,

[1] Представник і представництво у конституційному та загальному судочинстві: Селіванов А.О. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=12&d=456

як законодавчого органу, в конституційному провадженні покликаний довести до Конституційного Суду України не тільки зміст права та закону, а і порядок його створення та реалізації.

Особливість правового становища представника Верховної Ради України знаходить своє вираження в тому, що кандидати для призначення на цю посаду не проходять конкурсного відбору. Важливим в цьому питанні є політична довіра та авторитет певного кандидата у парламенті, адже дана особа не повинна мати ознак політичної зацікавленості, сумлінно виконуючи повноваження, покладені на неї законодавством України. Саме такий представник парламенту може забезпечити високий рівень ефективності взаємодії Верховної Ради України та Конституційного Суду України в процесі конституційного провадження.

Ольга Бойко,
аспірантка відділу аграрного, земельного, екологічного та космічного права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

АНАЛІЗ НОРМ ЗАКОНОДАВСТВА, ЩО ВИЗНАЧАЮТЬ ПРАВОВИЙ СТАТУС ЦЕНТРАЛЬНОГО ОРГАНУ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ, ЩО РЕАЛІЗУЄ ДЕРЖАВНУ ПОЛІТИКУ У СФЕРІ КАРАНТИНУ РОСЛИН

Однією з найважливіших властивостей права є його здатність виступати в ролі регулятора суспільних відносин. На відміну від інших соціальних норм (норми моралі, релігії, політичні норми тощо) норми права є обов'язковими та легітимовані усіма членами суспільства. Ефективність права залежить від ряду причин, зокрема, рівня нормотворчої техніки та системності врегулювання правовідносин законодавцем в конкретній сфері. На жаль, законодавець часто приймає нормативно-правові акти, норми яких є суперечливими та не в повній мірі відповідають тим суспільним відносинам, що склалися, у тому числі це стосується при врегулюванні правового статусу державних органів.

В Україні завершується реформування органів виконавчої влади у сфері карантину рослин, яке розпочалось із винесенням 10 вересня 2014 р. постанови Кабінету Міністрів України №442 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади». Так, було утворено Державну службу України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів (далі – Служба), реорганізувавши Державну ветеринарну та фітосанітарну службу (далі – Держветфітослужба) та приєднавши Державну інспекцію з питань захисту прав споживачів і Державну санітарно-епідеміологічну службу.

Служба є центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у галузі ветеринарної медицини, безпечності та окремих показни-

ків якості харчових продуктів, карантину та захисту рослин, ідентифікації та реєстрації тварин, санітарного законодавства, попередження та зменшення вживання тютюнових виробів та їх шкідливого впливу на здоров'я населення, метрологічного нагляду, ринкового нагляду в межах сфери своєї відповідальності, насінництва та розсадництва (в частині сертифікації насіння і садивного матеріалу), державного нагляду (контролю) у сферах охорони прав на сорти рослин, насінництва та розсадництва, державного контролю за додержанням законодавства про захист прав споживачів і рекламу в цій сфері[1].

Діяльність Служби спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра аграрної політики та продовольства. Нам видається необгрунтованим спрямування та координацію через Міністра аграрної політики та продовольства через наступні причини. Зокрема, згідно з Положенням про Держпродспоживслужбу, окрім вказаного Міністра, фактично за кожну із перерахованих сфер діяльності Служби відповідають міністри, які забезпечують формування і реалізацію державної політики у згаданих сферах. Таким чином, вони здійснюють ряд повноважень, які згідно з Законом України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17.03.2011 р. №3166-VI[2] повинні закріплюватись виключно за Міністром з аграрної політики та продовольства України. Таким чином, по-перше, виникає правова колізія між вказаними нормативними актами, а по-друге, відсутність чіткого розподілу компетенції щодо координації роботи Служби між Міністром аграрної політики та продовольства та іншими міністрами, які формують та реалізують державну політику, у відповідних сферах може призвести до ряду бюрократичних перешкод у роботі Служби, у тому числі у сфері карантину рослин. З огляду на зазначене, на нашу думку, доцільнішим є спрямування і координація діяльності Служби Кабінетом Міністрів України через Прем'єр-міністра, який згідно повноважень здійснює реалізацію всіх напрямків державної політики.

Одним із важливих напрямів модернізації системи державного управління в Україні є відмова від методів традиційного бюрократичного адміністрування та децентралізація владних повноважень. Проте при визначенні правового статусу Держпродспоживслужби характерною є, навпаки, централізація владних повноважень, особливо що стосується кадрових питань.

Таким чином, вважаємо, цілком виправданим передачу Голові Служби повноважень самостійно призначати та звільняти з посади без погоджень своїх заступників (згідно з Положенням про Держспоживслужбу заступники Голови Служби призначаються та звільняються з посади Кабінетом Міністрів Укра-

---

[1] Про затвердження Положення про Державну службу України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів: Постанова Кабінету Міністрів України від 2 вересня 2015 р. № 667 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/667-2015-%D0%BF/paran157#n157

[2] Про центральні органи виконавчої влади: Закон України від 17.03.2011 № 3166-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. - № 38. - Ст.385.

їни за поданням Прем'єр-міністра України на підставі пропозицій Міністра аграрної політики та продовольства України), призначати без погодження з Міністрам аграрної політики та продовольства України та з головами відповідних місцевих державних адміністрацій керівників територіальних органів, а вони в свою чергу своїх заступників без погодження із Головою Служби. Також передачу Голові Служби від Кабінету Міністрів України повноважень утворювати та ліквідувати територіальні органи у межах коштів, передбачених на утримання Служби, самостійно затверджувати структуру апарату Служби тощо, оскільки перепризначення та перепогодження невиправдано затягувало вирішення важливих кадрових питань та суттєво ускладнювало роботу Служби на перших етапах її формування.

Окрім кадрових питань цілком логічним вважаємо децентралізувати повноваження у сфері карантину рослин та передати від Кабінету Міністрів України до Служби повноваження самостійного прийняття рішень щодо запровадження або скасування карантинного режиму та запровадження на період масового розвитку і поширення особливо небезпечних шкідливих організмів особливого режиму захисту рослин та відповідних заходів захисту рослин. Оскільки, дані питання потребують невідкладного вирішення, крім того Служба є органом, в якому працюють фахівці з визначених напрямків, тому надання їй та її територіальними органами повноважень щодо самостійного прийняття рішення з зазначених питань уявляється доцільним

Окремо слід зазначити про колізійність між нормами Закону України «Про карантин рослин» від 30.06.1993 № 3348-XII (далі – Закон) та Положенням про Держпродспоживслужбу в частині визначення пріоритетних напрямків роботи Служби. Закон покладає на Службу такі основні завдання, а саме: виявлення локалізація і ліквідація регульованих шкідливих організмів, запобігання їх занесенню, проникненню на територію України, у зони вільні від таких регульованих шкідливих організмів та ін. У свою чергу Положення значно звужує цей перелік у сфері карантину росли, покладаючи лише обов'язок здійснення не самих фітосанітарних заходів, а виключно контролю за їх виконанням.

Крім того, слід наголосити на звуженні Положенням про Держпродспоживслужбу обсягу прав Служби щодо здійснення фітосанітарного контролю об'єктів регулювання. Так, службі надане право обмежувати, забороняти, тимчасово припиняти діяльність, вживати відповідно до закону інших заходів реагування, у тому числі обмежувати або забороняти ввезення (пересилання) на митну територію України, перевезення через митну територію України (транзит) живих тварин, репродуктивного матеріалу, біологічних продуктів, патологічного матеріалу, кормів, засобів ветеринарної медицини, засобів догляду за тваринами, неїстівних продуктів тваринного походження та харчових продуктів. Водночас серед перерахованих об'єктів не вказано об'єкти регулювання у сфері карантину рослин, хоча згідно з Закону «Про карантин рослин» та Фітосанітарними правилами ввезення з-за кордону, перевезення в межах країни, транзиту,

експорту, порядку переробки та реалізації підкарантинних матеріалів, затверджених Наказом Міністерства аграрної політики України № 414 від 23.08.2005 р. та інших актів законодавства у даній сфері, даний орган, безумовно має такі права і щодо об'єктів регулювання у сфері карантину рослин.

Окремі норми Положення про Держпродспоживслужбу несуть собою корупційні ризики. Так, абзацом 4, пп. 3, п. 4 Положення закріплено розроблення та здійснення Службою фітосанітарних заходів, що стосуються обмеженого (визначеного) кола осіб чи випадків, передбачених законодавством, але під дану норму, на нашу думку, може підпадати невизначене коло осіб та випадків, оскільки відсутній їхній чіткий перелік у законодавстві.

Окремо хотілося б наголосити на деяких огріхах в нормотворчій техніці при написанні даного положення: обов'язок щодо подання до Кабінету Міністрів України про запровадження або скасування карантинного режиму продубльовано у абзацах 2 і 38 пп. 3 п. 4 Положення.

Таким чином, можемо констатувати несистемність та суперечність норм Положення про Державну службу з питань безпечності харчових продуктів та прав споживачів, що спричиняють зайві бюрократичні перешкоди у діяльності Служби та несуть корупційні ризики. Тому для ефективної роботи Служби, на нашу думку, є доцільним внести запропоновані нами зміни до Положення про Державну службу з питань безпечності харчових продуктів та прав споживачів та інших відповідних нормативних актів.

Марія Бондарєва,
к.ю.н., доцент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЩОДО ЗМІСТУ І СУТІ ПРАВ, ЩО ВИНИКАЮТЬ У СПАДКОЄМЦЯ В РЕЗУЛЬТАТІ ВІДКРИТТЯ СПАДЩИНИ, А ТАКОЖ ПІСЛЯ ЇЇ ПРИЙНЯТТЯ

В частині 5 статті 1268 ЦК України йдеться про «належність спадщини спадкоємцеві». Зміст, правова природа права, на якому базується така належність, в кодексі не розкривається і не уточняється. Що важливо для подальших міркувань, в названій статті не йдеться про належність спадщини на праві власності. Подібний підхід не вирізняється оригінальністю і притаманний законодавствам інших країн (ФРН, Франції, Ізраїлю, Латвії, Російської Федерації, Казахстану), в деяких з яких[1] прийнята спадщина визнається належною спадкоємцеві з дня відкриття спадщини не тільки незалежно від часу її фактичного прийняття, але і незалежно від моменту державної реєстрації права спадкоємця

[1] Прикладом зазначеного є частина 4 статті 1152 Цивільного кодексу Російської Федерації (Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к разделуV: Наследственное право/ Под ред. П.В.Крашенинникова.- М.: Статут, 2013.- 264 с.- С.141)

на спадкове майно, якщо таке право підлягає державній реєстрації. Стаття 1433 Цивільного кодексу Грузії навпроти визначає, що прийнята спадщина *вважається власністю* спадкоємця з дня відкриття спадщини.

Г.Ф.Шершеневич відзначає, що «особа, яка має право на спадкування з моменту відкриття спадщини, ще не може вважатися суб'єктом відносин, в яких перебував спадкодавець. Вона ще і не має ні права власності, ні права вимоги, ні заставного права і жодного іншого з тих, що належали спадкодавцю. Для того ж, щоб стати суб'єктом прав та обов'язків, спадкоємцю необхідно прийняти спадщину»[1]. Після прийняття спадщини спадкоємець набуває вже не потенційні, а реальні права на прийняту спадщину, тобто здатність бути суб'єктом прав та обов'язків, що належали спадкодавцю. В свою чергу, «праву спадкоємця на прийняту спадщину відповідає обов'язок всіх осіб, що полягає в ухиленні від дій, які б могли йому завадити скористатися своїм правом»[2].

Здатність бути суб'єктом прав та обов'язків слід відрізняти від практичної можливості її реалізувати, адже «прийняття спадщини слід розглядати і як виникнення у спадкоємця права управляти (володіти) в рамках закону успадкованим нерухомим майном до моменту реєстрації права власності»[3].

Ю.К.Толстой допускає виникнення у спадкоємця в результаті прийняття спадщини «права на спадщину, яке в залежності від того, що входить до складу спадщини, в свою чергу, розпадається на ряд прав (правомочностей)»[4]. Реальне значення такого права на спадщину О.С.Йоффе вбачає «не в тому, що його носій взагалі має це право, а в тому, що останнє є юридичною підставою для виникнення нового права – права власності»[5]. Прийняття спадщини спадкоємцем означає, на думку І.П.Орлова і О.Є.Кухарєва[6], набуття ним «права власності на майно, яке було в наявності на момент смерті спадкодавця»[7].

Право на спадщину, що виникає у спадкоємця після прийняття спадщини, не пов'язане із реальними діями спадкоємця, і полягає в тому, що дане спадкове право, як зазначає О.С.Йоффе, «є юридичною підставою для виникнення нового права власності... Саме тому, що спадкове право настільки наближається

---

[1] Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т.2/ Г.Ф.Шергеневич.- М.: Статут, 2005.- С.405

[2] Инцас В.Л. Наследование как особый вид правоприемства в советском гражданском праве: автореф. дис... канд. юрид. Наук: 12.00.03/ В.Л.Инцас; Лениградский гос. университет.- Л., 1973.- 15 с.- С.6

[3] Крылов С. Регистрация прав на недвижимость: понятие и проблемы/ С.Крылов// Росссийская юстиция.- 1997.- № 10

[4] Толстой Ю.К. Наследственное право/ Ю.К.Толстой.- М.: Издательство «Проспект», 1999.- С.30, 33

[5] О. С. Иоффе. Правоотношение по советскому гражданскому праву/ О.С.Йоффе.- Л. 1949.- С.138.

[6] Орлов І.П., Кухарєв О.Є. Правочини в сфері спадкового права: монографія/ І.П.Орлов, І.П.Кухарєв.- К.: Алерта, 2013.- 270 с.- С.147

[7] Там само, С.149

до права власності, яке *з нього виникає*, спадкове правовідношення по своїй конструкції виявляється аналогічним відношенню власності»[1]. Таким чином, *право на спадщину,* що виникає в результаті прийняття спадщини спадкоємцем, *не тотожне праву власності на спадщину*, а *є підставою його виникнення і одночасно етапом у його виникненні*. Можна говорити про послідовність виникнення права на спадщину і права власності.

Даний підхід підтриманий судовою практикою. З обґрунтованості розмежування категорій «виникнення права на спадщину» (частина 5 статті 1268, частина 3 статті 1296 ЦК України) і «виникнення права власності на нерухоме майно, що входить до складу спадщини» (частина 2 статті 1299 ЦК України), виходить в своїх рішеннях від 11.05.2005 р. № 4-рп/2005, від 09.11.2011 р. № 14-рп/2011 Конституційний Суд України[2].

Щодо правової природи права, яке виникає у спадкоємця в результаті прийняття спадщини, то О.П.Печений визначає його як «непоіменоване» майнове право, що тяжіє до речових прав, захист якого здійснюється аналогічно захисту речових прав і права власності за правилами глави 29 ЦК України[3]. Вчений називає це ефектом «визрівання» суб'єктивного права – із спадкового права «визріває» право власності[4]. А ми пропонуємо вести мову про заміщення одного права іншим – права на спадщину правом власності.

Судова практика в означеному питанні не є послідовною і однозначною.

Верховний Суд України у постанові від 23.01.2013 року у справі № 6-164цс12[5] вказує, що спадкоємець, який прийняв спадщину, набуває з часу її відкриття *речові права* на успадковану квартиру – *право володіння та право користування* нею і, відповідно, право на захист цих прав, а *право розпорядження виникає в позивача з часу державної реєстрації* його права власності.

В постанові ВСУ від 8 квітня 2015 року у справі № 6-33цс15 зазначається,

---

[1] Иоффе, О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву /О. С. Иоффе; Отв. ред. С. И. Аскназий; Ленинградский государственный университет им. А. А. Жданова. Институт экономики, философии и права. -Л. :Изд-во ЛГУ,1949. -143 с.- С.137-138

[2] Рішення КСУ від 11.05.2005 р. № 4-рп/2005; рішення КСУ від 09.11.2011 р. № 14-рп/2011 (цитується за: Кармаза О.О. Концепції охорони та захисту житлових прав в Україні: матеріальний та процесуальний аспекти: монографія/ О.О.Кармаза.- М.: Видавництво ПрАТ «Миронівська друкарня», 2013.- 400 с., С.107)

[3] Печений О. П. Деякі аспекти визначення складу спадщини за цивільним законодавством України [Електронний ресурс] / О. П. Печений // Теорія і практика правознавства : електрон. наук. фах. вид. Нац. ун-ту "Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого". – Х., 2013. – Вип. 1. – Режим доступу : http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el_zbirnik/1.2013/Pechen.pdf.

[4] Печений О. П. Деякі проблеми державної реєстрації у сфері спадкових правовідносин [Електронний ресурс] / О. П. Печений // Теорія і практика правознавства : електр. наук. фах. вид. Нац. ун-ту «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – 2013. – Вип. 2. – Режим доступу : http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el_zbirnik/2.2013/10_1.pdf.

[5] Постанова Верховного Суду України від 23.01.2013 р. Справа № 6-164цс12 [Електрон. ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/Review/29023880

що *право розпорядження* спадщиною виникає *після оформлення успадкованого права власності* у встановленому законом порядку[1].

Що стосується питання значення реєстрації, то положення частини 1 статті 182 ЦК України про необхідність державної реєстрації *переходу права власності*, кореспондується з положенням про *перехід права власності* на нерухомість до спадкоємців *на загальних підставах*, що слідує з частини 1 статті 1225 цього ж кодексу. Іншими словами, перехід права власності здійснюється незалежно від факту реєстрації права, проте підлягає державній реєстрації, яка, як слідує з п.1 частини 1 статті 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» в редакції Закону України від 26.11.2015 № 834-VIII[2], *є* лише *офіційним визнанням і підтвердженням* державою *фактів набуття*, зміни або припинення речових прав на нерухоме майно, обтяжень таких прав шляхом внесення відповідних записів до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно.

Щодо правового значення оформлення набутого спадкоємцем права на спадщину, то свідоцтво про право на спадщину є однією з підстав для державної реєстрації речового права згідно п.3 частини 1 статті 27 Закону «Про державну реєстрацію речових прав та їх обтяжень». При цьому як вказує Верховний суд України у своїй постанові від 06.07.2016 року у справі № 6-3095цс15[3], відсутність свідоцтва про право на спадщину не позбавляє спадкоємця права на спадщину (частина 3 статті 1296 ЦК України), а лише *обмежує його право розпорядження* спадщиною. Далі в постанові зазначається, що системний аналіз норм права свідчить про те, що *спадкоємець, який у встановленому порядку прийняв спадщину, є її власником з часу її відкриття*, а документом для підтвердження права власності на спадкове майно є свідоцтво на спадщину, отримане у встановленому порядку. Відсутність реєстрації права власності відповідно до Закону України «Про реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» не зумовлює позбавлення особи прав користування та володіння *належним їй на праві власності* майном.

ВССУ при формулюванні висновків в абзацах 39-42 пункту 1 листа «Про судову практику розгляду цивільних справ про спадкування» від 16.05.2013 року № 24-753/0/4-13[4] (далі – Лист) вказує, що *виникнення у спадкоємця права на*

---

[1] Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 8 квітня 2015 р. Справа № 6-33цс15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://reyestr.court.gov.ua/ Review/43533922.

[2] Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України в редакції Закону України від 26.11.2015 № 834-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1952-15

[3] Постанова Верховного суду України від 06.07.2016 року у справі № 6-3095цс15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS160691.html

[4] Про судову практику розгляду цивільних справ про спадкування: Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 16.05.2013 року

спадщину, *яке пов'язується з її прийняттям, як майнового права* зумовлює входження права на неї до складу спадщини після смерті спадкоємця, який не одержав свідоцтва про право на спадщину (статті 1296, 1297 ЦК України) та не здійснив його державної реєстрації (стаття 1299 ЦК України). Якщо за життя спадкодавець не набув права власності на нерухомість, то спадкоємець так само не набуває права власності у порядку спадкування. До спадкоємця переходять лише *визначені майнові права,* які належали спадкодавцеві на час відкриття спадщини. Для набуття права власності у встановленому законодавством порядку спадкоємець повинен здійснити дії, які необхідні для набуття права власності на визначене нерухоме майно (абз.12-13 п.3.1. Листа).

Іншими словами, позиція ВССУ полягає в тому, що спадкоємець до оформлення набутих внаслідок прийняття спадщини «визначених майнових прав» жодного іншого права на спадщину не набуває. Зміст останніх, очевидно, охоплює окремі правомочності власника (володіти, користуватися майном), межі яких до певного моменту не конкретизовані, а обсяг повноважень – не визначений. Невизначеність в обсязі права на спадщину буде зберігатися до моменту закінчення строку на прийняття спадщини, оскільки саме в цей момент відбудеться остаточне визначення суб'єктного складу спадкового правовідношення, а у випадку спадкування нерухомості – до моменту державної реєстрації права на неї. В такому випадку остаточна трансформація права на прийняту спадщину в право власності відбудеться з моменту його реєстрації згідно із Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».

Отже, *перехід* права власності в частині права володіння та права користування успадкованим майном *пов'язується* з виникненням у спадкоємця права на спадщину, далі слідує оформлення набутого права в нотаріальному порядку, і тільки після того - державна реєстрація вже набутого і оформленого спадкоємцем права. Прямий зв'язок права на прийняття спадщини з «матеріальними правами» в такій ідеальній конструкції, як думається, відсутній. З цього приводу вдало висловлюється С.С.Алексеев, на думку якого «між ними знаходиться право на спадщину», яке є «правовою сходинкою до перетворення права власності і інших «матеріальних» прав померлої особи»[1].

Таким чином, *придбання* спадщини спадкоємцем, оформлення прав на неї і подальша їх державна реєстрація призводять до *перетворення* одного суб'єктивного права в інше: права володіння, наприклад, у право власності. Право на спадщину трансформуватися у право власності не може, оскільки має

№ 24-753/0/4-13Електронний ресурс]. – Режим доступу: /http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v-753740-13

[1] Алексеев С.С. Предмет советского гражданского права и метод гражданско-правового регулирования. «Антология уральской цивилистики 1925-1989 гг.» /С.С.Алексеев.-. М.: Издательство «Статут», 2001.- С.48-49

різну об'єктну спрямованість. Скоріше можна говорити про витіснення правом власності права на спадщину, заміну одного право іншим.

Таким чином, виникнення у спадкоємця права на спадщину є результатом його власної поведінки, тобто наслідком прийняття ним спадщини. Відповідно, між відкриттям спадщини і прийняттям її спадкоємцем вакуум «матеріальних» прав на спадщину заповнюється за допомогою фікції «лежачої» спадщини, сутність якої полягає в потенційності, невизначеності «матеріальних» прав спадкоємців.

Антон Борисенко,
аспірант кафедри цивільного та господарського права
юридичного факультету
Національного гірничого університету

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ ЗА ПОЗОВАМИ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ

Сутність і соціальне призначення права розкривається і конкретизується у його принципах і функціях. Тобто право будується і функціонує на основі певних принципів, які виражають його сутність та соціальне призначення.[1] Юридична енциклопедія дає наступне визначення поняттю «принцип» (лат. principium – начало, основа) – багатозначне поняття, що означає те первинне, що лежить в основі певної сукупності фактів, теорії, науки.[2] Автор нижче по тексту вважає за доцільне навести і визначення поняття «відповідальність», «юридична відповідальність», а також окремо приділити увагу інституту відшкодування шкоди в площині цивільного законодавства, що дасть змогу більш ґрунтовно зрозуміти сутність питань про які йде мова, і в такий спосіб віддати шану видатному науковцю і цивілісту, доктору права, професору В.І Синайському.

У відповідності із ст. 1 Конституції нашої держави, Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава. В ст. 56 Конституції України зазначено, що кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень.

Враховуючи вищенаведені приписи основного закону нашої держави стає

---

[1] Балаклицький І. Загальні принципи права як сутнісні його характеристики / І. Балаклицький // Держава і право. Юридичні і політичні науки: зб. наук. праць. – 2009. – Вип. 45. – С. 71-77.

[2] Юридична енциклопедія у 6 т. під ред. Ю.С. Шемшученка. – Т. 5. – К., 2003. – С. 110.

зрозумілим, що дослідження питань відповідальності держави є актуальним, адже в такий спосіб можливо дізнатися чи діють на практиці дані норми основного закону і яким саме чином, або вони мають тільки декларативний характер і насправді не виконуються в Україні.

Необхідно зазначити, що існують окремі публікації з подібної тематики, але в різних контекстах, на рівні статей і тез, а саме: Якимчук Н. «Сучасні проблеми правового регулювання порядку відшкодування шкоди державою»; Коссак В.М. «Проблеми цивільно-правової відповідальності держави в сфері нормотворчої діяльності», Поляков С.Б. «Частноправовая ответственность органов и должностных лиц государства» та ін., а в 2009 році Жила О.В. здійснила захист дисертаційного дослідження за темою «Відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю службових осіб органів державної податкової служби України».

Енциклопедія надає наступне тлумачення терміну «відповідальність» - загальносоціологічна категорія, яка виражає свідоме ставлення особи до вимог суспільної необхідності, обов'язків, соціальних завдань, норм і цінностей. Відповідальність означає усвідомлення суті та значення діяльності, її наслідків для суспільства і соціального розвитку, вчинків особи з погляду інтересів суспільства або певної групи.[1] В свою чергу в тлумаченні поняття «юридична відповідальність», автор погоджується з відомим вітчизняним теоретиком права, провідним науковцем П.М. Рабіновичем, який зазначає, що юридична відповідальність – різновид відповідальності, яка закріплена у законодавстві і забезпечуваний державою юридичний обов'язок правопорушника пізнати примусового позбавлення певних цінностей, що йому належать.[2]

Враховуючи той факт, що позови про відшкодування шкоди в обов'язковому порядку повинні обґрунтовуватися нормами права, то доцільним буде навести визначення поняття «шкода» зазначене в національному законодавстві України, а саме в Цивільному кодексі України (далі – ЦК), в якому також визначені і деякі підстави відповідальності держави за завдану шкоду.

Так, в п. 3 ч. 2 ст. 11 ЦК[3] зазначено, що підставами виникнення цивільних прав та обов'язків, зокрема, є завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі. В свою чергу питанню відшкодування шкоди (майнової та моральної) державою приділено окрему увагу в Цивільному кодексі України. Так наприклад в ч. 2 ст. 1167 ЦК перелічені випадки відшкодування моральної шкоди незалежно від вини в тому числі і органу державної влади. В статті 1170 ЦК зазначено, що у разі прийняття закону, що припиняє право власності на певне майно, шкода, завдана власникові такого майна, відшкодовується державою у повному обсязі.

---

[1] Українська радянська енциклопедія е 12 т. 2-е вид. 1974.

[2] Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. 6-е. Х.:Консум, 2002.

[3] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435. - [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

Окрему увагу автор вважає за необхідно звернути увагу нормам права викладеним в ст.ст. 1173 – 1175 ЦК в положеннях яких зазначено, що відшкодування шкоди завданої фізичній або юридичній особі незаконним рішенням (рішеннями), дією (діями), чи бездіяльністю органу державної влади, його посадовою або службовою особою відшкодовується державою незалежно від вини цієї особи.

Не буде зайвим зазначити, що ще професор В.І. Синайський займався вивчення питання відповідальності держави за заподіяну шкоду, адже розрізняв спеціальну відповідальність за заподіяну шкоду: а) в сфері особистого блага (особиста шкода); б) в сфері майнового блага (майнова шкода); в) правопорушником, який перебуває на особливому положенні (відповідальність посадових осіб і казни)[1]

Врегулюванню питання відшкодування шкоди державою на практиці, судова влада нашої держави приділяє увагу, але тільки в окремих напрямках, а в цілому, цее питання ще не врегульоване, в чому можна впевнитися дослідивши відповідні судові рішення.

Аналізуючи Постанову Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.02.2014 р. № 6 «Про практику розгляду судами скарг на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи державної виконавчої служби під час виконання судових рішень у цивільних справах»[2] треба звернути увагу на п. 28, в якому зазначено: «При розгляді позовів фізичних чи юридичних осіб про відшкодування завданої шкоди рішеннями, діями чи бездіяльністю державного виконавця під час проведення виконавчого провадження суди повинні виходити з положень статті 56 Конституції України, статті 11 Закону «Про виконавчу службу», частини другої статті 87 Закону «Про виконавче провадження», а також з положень статей 1173, 1174 ЦК і враховувати, що в таких справах відповідачами є держава в особі відповідних органів державної виконавчої служби, що мають статус юридичної особи, в яких працюють державні виконавці, та відповідних територіальних органів Державної казначейської служби України».

На практиці, позовна вимога про відшкодування шкоди завданої незаконними рішеннями, дією або бездіяльністю органом державної влади, або його посадовою чи службовою особою, тобто в розумінні п. 7 ч. 1 ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України (далі - КАСУ), - суб'єктом владних повноважень, заявляється як мінімум із позовною вимогою про скасування або визнання нечинним такого рішення. Вирішення вищезгаданих позовних вимого відбувається в порядку адміністративного судочинства із застосуванням процесуальних норм наведених в КАСУ. Одним із прикладів розгляду су-

[1] Синайский В.И. Русское гражданское право. – М.: Статут – 2002. – С. 458- 476.

[2] Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.02.2014 р. № 6. - [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0006740-14.

дом вищезгаданих позовних вимог та їх задоволення, можна привести справу №826/7925/15[1] по якій Київській апеляційний адміністративний суд 08.02.2016 р. прийняв постанову, визнав протиправною і скасував рішення державного органу та стягнув з Державного бюджету України на користь позивача матеріальну шкоду.

В свою чергу, при аналізі вищезгаданого судового рішення та інших судових рішень щодо відшкодування шкоди державою, можна впевнятися, що досить часто суб'єкти владних повноважень порушують приписи національного законодавства при виконанні своїх функцій, що в подальшому і призводить до подання адміністративних позовів із вищезгаданими позовними вимогами.

Підсумовуючи варто зазначити, що закріпивши в національному законодавстві регулюючому питання відповідальності держави у питаннях відшкодування шкоди фізичним та юридичним особам за відповідними позовами, законодавець підтвердив що Україна це соціальна і правова держава, яка поділяє європейські цінності та має намір стати гідним членом Європейського Союзу. В свою чергу, фізичні та юридичні особи, яким було завдано шкоди зі сторони держави, повинні звертатися з відповідними позовами про відшкодування шкоди, а держава виконувати рішення судів про задоволення таких позовних вимого. Даний алгоритм дасть змогу зміцнити авторитет України, як на національному так і на міжнародному рівні.

Катерина Бориченко,
к.ю.н., доцент кафедри трудового права
та права соціального забезпечення
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЩОДО ЕФЕКТИВНОСТІ ЗАКОНОДАСТВА У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ СІМЕЙ З ДІТЬМИ

За період тривалістю більше двох десятиліть законодавство України у сфері соціального захисту сімей з дітьми значно оновилось. Верховною Радою України регулярно приймаються нові нормативно-правові акти, вносяться зміни до вже діючих. З одного боку, це свідчить про пристосування нормативно-правової бази України до сучасних соціально-економічних та політичних умов розвитку суспільства, з іншого – непослідовні дії законодавця, ігнорування розробок вчених-юристів призводять до появи надмірної зарегульованості відносин у сфері соціального захисту сімей з дітьми, оскільки кількісні показники не завжди переходять у якісні.

Існування значної кількості нормативно-правових актів у сфері соціального захисту сімей з дітьми передусім зумовлене відсутністю власної політики у цій

[1] Єдиний державний реєстр судових рішень/ справа № 826/7925/15. - [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/55797763.

сфері, яка б враховувала сучасний стан розвитку суспільства та національної економіки. На розвиток соціального законодавства значно впливає відсутність теоретичної обґрунтованості законопроектів, що часто є причиною прийняття різних нормативно-правових актів, спрямованих на врегулювання одного питання.

Така ситуація у сфері правого регулювання соціального захисту сімей з дітьми змушує констатувати, що сучасна нормативно-правова база у визначеній сфері є недосконалою, у зв'язку з неефективністю законодавчих актів, тобто їх неспроможністю ефективно регулювати суспільні відносини, що виникають у процесі здійснення комплексу заходів, спрямованих на подолання або пом'якшення несприятливих наслідків соціальних ризиків, пов'язаних з утриманням і вихованням дитини.

Ефективність законодавчих актів розглядається вченими не інакше як співвідношення фактичного результату їх дії і тих соціальних цілей, для досягнення яких такі акти було прийнято[1]. З поняттям ефективності тісно пов'язана категорія якості правових норм, яка відображає рівень їх техніко-технологічної досконалості і, відповідно, потенційної здатності впливати на суспільні відносини[2].

Таким чином, законодавчі акти у сфері соціального захисту сімей з дітьми можна охарактеризувати як недостатньо неефективні та якісні, оскільки часто нормативно-правові акти у цій сфері приймаються без узгодження їх з рівнем суспільного розвитку та реальними потребами суспільства, без проведення дослідження запитів суспільства та можливостей економіки реагувати на них.

Прикладом може бути передбачена ст. 19 Закону України «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» від 12 грудня 1991 року[3] виплата щомісячної державної допомоги ВІЛ-інфікованим дітям і дітям, які страждають від хвороб, які обумовлені ВІЛ, у розмірі, який становить всього 10 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян[4], що не відповідає реальним потребам даної категорії сімей з дітьми.

Ситуація, коли розмір державної допомоги, передбачений правовими нормами, не виконує повною мірою свого основного завдання – пом'якшення або ліквідацію несприятливих наслідків соціальних ризиків, характерна як для

---

[1] Оніщенко Н.М. Проблеми ефективності законодавства та сучасний розвиток / Н.М. Оніщенко // Вісник. – 2007. – № 12. – С. 5.

[2] Косович В. Якість нормативно-правових актів України: загальнотеоретична характеристика / В. Косович // Вісник Львівського університету: Збірник наукових праць. Серія юридична. – 2012. – Вип. 55. – С. 21

[3] Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ від 12 грудня 1991 р. № 1972-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 11. – Ст. 152.

[4] Про розмір щомісячної державної допомоги ВІЛ-інфікованим дітям і дітям, які страждають на хворобу, зумовлену ВІЛ: Постанова Кабінету Міністрів України від 12 вересня 2012 р. № 852 // Офіційний вісник України. – 2012. - № 69. – Ст. 2813.

всієї системи законодавства у сфері соціального захисту, так і для законодавства щодо соціального захисту сімей з дітьми зокрема.

Серйозною проблемою на шляху до ефективного соціального обслуговування сімей з дітьми є неузгодженість норм Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 року[1] з нормами Закону України «Про соціальні послуги» від 19 червня 2003 року[2]. Бюджетним законодавством закріплена концепція, згідно з якою фінансування спрямовується на утримання державних установ, що функціонують у сфері надання соціальних послуг, а не на створення дієвої системи їх надання особам, що опинились у складній життєвій ситуації, в тому числі і сім'ям з дітьми, що порушує принцип максимальної ефективності використання бюджетних та позабюджетних коштів суб'єктами, що надають соціальні послуги, закріплений ст. 3 Закону України «Про соціальні послуги».

Ще одним проявом неефективності нормативно-правових актів у сфері соціального захисту сімей з дітьми є низький рівень законодавчої техніки, що являє собою систему правил і прийомів підготовки найбільш досконалих за формою й структурою нормативно-правових актів, які забезпечують максимально повну і точну відповідність форми нормативних приписів їх змісту, доступність, простоту і оглядовість нормативного матеріалу, вичерпне охоплення питань, що регулюються[3]. Саме мова закону робить його зрозумілим і доступним для широких верств населення, сприяє ефективній реалізації права.

Однак говорити про високий рівень законодавчої техніки в рамках дослідження правових норм у сфері соціального захисту сімей з дітьми неможливо, так як законодавство України, що регулює здійснення певних видів соціального захисту зазначеної категорії населення, позбавлене системності. Жоден з нормативно-правових актів у цій сфері не містить визначення поняття соціального захисту сімей з дітьми, переліку принципів його здійснення. Визначення сім'ї з дітьми як суб'єкта даного виду соціального захисту є недосконалим, так як враховує не всі підстави виникнення сімейних правовідносин, передбачені Сімейним кодексом України від 10 січня 2002 року[4].

Проявом недосконалості законодавчої техніки є також відсутність однозначного підходу до визначення державної соціальної допомоги як форми соціального захисту сімей з дітьми. У нормативно-правових актах у цій сфері застосовуються різні терміни: «державна допомога», «державна соціальна до-

---

[1] Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 50-51. – Ст. 572

[2] Про соціальні послуги: Закон України від 19 червня 2003 р. № 966-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 45. – Ст. 358

[3] Пиголкин А.С. Подготовка проектов нормативних актов: организация и методика / А.С. Пиголкин. – М. Юрид. лит., 1968. – С. 11

[4] Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21. – Ст. 135

помога», «щомісячні виплати», «грошова компенсація» та ін., що робить відповідні законодавчі акти незрозумілими та ускладнює їх застосування.

Мовні вимоги тісно пов'язані з графічними, основою яких є виділення статей нормативно-правового акту, членування його на абзаци. Вважається, що одна стаття, в ідеалі, повинна містити одну норму права[1]. У всякому разі, законодавець повинен прагнути до схожої впорядкованості структури нормативно-правового акту.

Але чинне законодавство України у сфері соціального захисту сімей з дітьми дає змогу говорити про зовсім протилежний підхід. Яскравим прикладом цього твердження є норми, які визначають розміри тієї чи іншої допомоги, що надається сім'ям з дітьми (ст. 5 Закону України «Про державну соціально допомогу малозабезпеченим сім'ям» та ін.). Конструкції цих статей вимагають звернення до інших статей, пунктів, підпунктів цих законів або інших нормативно-правових актів, що збільшує ймовірність помилок при розрахунках.

Крім того Конституція України основним обов'язком нашої держави визначила утвердження і забезпечення прав і свобод людини, серед яких важливе місце посідає право на соціальний захист (ст. 46). Однак аналіз правових норм у сфері соціального захисту сімей з дітьми дає можливість дійти висновку про невідповідність розмірів більшості соціальних допомог у цій сфері прожитковому мінімуму. Йдеться, насамперед, про допомогу у зв'язку з вагітністю та пологами непрацюючим жінкам та жінкам, зареєстрованим як суб'єкти підприємницької діяльності, допомогу на дітей одиноким матерям, допомогу малозабезпеченим сім'ям та деякі інші.

Таким чином, для правових норм у сфері соціального захисту сімей з дітьми характерна концепція, відповідно до якої розміри переважної більшості відповідних допомог, які часто є єдиним джерелом засобів до існування сімей, не відповідають вимогам частини третьої ст. 46 Конституції України, так як встановлюються на рівні значно нижчому від прожиткового мінімуму. По-друге, для законодавства у сфері соціального захисту малозабезпечених сімей, в яких виховуються діти, характерна підміна терміну «прожитковий мінімум» поняттям «рівень забезпечення прожиткового мінімуму», що впливає на розміри допомог, призначених відповідно до такого законодавства і є порушенням гарантій, встановлених Конституцією України, та свідчить про неспроможність даних норм виконати їх призначення – подолання або пом'якшення несприятливих наслідків соціальних ризиків. По-третє, правові норми у визначеній сфері є у своїй більшості несистематизованими, розробленими без належного дотримання правил законодавчої техніки, що впливає на можливість їх ефективної реалізації.

На підставі викладеного не викликає заперечень той факт, що правові

[1] Сильченко С.А. Деякі проблеми сучасного стану соціального законодавства / С.А. Сильченко // Право і безпека: Науковий журнал. – 2011. – № 4 (41) – С. 245

норми у сфері соціального захисту сімей з дітьми потребують підвищення ефективності, що може бути забезпечена шляхом вироблення послідовної політики у сфері соціального захисту населення в цілому та сімей з дітьми зокрема з урахуванням розробок науковців, позитивного законодавчого досвіду зарубіжних країн.

Александр Бурлак,
аспирант кафедры социального права
Омского государственного университета им. Ф.М.Достоевского,
(Омск, Россия)

СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ «САМОЗАНЯТЫХ ГРАЖДАН»: К ВОПРОСУ ОБ ЭФФЕКТИВНОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Российская Федерация - социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека (ст. 7 Конституции РФ)[1]. Следуя этому постулату, любая норма права должна приниматься в целях достижения социально полезного эффекта в обществе. Реальные результаты гораздо скромнее. Более того, эффективность правовых норм остается низкой. Полагаем, что одним из приоритетных направлений повышения эффективности правовых норм, является поиск баланса интересов в развитии общественных отношений без отрыва от экономических процессов.

Солидаризируясь с мнением В.В. Лапаевой[2], считаем, что эффективность это не только соотношение результата правового регулирования и стоящей перед ним целью, но и выражение, и согласование социальных интересов, способствующих нормальному, свободному развитию общественных отношений. Полагаем, что не соответствие между целями принятия какого-либо нормативного акта и результатами его реализации во многом объяснимо отсутствием у законодателя долгосрочной концепции развития нормативной базы. Зачастую цели не отражены в тексте нормативно-правовых актов, и их можно выделить лишь логическим путем, наблюдая при этом определенное противоречие.

Оценивая эффективность правового регулирования социального обеспечения «самозанятых граждан», следует отметить, что на сегодняшний день количество «самозанятых граждан» растет не только в России, но и во всем мире. Происходящие социально-экономические изменения заставляют людей пробовать свои силы в непривычных и зачастую неожиданных сферах деятельности. Примеры успешных мировых стартапов показывают, что именно кризис

[1] Конституция РФ от 12.12.1993 // СЗ РФ, 04.08.2014, № 31, ст. 4398

[2] См.: Проблемы общей теории права и государства/ Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2002. С. 503-504.

подталкивает людей реализовать свои идеи. С учетом этого можно говорить о том, что для многих молодых людей собственный бизнес, как разновидность карьеры, может представлять значительно больший интерес в условиях растущей конкуренции на рынке труда наемных работников. Необоснованная дифференциация «самозанятых граждан» в случае оставления их без минимальных социальных гарантий может, зачастую, перерасти в их дискриминацию. Поэтому, независимо от формы трудовой занятости гражданин должен обладать правом на некий объем социальных предоставлений. В современной истории развития правового регулирования применительно к группе «самозанятых граждан»[1] множество примеров, как эффективности правовых норм, так и полностью противоположного эффекта.

Так, вступившими в силу с 1 января 2013 года, Федеральными законами от 25.06.2012 № 94-ФЗ и от 03.12.2012 № 243-ФЗ и от 25.12.2012 № 269-ФЗ, были внесены изменения в статью 14 Федерального закона от 24.07.2009 № 212-ФЗ «О страховых взносах в Пенсионный фонд РФ, Фонд социального страхования РФ, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования», которые изменили порядок расчета страховых взносов в Пенсионный фонд (далее - ПФР) и Федеральный фонд обязательного медицинского страхования (далее - ФФОМС). Вместо «взносов, исчисленных исходя из стоимости страхового года» были установлены «взносы в фиксированных размерах». Фиксированный размер страхового взноса в ПФР и ФФОМС стал определяться как произведение двукратного минимального размера оплаты труда, установленного федеральным законом на начало финансового года, за который уплачивались страховые взносы, и тарифа страховых взносов в соответствующий государственный внебюджетный фонд, увеличенное в 12 раз, вследствие этого сумма фиксированного взноса в ПФР составила 32 479.20 руб., а в ФФОМС 3 185,46 руб. Для сравнения, до введения вышеуказанного способа расчета, сумма взносов, подлежащая к уплате в 2012 году, составляла 14 386,32 руб. и 2 821, 93 руб. в ПФР и ФФОМС соответственно. Повышение суммы взносов, подлежащих уплате, более чем в два раза, не заставило долго ждать реакции «самозанятых граждан». Так по данным Федеральной Налоговой службы[2] за отчетный период с 01.01.2013 г. по 01.01.2014 г. количество индивидуальных предпринимателей (далее – ИП), а именно они составляют большинство в категории «самозанятых граждан», прекративших свою деятельность и сведения о которых внесены в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей, составило 932 750 человек. Как отмечал Пенсионный фонд РФ, большая часть прекративших свою деятельность ИП была занята в сфере оптовой и розничной торговли (около 36%), в сфере грузового транспорта и такси работало 16%, про-

[1] Под «самозанятыми гражданами» понимаются лица, самостоятельно обеспечивающие себя работой: индивидуальные предприниматели, адвокаты, нотариусы, арбитражные управляющие и другие.

[2] См.: https://www.nalog.ru/rn48/related_activities/statistics_and_analytics/forms/4161929/

мышленным производством были заняты 12,7%. Число ИП на начало 2014 года находилось на уровне 3 511 813 человек. Преследуя цель повысить собираемость страховых взносов, законодатель сделал упор на унифицированный подход, в результате многие ИП не смогли справиться с такой финансовой нагрузкой. Негативный эффект таких законодательных решений очевиден: потери федерального бюджета и массовый уход в теневую экономику. Представляется, что законодатель в процессе правотворчества ставил перед собой совершенно отличимые от итогового результата цели, речь шла о прогнозируемой эффективности правовой нормы, но процессе реализации стало очевидно отсутствие реальной эффективности. Чтобы переломить негативную тенденцию с 1 января 2014 года, в закон были внесены поправки, устанавливающие льготы для ИП с низким уровнем дохода. Так, для тех, чьи доходы не превышают 300 000 руб. в год, страховые взносы стали рассчитываться из одного размера минимальной оплаты труда. В результате установления дифференцированного подхода, удалось существенно замедлить сокращение численности указанной категории граждан, но проблема их ухода в теневую экономику стоит по-прежнему серьезно. Данный пример иллюстрирует необходимость сочетания единства и дифференциации в правовом регулировании в целях обеспечения эффективности правовых норм.

Поиск конструктивных законодательных решений в отношении «самозанятых граждан» продолжается. 1 января 2015 года вступил в силу так называемый закон о налоговых каникулах, ФЗ № 477 от 29.12.2014 «О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации»[1]. Согласно указанному документу, индивидуальные предприниматели, которые начинают осуществлять свою деятельность в производственной, социальной и научной сферах, вправе применять налоговую ставку в размере 0 процентов со дня их государственной регистрации в качестве ИП непрерывно в течение двух налоговых периодов. Кроме того, было принято Распоряжение Правительства РФ от 27 января 2015 года № 98-р «О плане первоочередных мероприятий по обеспечению устойчивого развития экономики и социальной стабильности в 2015 году»[2], которое также предусматривает ряд льгот по части налогообложения для малого и среднего бизнеса. Благодаря упомянутым нормативно-правовым актам появился стимул для регистрации своего бизнеса и число зарегистрированных ИП выросло на 14% по сравнению с декабрем 2014 года, но возникла проблема в части отсутствия формирования пенсионных прав, указных граждан, что опять привело к дисбалансу интересов.

Приведенные примеры подчеркивают актуальность анализа эффектив-

---

[1] Федеральный закон от 29.12.2014 N 477-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ, 05.01.2015, N 1 (часть I), ст. 30.

[2] Распоряжение Правительства РФ от 27 января 2015 г. N 98-р О плане первоочередных мероприятий по обеспечению устойчивого развития экономики и социальной стабильности в 2015 г. (с изменениями и дополнениями) // СЗ РФ,02.02. 2015 г. N 5 ст. 866.

ности правовых норм, применительно к категории «самозанятые граждане». Представляется верным согласиться с В.П. Казимирчуком, который связывал эффективность права с отражением экономических, духовных потребностей и интересов классов и общества в целом, направленностью на охрану прав и свобод личности[1]. Анализ части проблем в области эффективности правового регулирования прав указанной категории показал, что действующие в нашей стране механизмы и инструменты законодательного и практического регулирования носят неоднородный характер. Задача законодателя и научного сообщества: найти грань в части соотношения формирования пенсионных прав «самозанятых граждан» без налогового давления на зарождающийся бизнес.

В'ячеслав Васецький,
к.ю.н., науковий співробітник
Інституту держави і права ім. В.М.Корецького НАН України

ЕФЕКТИВНІСТЬ ФОРМУВАННЯ ПРАВА В СУЧАСНИХ УКРАЇНСЬКИХ УМОВАХ

Проголошення Україною своєї незалежності в 1991 р., конституційне закріплення її статусу як соціальної, демократичної, правової держави, події Революції Гідності, визначення стратегічного курсу на входження до Європейського Союзу. Відповідно, реформаторські зміни в державі, які спричинені згаданими вище подіями, обумовили об'єктивну необхідність вдосконалення національної правової системи, здатної забезпечити життєдіяльність нашої країни в сучасних демократичних формах. Сприяти досягненню зазначених перетворень, глибинних за своєю сутністю, повинне право – складна і багатогранна сфера, що має своєю метою врегулювання суспільних відносин шляхом пізнання та оцінки правових потреб суспільства і держави, створення законів, законодавства в умовах правової системи, що реформується.

Розглядаючи новітні процеси реформування у вітчизняному суспільтві, Н. Оніщенко чітко зауважує, що слід звертати якомога більше уваги на таке явище як право. При цьому автор зазначає, що власне право виступає і як обєкт реформування (від досконалості права, його дієвості, конструктиву залежить проведення реформ), і як чинник, засіб реформування суспільних відносин і відображення досягнутих результатів, а також їх унормування і відповідне закріплення. Саме в такий спосіб право повинно віддзеркалювати сьогодні виклики часу та вимоги сучасного громадянського суспільства; а також проводити в життя ті зміни, які потребує і громадянське суспільство, і пересічна людина[2].

---

[1] Казимирчук В.П. Социальный механизм действия права //Советское государство и право. 1970. №10.С.37.

[2] Оніщенко Н. М. Право як обєкт і чинник реформаторських змін в сучасному суспільстві / Н. М. Оніщенко // Білетень Міністерства юстиції України. – 2016. – № 2. – С. 22.

Право повинно виступати тією вимірювальною величиною, яка реагує на швидкоплинні зміни в суспільстві. В цих умовах особливо великого значення набувають: 1) дієвість норм права; 2) відчуття захищеності кожної людини; 3) гарантованості прав і законних інтересів людини; 4) протистояння сваволі в процесі упорядкування суспільних відносин; 5) безсумнівної дії механізмів щодо впровадження правового порядку в усіх сферах суспільного життя; 6) гарантування та забезпечення систем безпеки, що пов'язана із соціальною дійсністю.

Звідси, Н. Оніщенко справедливо зазначає, що право має бути пов'язано з глибинними потребами та інтересами людей щодо упорядкування громадського і приватного життя. Саме право повинно містити в собі гарантії прав і свобод особистості, гуманізм, соціальну справедливість, історичний колорит та стабільність суспільних інтересів[1].

Враховуючи зазначені вище положення, зауважимо, що об'єктивно викристалізовується проблема ефективності права. Від ефективного впровадження і реалізації настанов права та його конструктивізму залежить також виконання демократичною державою ролі посередника, що влаштовує інтереси всіх. Цей елемент є дуже важливим, оскільки останнім часом ми можемо спостерігати гостру напругу в міжнародних відносинах та активізацію рівня напруження у відносинах між різноманітними соціальними групами. Тому в сучасних складних умовах, на нашу думку, перегляду потребує не лише окремий державно-правовий елемент, а весь державно-правовий механізм, який ставить під загрозу інтереси людства та відношення до кожної людини.

Суспільні деформації викликають зміни у суспільстві, правотворчі процеси, на які впливають такі чинники: 1) розвиток економічних відносин в державі; 2) політичні аспекти; зокрема, відносини між органами, які належать до різних гілок державної влади, а також дія механізму стримувань і противаг; 3) громадська думка та ідеологічні основи суспільного життя; 4) процеси правового лобіювання; 5) зобов'язання конкретної держави, як учасниці міжнародного співтовариства, дотримуватись міжнародних стандартів з питань забезпечення прав і свобод людини і громадянина; 6) реалізація стратегічного курсу державного утворення на інтеграцію до міжнародних структур, що включає адаптацію національного законодавства до норм правової системи тієї міжнародної структури, куди відбувається інтеграція.

Отже, усвідомлення вагомості зазначених чинників та їхнього безпосереднього впливу на встановлення правового регулювання системи організації законотворчої діяльності буде сприяти правильному вибору адекватного інструментарію для досягнення поставленої мети[2].

---

[1] Там само. С. 22.

[2] Богачова О.В. Законотворчий процес в Україні: проблеми вдосконалення/ Богачова О.В. – Дис. канд. юрид. наук: 12.00.01.– Інститут законодавства Верховної Ради України. - К., 2006. – С. 14-16.

Соціально-демократичний розвиток держави, конституційне гарантування прав і свобод людини, визнання принципу верховенства права зумовлюють обов'язковий характер застосування певних керівних засад у правотворчому процесі, інакше кажучи, утвердження принципів творення права. Надійним фундаментом, який сприяє правильному науковому розумінню творення права, є підвищення якості змісту українського законодавства, його тлумачення і застосування, стабілізації і впорядкування конституційного правопорядку, є принципи законотворчої діяльності.

Демократичні процеси, що відбуваються в сучасній Україні, потребують чіткої, узгодженої та регламентованої дії, відповідних складників правової системи. При цьому одним з головних чинників виступає удосконалення законодавчої бази в напрямку розвитку та становлення інституту захисту прав людини, як одного з основних пріоритетів правової держави.

У зв'язку з цим актуальною проблемою є удосконалення законодавчої бази в напрямку розвитку та становлення інституту захисту прав людини як одного з основних пріоритетів правової держави. Права та свободи людини, взаємодія суспільства і держави завжди мали практичне значення, оскільки без урахування цієї взаємодії неможливо було б встановити в суспільстві порядок, необхідний для пануючої еліти або для демократично обраних представників народу[1].

На сьогодні, на жаль, спостерігаються процеси гальмування позитивних демократичних перетворень. Це проявляється у нівелюванні боротьби з корупцією, правовому нігілізмі та правової демагогії.

Отже, можна констатувати, що проблемними залишаються питання про: 1) якість права молодих Європейських держав, зокрема України; 2) захист права у цих молодих державах; 3) перспективи розвитку громадянського суспільства та його будівництва у тих державах, які ще не стали на цей шлях.

Сергій Венедіктов,
доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри трудового права та права соціального забезпечення Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ У ВЕЛИКОБРИТАНІЇ

Трудовий договір, будучи сформованим наприкінці XIX сторіччя, на цей час гідно обіймає центральне місце в положеннях трудоправових систем будь-якої розвиненої країни світу, адже саме на нього вимогами сьогодення покладена важлива соціальна функція – бути регулятором порядку виникнення, зміни та припинення трудових правовідносин. Не виключенням з цього правила є також і Великобританія, в якій договірне регулювання праці історично отри-

[1] Дія права: інтегративний аспект. Монографія/ Відп. ред. Н.М.Оніщенко. – К.: Видавництво "Юридична думка", 2010. – С. 268.

мало більший пріоритет порівняно з державним. Так, британські вчені зазначають, що впродовж XIX сторіччя, в часи поширення в Європі індустріалізації, домінуючий юридичний інституційний механізм оплачуємої роботи був зосереджений на договірному праві. Юридичний аналіз використання тогочасного договірного права виражає ідею, що в економічній системі, в якій відносини виробництва були прирівняні до ринкових правочинів, найм робітників для виконання ними роботи був, як й інші ринкові правочини, вільно здійснюваним обміном товарів та послуг в обмін на гроші. По аналогії з договором найму речі, відносини між роботодавцем та робітником розглядалися юристами в якості договору найму особистих послуг[1].

Серед особливостей сучасного британського трудового договору, що відображають його специфіку та своєрідність, хотілось би виділити наступні:

Застосування в якості сторони трудового договору поряд з поняттям «працівник» інших категорій осіб. Безперечно, за часів, коли були сформульовані перші концепції виникнення прообразів сучасних правових держав, суспільна думка породила певні непорушні аксіоми та постулати, які існують у незмінному (первинному) вигляді і по цей день, – як приклад можна навести і свободу договору, і презумпцію невинності, й караність за злочин тощо. Такий самий висновок можна зробити і про трудове правовідношення як двосторонній правовий зв'язок між роботодавцем та працівником з приводу реалізації останнім свого права на працю, – так, з моменту виникнення трудового права як самостійної галузі права, суб'єкти трудового правовідношення залишилися незмінними за своєю суттю, тільки змінювалась їх назва. Британське законодавство в цьому випадку не є виключенням, адже крім поняття «працівник» воно виокремлює також й інші категорії (які є не в повній мірі йому тотожними), такі як робітник (*worker*), працівник торгівлі (*shop worker*), працівник ігорного бізнесу (*betting worker*), вільнонайманий робітник (*independent contractor*), самозайнята особа (*self-employed person*), радник (*consultant*) *itc*.

У свою чергу, поняття «працівник» серед них є найбільш ширшим. Так, наприклад, на відміну від того ж робітника, воно характеризується наявністю права: (а) позову щодо несправедливого звільнення; (б) на вихідну допомогу; (в) на письмове обґрунтування роботодавцем причини звільнення; (г) на державні соціальні відпустки та соціальну допомогу; (д) на гнучкий графік роботи в разі настання певних життєвих обставин; (є) на письмове підтвердження трудової діяльності *itc*. На законодавчому рівні визначення «працівник» закріплено в ч. 1 ст. 230 Закону про трудові права (*Employment Rights Act 1996*)[2], під яким розуміється особа, що працює на підставі трудового договору, та деталізовано в подальших нормах цього закону.

---

[1] Hugh Collins, K.D. Ewing, Aileen McColgan. Labour Law. Cambridge University Press. – 2012. – p. 93-94

[2] Employment Rights Act 1996 // [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18.

Письмове підтвердження трудової діяльності. У Великобританії відсутні чіткі вимоги щодо форми трудового договору, що фактично не позбавляє сторін права укладати його неформально, адже договір може виникати в результаті співбесід, переговорів, листування, випадкової розмови біля дверей фабрики *itc*. Незважаючи на те, що трудовий договір може бути укладений як в письмовій, так і в усній формі, існують виключення коли вимагається виключно письмова форма (*e.g.* стажування або навчання працівників в торгівельному флоті, обов'язково повинні бути оформлені письмово). При цьому по суті британський трудовий договір, як будь-який інший договір, є схильним до поширення на нього ключових правил загального права, присвячених регулюванню договірних відносин. Звичайні канони правової конструкції якого в цьому випадку мають місце для застосування.

Однак, в разі якщо трудовий договір був укладений в усній формі, роботодавець зобов'язаний надати працівникові упродовж двох місяців після початку роботи письмове підтвердження трудової діяльності (*written statement of employment particulars*). Таке підтвердження має включати: відомості про працівника та роботодавця, а також дати початку трудових правовідносин та обліку трудового стажу. Крім того, додатково зазначене підтвердження повинне містити положення щодо: робочого часу та часу відпочинку, включаючи державні свята та компенсацію за роботу в дні таких свят; розміру оплати праці або методу її розрахунку; інтервалів виплати заробітної плати (*e.g.* щотижнево, щомісячно або шляхом застосування інших проміжків часу); робочого часу; гарантій в разі настання тимчасової непрацездатності в зв'язку з хворобою або виробничою травмою, а також допомоги та пенсії, зумовлених нею; тривалості попередження, яке працівник зобов'язаний надати та має право отримати при припиненні трудових відносин; найменування посади, на яку приймається особа, або короткий опис роботи для виконання якої її наймають; періоду на який трудовий договір був укладений, або за наявності фіксованого строку – дати коли вони припиняються (в разі укладення строкових трудових договорів); робочого місця, а у випадку коли робота має роз'їзний характер – адреси роботодавця; чинних колективних договорів, стороною яких виступає роботодавець; особливостей здійснення трудової діяльності за межами Великобританії (в разі якщо робота або її частина буде виконуватись за кордоном).

Застосування категорії «локального» трудового стажу. Британське трудове право характеризується тим, що пріоритетним визначає правове регулювання трудового стажу працівника в конкретно існуючих відносинах (локального трудового стажу), порівняно із його загальним трудовим стажем. Порядок застосування такого стажу закріплений в ст.ст. 210-219 Закону про трудові права та зазвичай використовується для наступних цілей:

1) письмового підтвердження трудової діяльності – 2 місяці (ст. 1 Закону про трудові права);

2) права на відгул для пошуку нової роботи або організації навчання – 2 роки (ст. 52 Закону про трудові права);

3) гарантійної виплати – 1 місяць (ст. 29 Закону про трудові права);

4) вихідної допомоги – 2 роки (ст. 155 Закону про трудові права);

5) права звернення до суду щодо несправедливого звільнення – 2 роки (ст. 108 Закону про трудові права);

6) державної допомоги у зв'язку із пологами – 26 тижнів (ст. 164 Social Security Combinations and Benefits Act 1992[1]);

7) гнучкого графіку – 26 тижнів (ст. 3 Flexible Working Regulations 2014[2]);

8) письмового обгрунтування звільнення – 2 роки (ст. 92 Закону про трудові права).

До локального трудового стажу не включаються періоди часу коли особа: (а) працює за межами Великобританії згідно законодавства іноземної держави; (б) фактично не виконує трудові обов'язки в зв'язку із участю в страйках та локаутах; (в) проходить службу в армії.

Обов'язок роботодавця забезпечити роботою працівника. На перший погляд наявність такого обов'язку роботодавця є нелогічною, адже залежить від безлічі факторів, на які суб'єкти трудових правовідносин не мають свого впливу. Наприклад, у роботодавця можуть існувати обставини коли він дійсно не має можливості забезпечити роботою своїх працівників (*e.g.* внаслідок реорганізації, нехватки матеріалів або заказів, страйків), але при цьому він вимушений, з метою утримання кваліфікованих кадрів, не вивільняти їх, виплачуючи заробітну плату за те, що вони фактично нічого не роблять.

У свою чергу існують окремі ситуації, за яких ненадання роботодавцем обумовленої трудовим договором роботи може мати наслідком порушення його юридичного обов'язку. Зазначене відбувається у випадках коли незабезпечення працівника роботою може: (а) негативно позначитись на його репутації або публічності, тобто, коли характер роботи є таким же важливим як і плата за неї (*e.g.* коли актору була надана головна роль в театральній постановці, але в подальшому була запропонована менша роль, але з тією ж заробітною платою); (б) спричинити зменшення фактичних або можливих заробітків працівника (коли роботодавець був зобов'язаний надати працівнику обгрунтовану кількість роботи, що надало би змогу останньому заробити ту суму, яка була попередньо обумовлена при укладенні трудового договору); (в) якщо працівник укладав трудовий договір з метою реалізації права на практику, підтримання або розвиток своїх навичок у трудових правовідносинах.

---

[1] Social Security Combinations and Benefits Act 1992 // [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/4/enacted.

[2] Flexible Working Regulations 2014 // [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/1398/pdfs/uksi_20141398_en.pdf.

Світлана Вишновецька,
д.ю.н., доцент, зав. кафедри цивільного права і процесу
Національного авіаційного університету

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА

Проблема ефективності права загалом набуває особливого значення, визначаючи рівень продуктивності правових норм і «коефіцієнт корисної дії» у правореалізуючому процесі[1].

Слід відзначити, що існують різні підходи до визначення поняття ефективності правових норм. Найчастіше ефективність норм права розглядається як співвідношення цілі, поставленої державою при їх прийнятті, і результатів, досягнутих у процесі їх застосування (цільова концепція ефективності норм права). Маючи позитивні моменти в своєму змісті і прихильників у теорії права, цільова концепція ефективності норм права зазнає водночас і серйозної критики як така, що не зовсім відповідає потребам сучасності[2]. Так, на думку проф. В. В. Лапаєвої, ціллю права є узгодження соціальних інтересів. Автор вважає, що було б невірно продовжувати трактувати ефективність закону як співвідношення між результатом дії норми і приписаними їй неправовими (економічними, політичними, ідеологічними тощо) цілями. В руслі сучасного розуміння сутності закону в умовах правової державності, що формується, ефективність законодавства слід вимірювати його внеском у зміцнення правових засад державного і суспільного життя, у формування і розвиток елементів свободи у суспільних відносинах, у реалізацію прав і свобод людини і громадянина[3].

На думку С. А. Жинкіна, згідно з факторами (економічними, соціальними, юридичними тощо), що здійснюють вплив на досягнення ефекту, що планується законодавцем, можна було б виділити такі види ефективності норм права: 1) соціальна ефективність. Вона випливає із відповідності юридичних приписів соціальним потребам; 2) політична ефективність. Вона залежить від того, наскільки норми права сприяють досягненню цілей і задач держави, наскільки вони забезпечують виконання державою своїх функцій; 3) спеціально-юридична ефективність. Спеціально-юридичні фактори, що впливають на ефективність юридичних норм, означають і реальну забезпеченість відповідних приписів санкціями чи заохоченнями, і правильний вибір предмета регулювання, і дотримання ви-

---

[1] Керимов Д. А. Проблемы общей теории права и государства: В 3-х т. – Т. 1. Социология права / Д. А. Керимов. – М.: Изд-во Современного гуманитарного ун-та, 2001. – С. 205.

[2] Жинкин С. А. Психологические проблемы эффективности права / С. А. Жинкин. – СПб., 2009. – С. 23; Спиридонов Л. И. Теория государства и права / Л. И. Спиридонов. – М.: Статус ЛТД, 1999. – С. 218.

[3] Лапаева В. В. Понятие эффективности права / В. В. Лапаева // Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / Под общ. ред. В. С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2008. – С. 503-504.

мог юридичної техніки у правотворчості і правозастосуванні. Особливу роль відіграє забезпеченість реалізації закону відповідним «юридичним інструментарієм»; 4) матеріально-організаційна ефективність. Найбільш якісні нормативні акти залишаться лише на папері, не викличуть змін у відповідних суспільних відносинах, якщо не будуть забезпечені матеріальними засобами і кадровими ресурсами; 5) виховна ефективність; 6) психологічна ефективність[1].

З точки зору Т. Ф. Вишеславової, одними з основних складових частин ефективності правових норм трудового права є: а) правильне і цілісне встановлення соціально-значимої цілі норми, що вводиться в трудове законодавство; б) результативність правової норми чи здатність даної норми гарантувати з правової точки зору досягнення поставлених законодавцем цілей; в) оцінка практичного застосування правової норми, що дозволяє виявити наявні прогалини в праві, а також дефекти законодавчої техніки; г) оптимальність дієвості правових норм, що відображається на проведенні поглибленого аналізу даних соціальних опитувань, статистичного обліку по реалізації механізму правового регулювання трудових і тісно пов'язаних з ними відносин. При цьому ефективність правового регулювання трудових відносин, на думку автора, визначається, в кінцевому рахунку, результатом, до якого прагне як законодавець, так і суб'єкти трудового права[2].

Серйозною проблемою ефективного функціонування норм трудового права є їх дублювання, що породжує множинність норм з одного й того ж питання, розбалансовує систему законодавства, призводить до втрати часу, дезорієнтації правозастосування.

Трудоправова сфера потребує нововведень. Галузь трудового права спирається на застарілу, не адекватну реальності, правову базу. Бажання пристосувати раніше діючі норми до сучасних реалій призводить до зниження ефективності останніх. Як слушно зауважує О. В. Піскунова, проблеми ефективності також пов'язані з великою кількістю законодавчих норм, які втратили своє призначення з плином часу і таких, що потребують скасування. Ревізія чинних правових норм повинна виступати одним із пріоритетних напрямків підвищення рівня ефективності правових норм[3].

Як неодноразово зазначалося вітчизняними науковцями і практиками, найважливіша проблема – це системність і якість законів. Під якістю закону, на думку Н. М. Оніщенко, слід розуміти сукупність сутнісних характеристик і здатність закону реально задовольнити суспільні потреби та приватні інтер-

---

[1] Жинкин С. А. Некоторые проблемы классификации видов эффективности норм права / С. А. Жинкин // Пробелы в российском законодательстве. – 2004. – № 1. – С. 65.

[2] Вышеславова Т. Ф. Об эффективности государственного регулирования трудовых отношений / Т. Ф. Вышеславова // Общество и право. – 2009. – № 3 (25). – С. 91.

[3] Пискунова О. В. Основные проблемные аспекты эффективности функционирования правовых норм / О. В. Пискунова // Ленинградский юридический журнал. – 2014. – Выпуск № 4 (38). – С. 132.

еси. Перша вимога якості закону – це те, щоб він не залишався на папері, а застосовувався на практиці[1].

Тому у контексті проблеми ефективності норм трудового права важливу роль відіграє правова герменевтика. Це зумовлено тим, що ефективність норм права полягає в їх дієвості, реалізації. Проте реалізація формального імперативу можлива лише у випадку розуміння адресатом його змісту. А це з неминучістю тягне за собою тлумачення відповідної норми. Отже, перед правозастосувачем завжди постає проблема з'ясування правових норм і необхідність їх правильної реалізації. В юридичній літературі висловлена думка, що основна проблема правової герменевтики полягає в конфлікті законодавця і правозастосувача, оскільки законодавець прагне до однозначності тексту, а правозастосувач – до інтерпретації тексту на свою користь.

Водночас знання і використання прийомів герменевтики дозволяє правозастосувачеві правильно встановити зміст норми, подолати недоліки юридичної техніки, застосувати до конкретної ситуації загальні правові приписи.

Отже, дієвість означає відповідність між формальним змістом правової норми і практикою її застосування. Ефективність означає відповідність цілей, які стоять перед законом, тим засобам, які використовуються для їх досягнення. Правова норма ефективно застосовується в тих випадках, коли на практиці вона має ті наслідки, які передбачались при її прийнятті. Жодний масив правових норм не утворює дієвої системи, якщо правові норми не дотримуються в житті. Ефективна реалізація правових норм передбачає втілення проголошеного і закріпленого в практичній діяльності.

Закон повинен ґрунтуватись на точному аналізі політичних, соціальних, економічних і культурних умов. Це дає можливість законодавцеві визначати ступінь прийнятності закону. Прийнятність закону означає готовність населення дотримуватись закону. Прийнятність правової норми передбачає її знання, дотримання і дію на практиці.

Завданням законодавця є пошук розумного балансу між економічною доцільністю і соціальною захищеністю працівників. Адже призначення трудового права полягає у забезпеченні балансу інтересів сторін трудових правовідносин і держави, що є умовою ефективності правового регулювання трудових відносин. Водночас слід звернути увагу на те, що саме розуміння ефективності у економістів відрізняється від уявлень юристів. Економісти вважають, що норма ефективна, якщо розширює можливості ведення господарської діяльності, сприяє створенню вартості і оптимізації розподілу ресурсів[2]. Юристи ж часто оперують етичними категоріями справедливості (не забезпечується належний захист – не

---

[1] Оніщенко Н. М. Проблеми розвитку національної правової системи / Н. М. Оніщенко // Правова держава. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2009. – Випуск 20. – С. 81.

[2] Шмаков А. В. Экономический анализ права: учебное пособие / А. В. Шмаков. – М.: Магистр, ИНФРА-М, 2011. – С. 104.

ефективно). Отже, нагальним є пошук шляхів оптимального поєднання економічної доцільності з принципами правового регулювання трудових відносин, соціальною захищеністю працівників, пошук шляхів підвищення ефективності правотворчості, правотлумачення, правореалізації, а також визначення критеріїв для оцінки ефективності і дієвості норм трудового права.

Кирило Воронов,
аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
юридичного факультету
Харківського національно університету імені В.Н. Каразіна

ПОЗИТИВНИЙ І НЕГАТИВНИЙ ЕФЕКТИ ПРИНЦИПУ «КОМПЕТЕНЦІЇ-КОМПЕТЕНЦІЇ» В МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

При виборі арбітражу, як способу вирішення спору, сторони, фактично, виводять свій спір з-під юрисдикції національної судової системи. Серед переваг міжнародного комерційного арбітражу називають: конфіденційність, нейтральність форуму, процесуальну гнучкість, транснаціональне виконання арбітражних рішень. Арбітраж дозволяє сторонам адаптувати процедуру розгляду під їх потреби. Оскарження рішення арбітражу до національного суду є лімітованим лише процесуальними порушеннями, які могли мати місце під час розгляду справи. На відміну від міжнародного комерційного арбітражу, національні суди використовують встановлені процедури і не мають права змінювати правила в залежності від бажань сторін.

Національне законодавство кожної країни по-різному регламентує питання врегулювання спорів. Тому виникають питання про застосоване матеріальне і процесуальне право, про юрисдикцію арбітражної або судової установи. Фундаментальний принцип міжнародного комерційного арбітражу полягає в тому, що склад арбітражного трибуналу може розглядати лише ті спори, які сторони передали їм на розгляд. Як зазначають А. Редферн і М. Хантер: «Сторони наділяють арбітрів правом на розгляд їх справи; і арбітражний трибунал повинен залишатися в рамках наданого йому мандата. Іноді говорять, що арбітражний суд повинен відповідати місії, покладеної на нього; або, арбітраж повинен залишатися в рамках наданих йому повноважень і компетенції»[1].

У. Парк зазначає, що принцип «компетенції-компетенції» має якості хамелеона, який змінює свій колір в залежності від національного і процесуального фону його застосування[2]. Коли принцип включається до національного законодавства країни, правова культура цієї юрисдикції впливає на інтерпретацію

[1] Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Sweet and Maxwell, 4th ed, 2004) 295, 391.

[2] William W Park, 'Determining an Arbitrator's Jurisdiction: Timing and Finality in American Law' (2007) 8(1) *Nevada Law Journal* 135,136.

принципу «компетенції-компетенції». Застосування зазначеного принципу отримало значного розповсюдження, з моменту його включення до Статуту Міжнародного Суду ООН. Багато країн запровадили принцип «компетенції-компетенції» в своєму законодавстві, хоча і з різницею в рівні визнання та моменті втручання національного суду у процес встановлення компетенції.

Сторони арбітражної угоди не повинні посилатися на юрисдикцію національного суду виносити рішення з питань дійсності арбітражної угоди або наявності основного договору. Ж. Розен зазначає, що принцип компетенції-компетенції є виправданим з двох причин: по-перше, сторони процесу самі наділяють арбітражний трибунал повноваженнями на розгляд справи; по-друге, подібне встановлення власних повноважень притаманно всім юрисдикційним органам і необхідно для їх можливості ефективно працювати[1].

Більшість інституційних арбітражних установ визнають зазначений принцип у своїх регламентах. Юрисдикція арбітражного трибуналу виступає ключовим елементом влади і повноважень арбітрів у прийнятті рішення по справі. Арбітражні рішення прийняті за відсутності компетенції на розгляд справи вважаються недійсними. Відсутність юрисдикції є однією з небагатьох підстав, які дозволяють суду відмовити у визнанні чи виконанні арбітражного рішення. Саме тому питання встановлення компетенції арбітражного трибуналу повинно розглядатися на початковому етапі провадження. На думку Ж. Пудре і С. Бессона, принцип «компетенції-компетенції» визначається як наділення арбітражного трибуналу повноваженнями встановлення власної компетенції на розгляд конкретної справи. Цей принци виступає одним з центральних елементів арбітражного процесу, який впливає на подальшу долю провадження[2].

Принцип «компетенції-компетенції» несе в собі два ефекти – позитивний і негативний. Позитивний ефект полягає в можливості арбітражного трибуналу самостійно винести рішення про свою компетенцію для того щоб продовжити справу. Підкреслюючи юрисдикцію трибуналу, позитивний ефект встановлює рамки паралельного провадження між судами і арбітражним трибуналом. Негативний ефект принципу «компетенції-компетенції» надає арбітражному трибуналу хронологічну перевагу у винесенні рішення стосовно власної компетенції відносно державного суду.

Дотримуючись негативного ефекту зазначеного принципу, національний суд може переглянути юрисдикцію трибуналу лише на стадії виконання. Така розстановка пріоритету міжнародного комерційного арбітражу над національними судами є суттєвою ознакою негативного ефекту[3]. Незважаючи на те, що

---

[1] Janet Rosen, 'Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence De La Competence' (1994) 17 *Fordham International Law Journal* 599, 608.

[2] Jean François Poudret and Sébastien Besson, C*omparative Law of International Arbitration* (Sweet and Maxwell, 2nd ed, 2007) [163].

[3] Julian D M Lew, Loukas A Mistelis and Stefan M Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer, 2003) 342.

Нью-Йоркська конвенція та Типовий закон ЮНСІТРАЛ передбачають можливість для державного суду провести повний огляд арбітражної угоди до винесення арбітражного рішення, негативний ефекту поступово отримує визнання в багатьох країнах.

Підставою існування та функціонування принципу «компетенції-компетенції» є намір сторін надати комплексні повноваження арбітрам, щоб визначити всі питання пов'язані з їх спором, включаючи питання компетенції. Такі повноваження закріплюються в тексті арбітражної угоди. Національні суди залишають за собою право на аналіз арбітражної угоди та встановлення компетенції арбітражного трибуналу після винесення рішення по справі, для подальшого її виконання або скасування арбітражного рішення.

Для комплексного застосування негативного ефекту принципу «компетенції-компетенції», пріоритет повинен надаватися арбітражному трибуналу, у випадку коли такий самий спір знаходиться на розгляді суду. Одночасно, суд повинен утриматися від втручання до винесення постанови арбітражним трибуналом.

Більшість юрисдикцій не передбачають прямого закріплення негативного ефекту принципу «компетенції-компетенції» в своєму арбітражному законодавстві. Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж в статті VI (3) прямо передбачає пріоритетність арбітражного трибуналу над національним судом в питанні визначення компетенції арбітрів. На противагу цьому, Нью-Йоркська конвенція не містить в своєму тексті жодних посилань на негативний чи позитивний ефект принципу «компетенції-компетенції». Питання закріплення негативного ефекту вищезазначеного принципу в українському арбітражному законодавстві, є одним з дискусійних і потребує більш детального вивчення з боку законодавців.

Отже, принцип «компетенції-компетенції» є одним з наріжних в міжнародному комерційному арбітражі, та є гарантією для сторін в можливості доведення справи до винесення арбітражного рішення. Позитивний ефект принципу надає можливість арбітрам самостійно винести рішення відносно власної компетенції щодо розгляду справи, у той час коли негативний ефект передбачає першочерговість арбітражного трибуналу відносно національного суду в питанні встановлення компетенції арбітрів. Пряме закріплення цих принципів в арбітражному законодавстві залишається вагомою проблемою для арбітражних юрисдикцій усього світу.

Людмила Гаращенко,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри права
Київського національного лінгвістичного університету

ТЕОРІЯ РЕФЛЕКСИВНОСТІ В ТРУДОВОМУ ПРАВІ

В західноєвропейській юридичній науці існують різні теорії у сфері дослідження ринку праці та трудових відносин. Однією з них є теорія стандарт-

них трудових відносин (standard employment relationship – скорочено SER), яка стала результатом історичного розвитку західного суспільства та має певні особливості правового регулювання трудових відносин, що знайшли своє відображення у національних правових системах. У Німеччині – як контраст між стандартними трудовими відносинами та нетиповою зайнятістю в межах національної правової системи. У Великобританії – через функціонування системи колективних переговорів та, як результат, колективних договорів, які традиційно виступають основним джерелом регулювання трудових відносин та поступове переміщення такого регулювання у бік формування законодавства про зайнятість (employment protection legislation – дослівно, як законодавство про захист зайнятості) та інших форм прямого юридичного втручання.

Однак, зміни в економіці та поява нових форм зайнятості, таких як аутсорсинг, делокалізація виробництва, – з одного боку; зміни в структурі сім'ї, а саме, зростання кількості зайнятості жінок, політичні фактори (політика дерегулювання товарів та послуг – з початку 80-х років) – з іншого боку, призвели до усунення бар'єрів для транснаціональної мобільності товарів та капіталу та підвищення глобалізації економіки. Ці процеси призвели до кризи теорії стандартних трудових відносин[1].

Натомість, набула розвитку рефлексивна теорія трудового права (reflexive labour law theory), яка була розроблена професором Ральфом Роговським[2] та Тоном Вільтхагеном. Р. Роговський досліджує тенденції у сфері праці та трудового права з точки зору сучасної теорії соціальних систем. Він використовує теорію світового суспільства Н. Лумана і поняття рефлексивного права Гюнтера Тойбнера для аналізу сучасного трудового права та трудових відносин. Досліджені сфери включають в себе: рефлексивний захист зайнятості; рефлексивне регулювання і дерегулювання політики на ринку праці та трудового права; рефлексивність у вирішенні трудових спорів (конфліктів) та конфліктів у сфері зайнятості; рефлексивна координація та реалізація соціального та трудового права ЄС; і рефлексивне світове трудове право.

Рефлексивне трудове право претендує бути новою теорією трудового права, яка відповідає складності трудового права в сучасному суспільстві. Вона описує етап у розвитку сучасного трудового права, коли трудове право реалізує свої системні обмеження щодо регулювання інших соціальних систем. Крім того, трудове право визначає на цій рефлексивній стадії здатність до саморегуляції. Еволюція сучасної правової системи і розвитку галузі трудового права можуть бути пояснені через функціональну диференціацію. Трудове право є продуктом диференціації всередині правової системи і результатом конкретних рефлек-

[1] Deakin, Simon. Addressing labour market segmentation: the role of labour law / Simon Deakin /; International Labour Office, Governance and Tripartism Department. - Geneva: ILO, 2013. – p.5.

[2] Ralf Rogowski. Reflexive Labour Law in the World Society. // Ralf Rogowski / Edward Elgar Pub. Limited, 2013. – 335 p.

сивних процесів в правовій системі. Насправді, спочатку, воно розвивається в якості підсистеми національної правової системи, в значній мірі як реакція на юридичні уявлення про стимулюючу роль права в трудових відносинах.

Теорія соціальних систем пропонує нове розуміння характеру і відносин права і виробничих відносин. Вона являє трудові відносини і право не як систему дії рефлексивного глобального трудового права (або колективних дій), але як систему правової і колективної комунікації. Обидві системи розробили структури, які наділяють автономією кожну систему в суспільстві і захищають само-звернення їх системно-специфічної комунікації, які формують основу самовідтворення або аутопоезису. У концептуалізації соціальних систем «виробничих відносин» і «права», як оперативно закритих систем комунікації, стає можливим зрозуміти, як різні системи комунікації працюють з різними типами регуляції. Крім того, увага може бути направлена на важливі відносини між режимами зовнішнього регулювання і процесами.

У той час, як трудове право є частиною правової системи і, таким чином, створюється правовою комунікацією, колективні договори та колективні переговори належать до саморегулятивної структури системи виробничих відносин, і в більшій мірі, створюються комунікацією промислових відносин. Перехід до нових форм управління, використання м'якого права і встановлення процедури є індикаторами само- регулювання. Надалі, Роговським робиться спроба використовувати концепцію рефлексивного права в обговоренні появи глобального трудового права. Рефлексивне трудове право претендує на розуміння перетворень, пов'язаних з виникненням нових управлінських і політичних реакцій на нові виклики, пов'язані зі змінами в політичній економіці. Нові методи управління все частіше використовуються в національних і міжнародних режимах трудового права, зокрема, в таких сферах, як професійна підготовка, професійне здоров'я і безпека і дискримінація у сфері зайнятості. Це також вірно для рефлексивності у правотворчості Міжнародної Організації Праці (МОП), яка може бути прикладом у ставленні до комбінації трудових стандартних установок з новими формами управління в рамках Програми Гідної Праці МОП.

Теорія рефлексивного права є не тільки абстрактним звітом сучасного права, але й має конкретні наслідки для нормативного творення. Його відправною точкою є те, що прагнучі впливати на інши аутопоетічні системи, які оперативно закриті для їхнього середовища, правова система повинна вдаватися до непрямих засобів регулювання. Юридичне втручання залежить від його впливу на саморегулювання в системах, які є метою законодавчих ініціатив.

Таким чином, рефлексивність сприяє замкнутості системи та її автономії. У своїй загальній теорії соціальних систем, Луман розрізняє рефлексивність, як рефлексивний механізм і рефлексію як процес самостворення системи[1]. Зо-

[1] Н. Луман. Социальные системы. Очерк общей теории /Никлас Луман /. Санкт-Петербург. Издательство «Наука», 2007. – 643 с.

крема, трудовим правом регулюються переговори по укладенню колективного договору, не намагаючись безпосередньо контролювати конкретні результати, а прагнучи врівноважити сили сторін, визначити процедурні норми і впливаючи на організацію цих переговорів. Право встановлює параметри для прийняття рішень, але не диктує їх. Регулювання повинно розвиватися в напрямку більш повного використання процедурних правил, маючи на меті створення організаційних структур, покликаних зробити регульовані інститути чуттєвими до тих наслідків для навколишнього середовища, які викликаються їх спробами максимізувати свою внутрішню раціональність.

Рефлексивне право означає, що право змінює себе так, що воно стає здатним насправді сприяти саморегулюванню в інших системах. Акцент робиться на нових процесуальних інструментах, які дозволяють праву впливати опосередковано на саморегулювання.

Ніна Гетьманцева,
д. ю.н., доцент,доцент кафедри приватного права
Чернівецького національного
університету імені Юрія Федьковича

ДО ПИТАННЯ ПРО ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА

Дослідження ефективності права та її критеріїв виміру відноситься до складних проблем науки в цілому і науки трудового права зокрема. Щоб зрозуміти сутність такої дефініції (категорії) як «ефективність» необхідно мати уявлення про характер правового регулювання загалом і механізм правового регулювання зокрема. Іншими словами, ефективність механізму правового регулювання може бути досліджена на основі аналізу всіх його елементів, але як окремих елементів цілісної єдиної системи. З цією метою, як правило, звертаються до дослідження ефективності самої норми права. Воно й зрозуміло: адже передусім в даному аспекті завдання функціонального порівняння полягає в тому, щоб шляхом співставлення функцій однорідних об'єктів виявити насамперед відмінності не в їх структурі і в сутності, а у тих функціях, яких вони виконують. Адже науковці трудового права розглядають функції своєї галузі як явище, яке розкриває соціальне призначення (значення) норм трудового права і завдяки цьому визначає напрями правового регулювання суспільних відносин, що становлять його предмет.[1] А напрями правового регулювання повинні бути заздалегідь намічені і такі, що приносять ефективний (потрібний) результат. Тому важливим є саме дослідження того ефекту, який здійснюють норми трудового права на регламентацію суспільних відносин у сфері найманої праці. Говорячи про ефективність норми права в цілому необхідно також зосередитись

[1] Процевський О.І. Функції трудового права в нових умовах господарювання / О.І.Процевський // Право України, 2011.- №2 –С 223-234.

на історії даного питання, щоб як кажуть не створювати велосипед, а пам'ятати, що в юриспруденції часто «нове - це добре забуте старе». Необхідно кожен раз застосовувати порівняльно-історичний метод до пізнання закономірностей еволюції власної правової системи, вивчати історію виникнення і еволюції окремих інститутів права. Адже кожен дослідник-правознавець не повинен бути, образно виражаючись, Іваном, який не пам'ятає свого родоводу. Тому ігнорування вивчення історії розвитку вітчизняного права є методологічно помилковим. Саме з цих позицій необхідно відзначити, що питання ефективності норм трудового права не є новими у науці трудового права завдяки монографічним працям В.І. Никитинского «Ефективність норм трудового права» (1971р), А.С. Пашкова, Л.С. Явича, Л.І. Спиридонова «Ефективність дії правових норм» (1977р). Саме в цей період були закладені і розроблені основи теорії ефективності правової норми, визначені напрямки дослідження даного явища, які не втратили своєї актуальності і сьогодні. Так В.І. Никитинский під ефективністю норм трудового права розуміє не просто результат, ефект дії норми права, а співвідношення між цим результатом і соціальною метою, що закладена в основу правового припису[1]. А отже, для розуміння суті такої категорії як «ефективність» вкладаються у її зміст такі поняття як мета, результат. Крім того вченим також виокремлюються такі дефініції як корисність і економічність правової норми.

З моменту свого зародження трудове право характеризувалося і характеризується соціальним призначенням і спрямованістю. Тому першочерговою метою трудового права є захист інтересів працівника як більш в економічному розумінні слабкішої сторони трудових відносин. Саме сьогодні ця мета поряд з створенням комфортних, безпечних умов праці, узгодженням і захистом інтересів обох сторін трудових відносин визначають насамперед характер методу правового регулювання, який показує насамперед, якими способами, засобами чи завдяки поєднанню (співвідношенню) яких способів можна досягти поставлених завдань і досягти тієї мети, яка стоїть у процесі правового регулювання трудових відносин. При цьому мета і завдання правового регулювання трудових відносин повинні знаходитися у відповідності з рівнем розвитку суспільних відносин в державі. А отже, вся система способів, засобів, елементів механізму правового регулювання, як складової системи правового регулювання, повинна бути підібрана і сформована таким чином, щоб виправдати не тільки свою сутність, реалізовувати свою внутрішню мету, але й створити певні умови (передумови) для настання, здійснення чи реалізації наступного етапу правового регулювання і сприяти ефективності правового регулювання в цілому[2].

Соціальна мета та завдання трудового права, як галузі права, є складовою

---

[1] Никитинский В.И. Эффективность норм трудового права. / В.И.Никитинский - М.: Юрид. лит., 1971. – С.19.

[2] Гетьманцева Н.Д. Правове регулювання трудових відносин в сучасних умовах господарювання: автореф. дис. на здобуття наук ступеня док. юрид. наук: спец. 12.00.05 «трудове право; право соціального забезпечення» / Н.Д. Гетьманцева. –К. 2015.-39, [29] с.

соціальної політики держави, де однією із завдань держави є створення умов, де кожен роботодавець був би заінтересований в реалізації всієї системи прав працівників. Формуючи правову основу сучасної правової політики необхідно насамперед пам'ятати, що для її успішної реалізації необхідно при прийнятті відповідних ... правових рішень орієнтуватися насамперед на юридично значущі соціальні інтереси суб'єктів суспільства, оскільки від цього залежить ефективність правової регламентації суспільних відносин загалом[1] і ефективність норми трудового права зокрема.

На етапі модернізації України все більш стає очевидним і нагальним той факт, що законодавство уже не може ефективно розвиватися і функціонувати без чіткої і концептуальної основи: наукових концепцій, стратегій у вигляді програм соціального, економічного, духовного, культурного розвитку держави, врахування наукової парадигми галузевих сфер, які повинні стати і слугувати науковим критерієм у розробці конкретних законів, реалізації пріоритетних національних проектів, вирішення актуальних загальнодержавних проблем, навіть проблем місцевого значення. Адже наука існує не сама для себе. Наука не є проста сума істинних положень. Наука є сума істин, досить обгрунтованих, необхідно зв'язаних між собою.[2] Тому її положення повинні реалізовуватися на практиці для заздалегідь наміченого результату, ефективного результату. Але спираючись лише на політичні чи юридичні важелі, без урахування економічних відносин та їх динаміки, держава ще не в змозі забезпечувати нормальне життя людей, створювати умови для реалізації їх економічних, соціальних, політичних та інших прав, проголошених у конституції. Тому на норму, як і на зміни в неорганічній природі необхідно дивитися як на здійснене явище в об'єктивному світі, - явище, яке повинно бути зведено не до мотиву, а до причини. Ці причини кореняться в «економічному житті» суспільства. Економіка є системою економічних відносин, що безпосередньо торкається важливих сфер буття суспільства, які пов'язані з виробництвом, розподілом, обміном і споживанням матеріальних благ, призначених задовольняти людські потреби. Звідси вивчення економічної домінанти в правовій доктрині є невеликою часткою економічного аналізу права, який відкриває можливість зрозуміти сили, що діють у праві як універсальному феномені соціальної організації, а не тільки у визначеній правовій системі»[3].

Чи можливо говорити про низьку ефективність норм, чи взагалі неефек-

---

[1] Кудрявцев В.Н. Взаимосвязь правового регулирования и социальных интересов / В.Н. Кудрявцев // Вопросы философии.-1987.-№ 1.- С.44.

[2] Асмус В.Ф. Логіка / В.Ф. Асмус – К.: Українське видавництво політичної літератури, 1947. –С.24-25 (410с.)

[3] Скакун О.Ф. Економічна домінанта в правовій доктрині: теоретичний економіко-правовий аналіз.Правова доктрина України: у 5 т. –Х.: Право, 2013, т1: Загальнотеоретична та історична юриспруденція / В.Я. Тацій, О.Д. Святоцький, С.І.Максимов та ін.; за заг. ред. О.В. Петришина – С.162.

тивну норму права як таку? Відповідь очевидна:відносно норм трудового права, як і більшості норм інших галузей, потрібно вести мову тільки про ефективну норму, оскільки неефективність норм як така, зводить на нівець мету, завдання, функції трудового права як галузі. Це є особливо важливим в сучасний період розвитку і модернізації економіки України.

В сучасних умовах господарювання суспільство переживає іншу ситуацію і тому нові законопроекти у сфері праці повинні бути направлені на радикальні перетворення в сфері трудових відносин, детермінуватися на ринкові принципи регулювання, які повинні визначати баланс між економічною ефективністю виробництва та соціальною захищеністю працівників, рівнем їх умов праці з урахуванням інтересів і потреб як працівника, так і роботодавця. Сутність цих процесів повинна бути пов'язана зі зміною ролі і місця людини в праці і суспільстві, з підвищенням правової культури суспільства. Тільки на такій основі можливий виробничий і суспільний прогрес. Питання оптимального розвитку відповідних змін повинні стати вирішальними при визначенні напрямків розвитку трудового права на сучасному етапі.

Аліна Горобець,
аспірантка кафедри правознавства
Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЩОДО ПРАВОВІДНОСИН ІЗ ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВОГО ДЕРЖАВНОГО СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ НА ВИПАДОК БЕЗРОБІТТЯ

Безробіття є невід'ємною частиною ринкової економіки, одним із наслідків природи ринку, результатом дії його головного закону – попиту і пропозиції. Це явище є не тільки економічним, як може здатися на перший погляд, а своєрідним синтезом економіки, політики, моралі даного суспільства. Не слід його також розглядати і як явище, викликане суто особливостями поведінки осіб, які є суб'єктами на ринку праці. Безробіття без сумніву негативне соціальне явище, що наносить шкоду суспільству, державі та окремій особі, якому необхідно протидіяти, застосовуючи як соціальні, економічні, організаційні, так і правові механізми.

Захист від безробіття є невіддільною складовою державної політики і спрямований на вирішення важливих соціально-економічних завдань: з одного боку, це збереження і максимально повне використання трудового потенціалу населення, з другого – зниження соціальної напруженості, пов'язаної з наявністю у суспільстві груп населення, які втратили дохід, і погіршили соціальний статус. Одним із засобів такого захисту є система загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про загальнообов'язкове державне

соціальне страхування на випадок безробіття»[1], цим видом страхування є система прав, обов'язків і гарантій, що передбачає матеріальне забезпечення на випадок безробіття з незалежних від застрахованих осіб обставин та надання соціальних послуг за рахунок коштів Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття. Ст. 3 того ж Закону, визначає коло осіб, які підлягають особи, які працюють на умовах трудового договору (контракту), цивільно-правового договору, включаючи тих, які проходять альтернативну (невійськову) службу, а також тих, які працюють неповний робочий день або неповний робочий тиждень, та на інших підставах, передбачених законодавством про працю, військовослужбовці (крім військовослужбовців строкової служби), особи, які забезпечують себе роботою самостійно, та фізичні особи – підприємці.

Підставою виникнення правовідносини із загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття є юридичний факт соціального страхування. Стан застрахованості для найманого працівника виникає в момент допуску його до роботи після укладення з ним трудового договору і повідомлення Державної фіскальної служби або її територіальних органі про прийняття працівника на роботу. Ч. 3 ст. 24 КЗпП України[2], визначено, що працівник не може бути допущений до роботи без укладення трудового договору, оформленого наказом чи розпорядженням власника або уповноваженого ним органу, та повідомлення центрального органу виконавчої влади з питань забезпечення формування та реалізації державної політики з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування про прийняття працівника на роботу. Тобто, до початку роботи працівника інформація про його зарахування має бути подана до територіальних органів Державної фіскальної служби України. Це повідомлення подається керівником установи, який здійснює прийняття працівника на роботу.

Враховуючи положення вищезазначеної статті, було прийнято постанову Кабінету Міністрів України №413 «Про порядок повідомлення Державній фіскальній службі та її територіальним органам про прийняття працівника на роботу» від 17 червня 2015 р.[3]. Інформація, що міститься у повідомленні про прийняття працівника на роботу, вноситься до реєстру страхувальників та реєстру застрахованих осіб відповідно до Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування». У разі ж якщо

---

[1] Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття: Закон України від 02.03.2000 р., №1533-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2000. – №22. – Ст. 171.

[2] Кодекс законів про працю України: Закон УРСР від 10.12.1971 р., №322-VIII // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1971. – №50 (Додаток). – Ст. 375.

[3] Про порядок повідомлення Державній фіскальній службі та її територіальним органам про прийняття працівника на роботу: пост. КМУ від 17.06.2015 р., №413 // Офіц. вісн. України. – 2015. – №50. – Ст. 1612.

роботодавцем було подано повідомлення про прийняття працівника на роботу, але працівник так і не приступив до виконання обов'язків, то роботодавцем подається повідомлення про прийняття працівника на роботу типу «скасовуюче». Враховуючи, що дія КЗпП поширюється виключно на трудові відносини, то у випадку коли власник виконує функції з управління підприємством чи фізична особа працює на громадських засадах, чи стажист навчається у роботодавця на підставі договору про стажування, який є різновидом договору цивільно-правового характеру, тобто без укладення трудового договору, – подавати повідомлення Державній фіскальній службі та її територіальним органам не потрібно (лист Мінсоцполітики від 8 серпня 2016 р., №1102/13/84-16[1]).

Особи, які підлягають загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню, одержують свідоцтво про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, яке є єдиним для всіх видів страхування та документом суворої звітності[2]. Страхове свідоцтво видається кожній особі, яка підлягає будь-якому виду загальнообов'язкового державного соціального страхування, на підставі анкети застрахованої особи після обов'язкової реєстрації цієї особи в органах Пенсійного фонду України. Анкета застрахованої особи заповнюється цією особою відповідно до наданого роботодавцем (страхувальником) зразка, підписується нею, протягом двох тижнів перевіряється, засвідчується підписом роботодавця і печаткою та подається ним до органу Пенсійного фонду, де його зареєстровано як платника страхових внесків. Особи, які забезпечують себе роботою самостійно подають анкету до органів Пенсійного фонду за постійним місцем проживання самостійно одночасно з реєстрацією в ньому як платники страхових внесків. Реєстрація застрахованих осіб, персоніфікований облік відомостей про них та оформлення страхових свідоцтв здійснюється органами Пенсійного фонду.

На наше переконання, правовідносини із загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття не є однорідними за своїм змістом і характером, а утворюють певну систему. Пропонуємо їх слід розглядати як врегульовану законодавством про страхування на випадок безробіття систему відносин між його суб'єктами, що передбачає, при настанні страхового випадку, гарантоване державою надання страховиком чи уповноваженими ним органами (особами) застрахованій особі матеріального забезпечення на випадок безробіття і соціальних послуг за рахунок коштів спеціалізованого фонду, що формуються страхувальниками шляхом сплати страхових внесків.

---

[1] Щодо порядку повідомлення Державній фіскальній службі та її територіальним органам про прийняття працівника на роботу: лист Мінсоцполітики України від 08.08.2016 р., №1102/13/84-16 [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/FN023410.html

[2] Про затвердження Порядку видачі та зразка свідоцтва про загальнообов'язкове державне соціальне страхування: пост. КМУ від 22.08.2000 р., №1306 // Офіц. вісн. України. – 2000. – №34.

Олена Гостюк,
аспірантка
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОПЛАТИ ПРАЦІ НА ПІДПРИЄМСТВАХ, УСТАНОВАХ, ОРГАНІЗАЦІЯХ

Відповідно до ст.43 Конституції України, кожен має право на належні, безпечні і здорові умови праці, на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом. Тим самим, Конституція України проголошує свободу праці і заборону примусової праці. Ці найважливіші конституційні положення знаходять своє відображення і в чинному КЗпП України, який встановлює в ст.2 право громадян України на працю, - тобто на одержання роботи з оплатою праці не нижче встановленого державою мінімального розміру. При цьому забороняється будь-яка дискримінація у сфері праці, зокрема порушення принципу рівності прав і можливостей (ст. 2-1). Даний принцип є одним з основоположних галузевих принципів трудового права, а серед основних обов'язків роботодавця, в першу чергу, закріплюється забезпечення працівникам виплати заробітної плати, як однієї із умов трудового договору (ст.21 КЗпП).

Принципові положення Конституції України і КЗпП України щодо заробітної плати працівників в повній мірі відповідають і міжнародним нормам. Зокрема, Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948р. в ст.23 проголосила, що кожна людина, без будь-якої дискримінації, має право на рівну оплату за рівну працю і на справедливу винагороду, яка забезпечує гідне людини життя, її самої та її сім'ї.

Працівник має право на оплату своєї праці відповідно до актів законодавства і колективного договору на підставі укладеного трудового договору (ст.21 КЗпП України). У рамках даної умови трудового договору фіксується ціла низка моментів, щодо розміру заробітної плати: посадового окладу працівника або тарифної ставки, доплат, надбавок, різного роду заохочувальних виплат. Включення угоди про заробітну плату до трудового договору обумовлене тим, що у такий спосіб уточнюється розмір винагороди, в тому числі на підприємствах, що дотуються з бюджету – в рамках, передбачених правовими актами, в тому числі за наявності «вилки» посадових окладів. Крім того, виражається згода працівника укласти договір про роботу на конкретному підприємстві на запропонованих йому умовах.

Основний Закон України закріплює положення про те, що кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло (ст.48). Закріплюючи дане положення законодавець, очевидно, мав на увазі передусім гідну оплату праці працівника у відповідності із затратами його праці, та не нижче прожиткового мінімуму. Адже саме ця норма

закріплена на рівні міжнародних стандартів і дістала своє відтворення у міжнародних актах європейської спільноти.[1]

І це є цілком справедливим, адже «саме справедливості належить особливе місце у визначенні сутності трудового права, саме справедливість розкриває соціальну сторону трудового права, бо у центрі його впливу знаходиться людина, яка своєю працею створює матеріальні і духовні цінності, з її інтересами, потребами»...[2] Тому заробітна плата як винагорода за працю зобов'язана ефективно виконувати свої функції, реалізація яких повинна гарантуватися самою державою... «Держава покликана створювати умови для продуктивної праці і розглядати заробітну плату як основу досягнення гідного рівня життя всіх без виключення громадян».[3]

Відповідно до ст.15 Закону України «Про оплату праці»[4] від 20.05.95 р. форми і системи оплати праці, норми праці, розцінки, тарифні сітки, схеми посадових окладів, умови запровадження та розміри надбавок, доплат, премій, винагород та інших заохочувальних, компенсаційних і гарантійних виплат встановлюються підприємствами у колективному договорі з дотриманням норм і гарантій передбачених законодавством, генеральною, галузевими (міжгалузевими) і територіальними угодами.

На сьогодні колективно-договірне регулювання відіграє значну роль в правовому регулюванні відносин, пов'язаних з оплатою праці. Шляхом колективно-договірного регулювання на локальному рівні встановлюються форми і системи оплати праці, заходи заохочення, додаткові пільги і компенсації, порядок індексації заробітної плати.

Держава залишила за собою правове регулювання мінімальних стандартів заробітної плати, затвердження тарифно-кваліфікаційних довідників, тарифних розрядів, індексацію. Але підкреслювати гарантованість заробітної плати саме тим, що в основу оплати праці покладені заздалегідь встановлені норми і розцінки є не зовсім вірним, оскільки дана ознака потребує конкретизації шляхом вказівки у акті колективно-договірного регулювання: в колективному договорі та акті індивідуально-договірного регулювання: в трудовому договорі. Особливо це є актуальним при запровадженні різних нових форм організації найманої несамостійної праці[5].

Необхідно зазначити, що норми, що стосуються заробітної плати, є присут-

---

[1] Гетьманцева Н.Д. Особливості правового регулювання трудових відносин. Монографія. – Чернівці: Технодрук, 2015- С.430.

[2] Процевський О.І. Методологічні засади трудового права:монографія / О.І Процевський –Х:ХНАДУ, 2014-С234(260с).

[3] Гетьманцева Н.Д. Особливості правового регулювання трудових відносин. Монографія. – Чернівці: Технодрук, 2015 - С.430.

[4] Про оплату праці: Закон України від 20.05.1995р., №108/95-ВР // Відомості Верховної Ради ВВР (ВВР)-1995, -№17, Ст.121.

[5] Гетьманцева Н.Д. Особливості правового регулювання трудових відносин. Монографія. – Чернівці: Технодрук, 2015

німи на всіх рівнях правового регулювання трудових відносин. Тому ефективне регулювання трудових та інших безпосередньо пов'язаних з ними відносин є можливим тільки за умови чіткої координації і грамотного їх поєднання.

Сьогодні однією з характерних рис чинного КЗпП України виступає закріплення на централізованому рівні мінімальних державних гарантій з оплати праці та принципів правового регулювання. Норми, що визначають форми і системи оплати праці, заходи заохочення, доплати і надбавки встановлюються в колективно-договірному порядку в локальних актах.

В практиці правового регулювання щодо оплати праці присутній розподіл працівників організацій бюджетної сфери, що фінансуються з бюджету, і працівників організацій, що фінансуються ними самими, в тому числі й місцевими бюджетами. Тому й частка державного регулювання з питань оплати праці, є невеликою, вона стосується, як правило, оплати праці працівників бюджетної сфери і мінімальних стандартів. Як наслідок, розмір тарифних ставок цієї категорії працівників безпосередньо залежить від джерел фінансування діяльності організації та визначає рівень правового регулювання заробітної плати цих категорій працівників.

Таким чином, регулювання питань, пов'язаних із заробітною платою, здійснюється на всіх рівнях правового регулювання: як на централізованому так і локальному. Із започаткуванням ринкових відносин в Україні, співвідношення зазначених рівнів правового регулювання трудових відносин істотно змінилося. Необхідно відзначити тенденцію до підвищення ролі колективно-договірного регулювання. Децентралізація правового регулювання відносин, пов'язаних із заробітною платою, дозволить краще враховувати специфіку конкретного виробництва, територіальні особливості того чи іншого регіону.

Катерина Губар,
к.ю.н., мол. наук. співробітник відділу історико-правових досліджень Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ДОСЛІДЖЕННЯ ПРИРОДНО-ПРАВОВИХ ПОГЛЯДІВ ЛЕО ШТРАУСА У ПРАЦІ «ПРИРОДНЕ ПРАВО ТА ІСТОРІЯ»

Природне право є втіленням загальнозначущих, основоположних принципів на основі яких мають базуватися норми права. «Це відбувається з урахуванням ієрархії цінностей, яку подає філософія, вирішуючи питання про ставлення людини до оточення, в тому числі й ціннісне».[1]

Юридична енциклопедія визначає «природне право» як теоретичну доктрину, за якою джерелом права є сама природа, а не воля законодавця. «Людині природні права належать від народження, вони закладені в самій її сутності й

[1] Луцький Р. П. Позитивне право та природне право: опозиція категорій// Часопис Київського університету права. – К., 2011. – № 4. – С. 39.

однакові для всіх».[1] В іншому визначенні природного права («юс натурале») зазначено, це: «право, що складається з принципів, які походять від розуму, природи та Бога й яких люди мають дотримуватися так само, як і норм позитивного права, що виникли на їх основі, створюючи тим самим нормативні засади для об'єднання всього людства в єдине ціле».[2]

Норми природного права, як вказує доцент Івано-Франківського університету права ім. Короля Данила Галицького, кандидат юридичних наук Р. П. Луцький, мають універсальне значення, тому що відповідають вимогам вищої, абсолютної справедливості та адресовані до всіх без винятку правозідатних суб'єктів. «Природне право запозичує принцип абсолютності зі сфер релігії і моральності, з котрими воно тісно пов'язане і які здавна культивують сферу духовно-практичних відносин людини з абстрактними цінностями та нормами».[3]

Ідея природного права розвинена в працях Гуго Гроція, Бенедикта Спінози, Томаса Гоббса, Станіслава Оріховського, Жан-Жака Руссо, Самуеля Пуффендорфа та ін.

На сьогодні доволі незначна увага приділяється поглядам історика політичної філософії, політолога й філософа Лео Штрауса, зокрема, щодо ідеї природного права у його творчій спадщині. Тому, вважаємо за необхідне навести деякі твердження з його праці «Природне право та історія» (1953 р.). Зауважимо, що постать Лео Штрауса викликає неоднозначні думки серед філософів та політологів. Через обмеженість публікації, ми не зупинятимемось на означеному питанні та направимо читачів до роздумів з цього приводу кандидата філософських наук Бориса Парамонова «Лео Штраус та його учні»[4], а також звернемо увагу на статті: В. В. Дудченко «Природне право та історія (за вченнями Лео Штрауса)»[5] та О. В. Павлов «Прагматичні спадкоємці політичної філософії Лео Штрауса».[6]

Тепер наведемо коротку біографічну довідку.

Лео Штраус (1899–1973) – історик політичної філософії, культуролог. Під

---

[1] Бобровник С.В. Природне право // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.]. – К. : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1998–2004. – Т. 5 : П–С. – 2003. – С. 132.

[2] Денисов В. Н. Юс натурале // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.]. – К. : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1998–2004. – Т. 6 : Т–Я. – 2004. – С. 496.

[3] Луцький Р. П. вказана праця... – С. 39.

[4] Парамонов Б. Лео Штраус и его ученики, [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.svoboda.org/a/259139.html

[5] Дудченко В. В. Природне право та історія (за вченнями Лео Штрауса) // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – Випуск 47. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2010. – с. 9–14.

[6] Павлов А. В. Прагматичные наследники политической философии Лео Штрауса // История философии. Отв. ред. И. И. Блауберг.– Вып.13. – М.: ИФРАН, 2008. – с.98–109.

час Першої світової війни служив у німецькій армії, потім вступив до Гамбурзького університету. Слухав курси лекцій Е. Гуссерля і М. Хайдеггера. Отримав ступінь магістра (1921 р.) і доктора (1925 р.). У 1925–1932 р. працював в Академії єврейських досліджень в Берліні. Видавав твори М. Мендельсона з критикою і коментарями (1931–1932 р.). У 1932 р. покинув Німеччину. Викладав в університеті міста Уппсала (Швеція) та інших університетах Європи. Друкувався в основному французькою мовою у журналах «Філософські дослідження» і «Східний світ» аж до імміграції в США у 1938 р.

У Нью-Йорку Штраус працював в Новій школі соціальних досліджень (1938–1949 р.), яка була створена після Першої світової війни групою американських ліберальних інтелектуалів. У 1949–1967 р. – очолював кафедру політичної філософії Чиказького університету, у видавництві університету опублікував більшість своїх наукових праць. У 1968–1969 р. – професор Клермонтського чоловічого коледжу (Каліфорнія), а у 1969–1973 р. – Коледжу св. Джона в Аннаполісі (Меріленд).

Штраус прагнув до повної і адекватної інтерпретації джерела, займався критикою тексту і вивченням індивідуального авторського стилю. Його книга «Переслідування і мистецтво письма» (1952 р.), присвячена працям Маймоніда, Б. Спінози і Іехуда ха-Леві (Іехуда бен Шмуель Галеві, Ієгуда Галеві) пояснює читачеві мистецтво писати езоповою мовою і читати між рядків.[1]

Тож, звертаючись до ідеї природного права, Лео Штраус насамперед зазначав: «потреба в природному праві настільки ж очевидна сьогодні, як і протягом попередніх століть і навіть тисячоліть. Відмовитися від природного права – все одно що стверджувати, що будь-яке право є позитивне право, а це означає, що те, що є право, визначається виключно законодавцями і судами різних країн. Але ж цілком допустимо, а іноді навіть необхідно говорити про «несправедливі» закони або «несправедливі» вироки».[2] Та додавав, що: «...ті наслідки, які багатьма, навіть деякими з найбільш горлатих супротивників природного права, сприймаються як згубні, виникають саме з нинішньої відмови від природного права. Наша суспільна наука може зробити нас дуже навченим або винахідливими в засобах досягнення будь-яких обраних нами цілей. Вона зізнається у своїй неспроможності допомогти нам відокремити допустимі від неприпустимих, справедливі від несправедливих цілей».[3] Так, Лео Штраус прагнув зосередити увагу суспільства на основних, загальних цінностях, які зазвичай визначаються у природно-правовій доктрині.

«Відповідно до нашої суспільної науки, ми можемо бути або стати навченим у всіх другорядних справах, але змушені миритися з повним невіглаством в найважливішому відношенні – ми нічого не можемо знати про основні прин-

[1] Штраус Лео // Электронная еврейская энциклопедия, [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.eleven.co.il/article/14943

[2] Штраус Л. Естественное право и история. — М.: Водолей Publishers, 2007. – С. 8.

[3] Штраус Л. Естественное право и история. — М.: Водолей Publishers, 2007. – С. 9.

ципи нашого вибору, тобто про його обґрунтованості або необґрунтованості; у наших принципів немає іншої опори, крім наших довільних, а значить сліпих переконань. Таким чином, ми знаходимося в положенні істот, які розсудливо і тверезо займаються незначними справами і в той же час шалено ризикують, будучи поставленими перед обличчям справ серйозних, – розсудливість в роздріб і безумство оптом. Якщо у наших принципів немає іншої опори, крім сліпих переконань, то все, на що людина готова буде наважитися, стане дозволеним. Сучасна відмова від природного права веде до нігілізму, точніше, вона тотожна нігілізму».[1]

Що спонукає суспільство до відновлення загального інтересу до ідеї природного права? На це запитання Л. Штраус відповідає прикладом: «Одного разу усвідомивши, що у принципів наших вчинків немає іншої опори, крім нашого ж сліпого вибору, ми насправді більше не віримо в них. Ми більше не можемо цілком щиро діяти згідно з ними. Ми більше не можемо жити як відповідальні істоти. Щоб жити далі, нам доводиться приглушати... голос розуму, що говорить нам, що наші принципи самі по собі настільки ж гарні або настільки ж погані, як і всякі інші принципи».[2]

Продовжуючи свої роздуми філософ зазначає, що «політична філософія XVIII століття була доктриною природного права. Вона полягала в своєрідному тлумаченні природного права, а саме, в його специфічному новому тлумаченні». Потім, звертає увагу на те, що «Історизм є кінцевий результат кризи нового природного права. Криза нового природного права або нової політичної філософії могла стати кризою філософії як такої тільки тому, що в новий час філософія як така стала остаточно політизованою».[3]

Л. Штраус вказує на необхідність дослідження природного права за допомогою історичної науки: «Проблема природного права сьогодні – швидше предмет пригадування, ніж актуального пізнання. Тому ми потребуємо історичних дослідженнях, щоб познайомитися з усією складністю питання».[4]

Отже, звернення до природно-правової доктрини у наш час – час пошуку ціннісних орієнтирів на шляху побудови могутньої, самостійної, процвітаючої держави є важливим та необхідним. Велике значення для виховання «морально здорового» суспільства мають природно-правові ідеї видатних філософів, юристів, котрі потрібно популяризувати. Адже, кожний громадянин, кожна людина має певні ідеали та орієнтири, але не кожен може аргументовано відповісти «звідки» ці ідеали взялися. Саме при вихованні та навчанні молодшого покоління можливо сформувати розуміння тих природних цінностей, котрі закладені в нас від народження. Тоді, кожна людина буде здатна відстоювати свою позицію, захищати свої природні права, а головне розуміти їх витоки.

---

[1] Штраус Л. Указ. соч. – С. 10–11.

[2] Штраус Л. Указ. соч. – С. 12.

[3] Штраус Л. Указ. соч. – С. 38.

[4] Штраус Л. Указ. соч. – С. 12.

Від так, невеликий екскурс до проблеми природного права, завершимо цитатою з Декларації незалежності США, яку Лео Штраус навів на початку своєї, аналізованої нами, книги: «Ми вважаємо ці істини самоочевидними: що всі люди створені рівними, що вони наділені своїм Творцем певними невід'ємними правами, серед яких право на Життя, на Свободу і на прагнення до Щастя».[1]

Марина Дей,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри загальноправових дисциплін Академії муніципального управління

СТРАТЕГІЧНА РАМКОВА ПРОГРАМА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ З БЕЗПЕКИ ТА ГІГІЄНИ ПРАЦІ НА 2014-2020 РОКИ

Політику Європейського союзу з питань охорони здоров'я та безпеки на робочому місці можна віднести до всеосяжного законодавства та політичних дій, які здійснюються інститутами ЄС. Відповідно до звіту Європейського агентства з безпеки та гігієни праці (EU-OSHA)[2], щороку більше 4000 працівників вмирають в результаті нещасних випадків на виробництві та понад 3 млн. – є жертвами серйозних аварій на робочому місці, що призводить до відсутності на роботі більш ніж на три дні. Близько 24,2% працівників вважають, що їхнє здоров'я і безпека перебуває під загрозою через їх умови праці, а 25% заявили, що робота в основному негативно позначається на їх здоров'ї. Здоров'я та безпечні умови праці є одним з основних прав в ЄС, але не дивлячись на значний прогрес, який було досягнуто в цій галузі, основні ризики для працівників продовжують існувати.

Останнім часом Європейська Комісія перенесла свої зусилля з розробки вторинного законодавства на його впровадження. Впровадження повинне дійсно привести до поліпшення умов праці. Це вимагає належного дотримання законодавства. З іншого боку, законодавство (а також його дотримання) є тільки одним із засобів поліпшення повсякденної практики на робочих місцях. Стає усе більше й більше зрозумілим, що для стимулювання всіх сторін, що беруть участь у поліпшенні умов праці, варто використати також неюридичні заходи. Як окремий приклад, можна згадати забезпечення інформацією, підготовку й навчання, що здійснюються додатково до інструктажу й навчання, передбачених відповідно до законодавства.

У більшості країн реалізацію рамкової директиви можна знайти, головним чином, в одному національному законі. Крім такого закону, більшість державчленів мають, однак, різні відповідні закони й укази, а також десятки технічних правил, що стосуються дуже конкретних питань умов праці або технічних умов.

---

[1] Штраус Л. Указ. соч. – С. 7.

[2] https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/seminars/2016-17-healthy-workplaces-all-ages-campaign-partnership-meeting

Деякі з них включають європейські директиви (такі, як директиви про шум на робочому місці, наявність вінілхлоридних мономерів, свинцю, азбесту, фізичних і біологічних речовин на виробництві), а інші регулюють такі питання, як робота з устаткуванням високого або низького тиску, електрика, безпека на будівельних майданчиках, підйомниках та ін. Крім того, деякі колективні трудові угоди в значній мірі регулюють питання охорони праці.

Разом з тим, ініційована Європейською комісією Стратегічна рамкова програма ЄС з безпеки та гігієни праці на 2014-2020 роки, прийнята на конференції в Брюсселі у 2014 році. Слід погодитися з тим, що ризики для здоров'я і безпеки працівників в цілому аналогічні в усіх країнах ЄС (і в Україні). Тому існування чіткої стратегії дозволить більш ефективно вирішувати такі ризики і забезпечувати рівні умови по всій території ЄС. Стратегії ЄС визначають пріоритети та спільні цілі, служать основою для координації національної політики і впровадження цілісної культури профілактики, при підтримці зацікавлених сторін.

Але, слід наголосити на тому, що дана програма не містить положень для кращого захисту працівників від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань, і не пропонує ніяких реальних дій. Тому для прийняття більш результативного документу необхідно проводити трьохсторонній діалог Європейської комісії у співпраці з роботодавцями та працівниками малих і середніх підприємств, підтримуючи діалог з представниками інспекцій праці.

Особливо слід звернути увагу на основні проблеми в наступних галузях, таких як: опорно-рухового апарату, профілактика професійних ракових захворювань, охорона репродуктивного здоров'я від впливу токсичних речовин, хімічних ризиків, включаючи нові матеріали і хімічні руйнівники гормональної системи, а також гендерних питань, що випливають з різних ризики, стратегії профілактики, діагностики та визнання професійних захворювань.

Серед найважливіших кроків, які потрібно зробити, є наступні:

- Розробка нормативів щодо кількісних граничних показників токсичних речовин, які впливають на організм при тривалому застосуванні. На даний момент, обов'язкові граничні значення для опромінення працівників були встановлені на європейському рівні в межах всього трьох канцерогенних речовин, в той час як працівники піддаються дії декількох сотень канцерогенів і мутагенів. Жінки, зокрема часто використовують певні канцерогенні речовини як на робочому місці, так і вдома, які можуть збільшити ризики, в тому числі вплинути і на життєздатність їх нащадків.

Тому розробка такого стандарту є пріоритетною для ЄС. Відповідно до статичних даних, більше 30 мільйонів працівників в Європі піддаються впливу канцерогенних, мутагенних речовин за межами норм, які вважаються прийнятними і більше 100000 чоловік щорічно вмирають від таких професійних захворювань.

- Крім того, слід негайного розробити Директиву, яка б закріпила включення репротоксічних речовин в рамках канцерогенних, через серйозність і не-

зворотність наслідків від впливу цих речовин на здоров'я працівників (особливо вагітних жінок).

- Також, в ЄС ще досі є чинні директиви, що стосуються порушень опорно-рухового апарату (вібрації, ручної обробки і встановлення Екранного дисплею), але вони вже є застарілими у багатьох відношеннях, отже, повинні бути замінені на сучасні норми права.

З огляду на проведений короткий аналіз Стратегічної рамкової програми ЄС з безпеки та гігієни праці на 2014-2020 роки, можна зробити висновок про те, що основними принципами правового забезпечення охорони праці є принцип поваги прав людини, принцип заборони будь-якої дискримінації та принцип субсидіарності, який покликаний гарантувати соціальну справедливість у суспільстві.

Дуже важливим аспектом формування Програми є її економічний підхід. Ця пов'язано з життям і рівнем життя людей. Хоча питання умов праці стосуються, головним чином, працівників і роботодавців, це стосується також державної влади й суспільства в цілому, оскільки життя, здоров'я й безпека праці представляють цінності, передбачені конституцією.

Більше того, неможливо відокремити проблеми охорони праці від інших питань у сфері умов праці, таких як тривалість робочого часу, зарплата, час відпочинку, відпустки. Поліпшення одного із цих компонентів часто впливає на інші.

Передбачається, що уряд і адміністрація підтримають роботодавців і профспілки шляхом їхньої організації, інформування й проведення досліджень із метою поліпшення стандартів у сфері охорони й умов праці. Дії всіх урядових рівнів повинні бути скоординовані.

Надія Дроздович,
кандидат юридичних наук,
помічник судді Верховного Суду України

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ

Забезпечення єдності судової практики завжди є повноваженням найвищої судової інстанції держави, незалежно від того, яку вона має назву – Верховний Суд України, як правонаступник створеного у 1923 році Верховного Суду УРСР, або ж Велика палата Верховного Суду, задекларованого відповідно Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року та Конституційної реформи того ж року.

Відповідно до нині чинних положень статті 445 Кримінального процесуального кодексу України (далі - КПК) в редакції Закону України «Про забез-

печення права на справедливий суд» від 12 лютого 2015 року у пункті 2 йдеться про те, що Верховний Суд України здійснює перегляд судових рішень у зв'язку із неоднаковим застосуванням судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми права, передбаченої КПК, що зумовило ухвалення різних за змістом судових рішень.

Таким чином, перегляд судових рішень із зазначеної підстави є одним із процесуальних способів забезпечення єдності судової практики.

Водночас, з урахуванням особливостей юридичної природи цього виду правових норм має місце ряд практичних питань реалізації такого повноваження найвищої судової інстанції України.

Первинно заслуговує на критику обрана законодавцем юридична техніка при формулюванні підстави для перегляду судових рішень, передбаченої пунктом 2 статті 445 КПК. Так, реалізація учасниками кримінального провадження конституційно гарантованого права на перегляд судових рішень судом вищої інстанції, зокрема з підстави пункту 2 статті 445 КПК, означає зіставлення правотлумачних висновків касаційної інстанції щодо застосування будь-якої норми КПК у порівнюваних та оскаржуваних судових рішеннях. Відмова здійснювати таке порівняння правозастосування рівноцінна відмові у реалізації вже згаданого конституційного права, і в решті – відмові у доступу до правосуддя, що є неприпустимим. Натомість, абсолютна визначеність щодо перегляду в порядку глави 33 КПК однаковості застосування касаційним судом будь-якої норми є недосяжною, оскільки не всяка процесуальна норма цього кодифікованого акту підлягає порівнянню з огляду на її специфічний юридичний характер. Наведене є ілюстрацією «антинаукового» характеру змісту окремих положень КПК 2012 року та прикладом, коли схоластичне питання про природу, суть та особливості кримінальних процесуальних норм набуває цілком практичного значення, а теоретичні положення – умовою для реалізації права на перегляд судових рішень вищим судом.

Які ж особливості притаманні кримінальним процесуальним нормам, що обумовлюють практичну специфіку їх реалізації?

В теорії права визначається, що норми кримінального процесуального права передбачають способи і строки досягнення мети і виконання завдань кримінального права[1], а також визначають оптимальний порядок здійснення юридичного процесу[2]. Наголошується також, що фактично процесуальні норми, в тому числі кримінальні процесуальні, дозволяють забезпечити більшу визначеність правового регулювання шляхом закріплення певних чітко встановлених процедур, через які суб'єкти права отримують або можливість ознайомитися з тими, які вимоги до них висуває чинне законодавство, або звернутися за

---

[1] Сидоренко О.О. Процесуальні норми права: поняття, особливості, різновиди: монографія / О.О. Сидоренко. – Х.: Право, 2014. – С.152.

[2] Скакун О.Ф. Теорія права і держави: Підручник. – 2-ге видання. – К.: Алеута; КНТ; ЦУЛ, 2010. – С.284.

захистом порушеного права[1]. Підкреслюється також, що процесуальні норми відіграють важливе значення в організації державної влади, розподілі повноважень між різними елементами державного механізму, встановленні шляхів взаємодії та взаємовпливу між ними і в тому числі у функціонуванні механізму стримувань і противаг, оскільки конкретні його елементи втілюються саме через систему процесуальних гарантій[2]. Процесуальні норми права в цілому мають розглядатися як втілення ідеї процедурної справедливості, зміст якої знаходить розкриття у вимогах принципу верховенства права та одночасно виступає елементом механізму процедурної легітимності права і держави та концепції належного управління[3].

Наведене свідчить та підкреслює неабияку роль і значення кримінальних процесуальних норм у забезпеченні ефективного правового регулювання, а також специфічний його предмет – діяльність суб'єктів владних повноважень та реалізація ними функцій держави.

Ще одним визначаючим специфіку кримінальних процесуальних відносин фактором є їх структура. Основу структурного аналізу юридичних норм було закладено у першій половині XX столітті, однак ні у вітчизняній, ні у європейській юридичній літературі досі немає єдності поглядів щодо кількості елементів правових норм. Найбільш поширеною є думка про тричленну структуру норми права (гіпотеза, диспозиція і санкція). Вона була висловлена в одному з перших підручників з теорії держави і права, як написали, С.А. Голунський та М.С. Строгович[4].

Разом із тим, не менш важливим є втілення будь-якої умовної конструкції у суворо визначеному формально закріпленому вигляді в офіційних джерелах права. Якщо звернутися до текстуального вираження норми права, то неважко помітити, що їх конкретне формулювання у кримінальному процесуальному законі не завжди містить гіпотезу, диспозицію і санкцію у їх поєднанні, незалежно від того розглядати структуру кримінальних процесуальних норм з точки зору двочленної чи тричленної. Інакше кажучи, найголовнішою особливістю структури кримінальної процесуальної норми є неспівпадіння елементів норми права із законодавчим вираженням їх у межах окремих статей, що підтверджує релятивність (відносність) виокремлення гіпотези, диспозиції і санкції в окремій статті КПК. Слід підкреслити й те, що подібне неспівпадіння тексту закону та структурних елементів норми права не означає відсутність системної єдності між ними. Так, доречним є приклад, наведений О.О.Сидоренко при

---

[1] Сидоренко О.О. Процесуальні норми права: поняття, особливості, різновиди: монографія / О.О. Сидоренко. – Х.: Право, 2014. – С.15-16.

[2] Сидоренко О.О. Процесуальні норми права: поняття, особливості, різновиди: монографія / О.О. Сидоренко. – Х.: Право, 2014. – С.99.

[3] Там же. – С.170.

[4] Голунський С.А. Теория государства и права: [учебник для юрид. высш. учебн. заведений] / С.А. Голунский, М.С. Строгович. – М. Юрид изд-во НКЮ СССР, 1940. – 340с.

дослідженні природи процесуальних норм права про те, що не кожна норма, викладена у тексті нормативного акта, обов'язково повинна завершуватися визначенням ступеня реагування держави на її порушення. І така реакція завжди прямо чи завуальовано передбачена, а тому такий елемент як санкція, у структурі процесуальної норми присутня завжди. Можлива ситуація, за якої декілька норм права будуть забезпечуватися однією санкцією. Більше того, допустима ситуація, коли не тільки яка-небудь група норм буде забезпечуватися однією санкцією, але й примус до дотримання норм цілого правового інституту може забезпечуватися однією санкцією. Прийом законодавчої техніки, за якого не кожна процесуальна правова норма містить санкцію, не дозволяє вважати таку норму взагалі не маючої санкцією. Оскільки однією з безумовних ознак правовстановлення є можливість примусу з боку держави[1]. Підводячи підсумок особливостей структури кримінальних процесуальних норм права, необхідно визнати, що в будь-якому із зазначених варіантів норму права створюють гіпотеза, диспозиція і санкція в їх єдності, що є неодмінною умовою існування самої норми права. Навіть, якщо традиційне уявлення про тричленну структуру норми права не завжди підтверджується текстуально, правова норма є внутрішньо цілісною і лише у повному обсязі виражає завершену думку – державновладне веління, що є обов'язковим для виконання приписом. При цьому слід брати до уваги дистанційні санкції, які іноді знаходяться не тільки в інших нормах того самого нормативного акта, але й в зовсім інших, іноді таких, що належать до іншої правової галузі[2].

Свого часу корифей вітчизняного кримінального процесу П.О. Недбайло зазначав, що різні частини норми доводиться встановлювати логічним шляхом зіставлення низки статей або через розподіл однієї статті на окремі норми. При цьому він зазначав, що відсутність хоча б одного з елементів означає, що в наявності справа не з правовою нормою, а з її частиною або з не правовим приписом[3].

Подібне міститься й у сучасних наукових працях, наприклад, Л.І. Спірідонова, який вважає, що лише єдність усіх трьох елементів утворює норму права. Відсутність хоча б одного із них означає, що представлена як норма логічна чи словесна конструкція юридичною нормою не є[4].

Викладене є частковим поясненням того, чому неоднакове застосування касаційним судом однієї і тієї самої кримінальної процесуальної норми не

---

[1] Сидоренко О.О. Процесуальні норми права: поняття, особливості, різновиди: монографія / О.О. Сидоренко. – Х.: Право, 2014. – С.79.

[2] Сидоренко О.О. Процесуальні норми права: поняття, особливості, різновиди: монографія / О.О. Сидоренко. – Х.: Право, 2014. – С.82-83.

[3] Недбайло П.Е. Советские социалистические правовые нормы: лекция. – Львов: Узд-е Львов. ун-та, 1959. – С.67.

[4] Спиридонов Л.И. Теория государства и права. – М.: Изд-во «Проспект», 1996. – С.154.

є можливим щодо будь-якої норми КПК. З огляду на особливу роль і значення кримінальних процесуальних норм, предмет їх регулювання (діяльність суб'єктів владних повноважень) та специфічну структуру таких норм, вираження окремих елементів кримінальної процесуальної норми у тексті КПК не тотожне тексту закону в межах окремих статей.

Окрім того, окремі кримінальні процесуальні норми в тексті кодифікованого акту не є порівнюваними як такі, оскільки не мають традиційної дво- чи тричленної структури. До них належать норми-принципи, норми-дефініції, норми-завдання.

В свою чергу судова практика Верховного Суду України з перегляду судових рішень підстави пункту 2 статті 445 КПК виробила власний правовий висновок щодо порівнюваності, зокрема, норм статті 419 КПК. А саме, стаття 419 КПК визначає вимоги до змісту ухвали суду апеляційного інстанції. Вказані положення цієї статті є законодавчими орієнтирами відповідності судових рішень вимогам законності, обґрунтованості і вмотивованості та передбачають певний ступінь дискреційності (застосування наданих в межах закону повноважень на власний розсуд) щодо способу викладу мотивів прийнятого рішення. Судова діяльність завжди пов'язана із суддівським розсудом, є правозастосовною інтелектуально-вольовою діяльністю суду з передбаченим кримінальним процесуальним законом правом вибору варіанта рішення залежно від конкретних обставин кожної справи, що розглядається. При цьому дискреційність цих положень КПК не суперечить процесуальній формі та не применшує гарантій справедливості кримінального процесу. А є лише засобом індивідуалізації судового рішення в кожному конкретному кримінальному провадженні. Тому порівняння норм, передбачених статтею 419 КПК не убачається можливим, виходячи з юридичної природи цих положень, які є лише уніфікованими приписами змісту ухвали апеляційного суду, а не категоричним трафаретом такого рішення.[1].

Вікторія Жидецька,
аспірантка відділу проблем державного управління
та адміністративного права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ПУБЛІЧНЕ ОБГОВОРЕННЯ ПРОЕКТІВ НОРМАТИВНИХ АКТІВ

Важливе значення в утвердженні верховенства права, досягненні максимальної ефективності правового регулювання, розбудові демократичного функціонування інститутів громадянського суспільства, посиленні відповідальності

[1] Постанови Верховного Суду України від 21 квітня 2016 року № 5-381 кс 15, від 19 травня 2016 року № 5-389 кс 15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до документу : http://www.scourt.gov.ua/

за прийняття рішень на основі принципу поваги до прав людини та основоположних свобод мають процедурні питання здійснення нормотворчого провадження у функціонуванні влади, відповідальності за порушення нормотворчої компетенції міністерств, проведення консультацій з громадськістю, залучення науковців до аналізу пропозицій деталізації законодавства, розширення можливостей зворотного зв'язку інформресурсу е-демократія (публічне обговорення законопроектів) у контексті забезпечення участі у формуванні та реалізації державної політики. Згідно ст.7 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» (ЦОВВ) одним із завдань міністерства як органу, що забезпечує формування та реалізацію державної політики в одній чи декількох сферах, є забезпечення нормативно-правового регулювання. Згідно ст.117 Конституції України нормативно-правові акти (НПА) КМУ, міністерств та інших ЦОВВ підлягають реєстрації в порядку, встановленому законом.

Визначаючи юристів гарантами державної стабільності, у своїй діяльності В.І. Синайський намагався завжди бути на рівні світових досягнень юридичної науки. Він активно опрацьовував діюче право, пояснював теоретичні положення, вивчав перспективи законодавства, коментував судову практику. На його думку, законопроект, створений у тиші кабінетів невеликою групою людей, **потребує широкого наукового обговорення**[1]. На нашу думку, така позиція видатного вченого, який вивчав співвідношення культури і права у контексті широкого публічного обговорення буде слушною і стосовно підзаконних актів. В Указі Президента України № 683/2002 «Про додаткові заходи щодо забезпечення відкритості у діяльності органів державної влади» йдеться про необхідність **завчасного розміщення** на Веб-сторінках **проектів НПА** з повідомленням про це ЗМІ; постійне оновлення Веб-сторінок відповідних місцевих і ЦОВВ, створення за їх допомогою можливості для оперативного оприлюднення відповідей на найбільш поширені звернення та іншої інформації, широкого обговорення актуальних суспільних проблем та вивчення громадської думки про шляхи їх розв'язання. Згідно постанови КМУ №996 «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» консультації з громадськістю з одних і тих самих питань можуть **проводитись одночасно** у формі публічного громадського обговорення, електронних консультацій з громадськістю та вивчення громадської думки. Вважаємо за доцільне використати визначення поняття «зацікавлена громадськість» в аспекті участі експертів, науковців, радників, консультантів та інших осіб – як таку, що справляє або може справити вплив на процес прийняття рішень, зазначеного у Конвенції ООН «Про доступ інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля». Постановою КМУ №996 передбачено, що пропозиції та зауваження учасників публічного

[1] Міхневич Л.В. Питання приватного права в дослідженнях вчених-юристів Київського комерційного інституту / www.kul.kiev.ua/images/chasop/2009_2/40.doc

громадського обговорення подаються в усній та письмовій формі під час публічних заходів та у письмовій формі на поштову і електронну адреси, зазначені в інформаційному повідомленні про проведення публічного громадського обговорення.

Вчені виділяють такі ключові вимоги, яким має відповідати кожен акт управління: суворе дотримання встановленого порядку підготовки, обговорення та ухвалення встановлених актів управління (дотримання принципу колегіальності у передбачених законом випадках); узгодження проектів актів управління із зацікавленими сторонами; забезпечення відкритості у правотворчому процесі, який полягає у забезпеченні вільного доступу до інформації щодо проектів НПА, чинних та скасованих НПА[1].

Нормативні, організаційно-розпорядчі та інші акти (накази, доручення) міністерств як органів одноособового (єдиноначального) керівництва в системі державного управління та публічного адміністрування приймаються при здійсненні функцій виконавчої влади та підписуються персонально міністром – політиком, який легалізує політичний курс, регламентуючи суспільні відносини у певних галузях, оперативно обслуговуючи конкретну сферу потреб. Нормотворчість як форма владної вольової діяльності уповноважених суб'єктів та підзаконний характер НПА міністерств повинен відповідати Конституції України та актам законодавства, межам компетенції, організаційно-технічним вимогам з дотриманням принципів і процедур нормотворчого провадження, має здійснюватись з дотриманням регламентованих процедур підготовки і прийняття НПА. Чітке дотримання усіх етапів і стадій нормотворчого провадження, включаючи продуктивний діалог з громадськістю та своєчасне реагування на пропозиції / зауваження сприяють дотриманню принципу законності міністерствами.

Натомість, у звіті Мін'юсту зазначено: «основною причиною відмов в державній реєстрації НПА є перевищення компетенції міністерств, які аргументують це загальним правом відповідно до положень про них видавати накази, забуваючи при цьому, що НПА мають видаватись на виконання законів, а не заповнювати прогалини законодавства на власне бажання і на свій розсуд»[2].

У справі «Рисовський проти України» ЄСПЛ підкреслює важливість принципу «належного урядування»: на державні органи покладено обов'язок запровадити внутрішні процедури, що посилять прозорість і ясність дій, мінімізують ризик помилок і сприятимуть юридичній визначеності у правовідносинах. Державні органи, які не впроваджують або не дотримуються власних процедур, не

---

[1] Демократичні засади державного управління та адміністративне право : [монографія] / Кол. авт.: Шемшученко Ю.С., Авер'янов В.Б., Андрійко О.Ф., Кресіна І.О., Нагребельний В.П. та ін. ; за заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К. : Видавництво «Юридична думка», 2010. – 496 с. – С. 155.

[2] Нормативно-правові акти міністерств, нших центральних органів виконавчої влади, правові аспекти їх виконання та застосування [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://old.minjust.gov.ua/7948

повинні мати можливість отримувати вигоду від своїх протиправних дій або уникати виконання обов'язків. Ризик помилки державного органу повинен покладатися на саму державу, помилки не можуть виправлятися за рахунок осіб, яких вони стосуються. ЕСПЛ у рішенні Кіпр проти Туреччини (п. 95) підкреслює – із правопорушення право не виникає (**ex iniuria ius non oritur**).

Відсутність в Україні уніфікованих правил нормопроектування обумовлює врахування керівних документів ЄС[123] щодо стандартів якості акта: а) для користувача – чіткість, простота і доступність; б) оформлення – гнучкість та узгодженість з іншими законодавчими актами та міжнародними стандартами; в) структури – впорядкованість, чіткість викладу норм, термінологія та наявність обґрунтування певної дії; г) дієвості, як-от відповідність норм конкретним проблемам і реальним життєвим умовам; д) економічні та аналітичні, як-от співмірність користі та витрат, а також оцінка впливу на малий бізнес, конкуренцію, торгівлю; е) впровадження – практичність, здійсненність, надійність дотримання закону, його сприйняття суспільством і наявність необхідних адміністративних ресурсів.

Без вивчення помилок і прорахунків минулого, аналізу практики правозастосування, врахування напрацювань юридичної науки, критичного переосмислення ідей відомих діячів складно говорити про динамічно- успішний розвиток суспільних відносин, якісну адаптацію українського законодавства до вимог законодавства ЄС, потребуючого своєчасного оновлення НПА. У публічному обговоренні проектів НПА щодо меж державно-владного втручання у систему регламентації суспільних відносин, аналізу корупціогенності правових норм важливе значення має поінформованість як потреба свідомої участі небайдужих, авторитетних правників, галузевих експертів, суддів, громадських активістів задля ефективності державного управління, якісного здійснення публічних функцій влади[4]. Важливе значення в удосконаленні публічного обговорення проектів актів є вивчення міжнародного досвіду. Так, зв'язки з громадськістю органів влади є складовою загальної державної комунікаційної політики, яка, згідно із інструкцією урядової комунікаційної політики Канади, включає набір функцій щодо здійснення досліджень та аналізу, надання порад (оцінки програм і проектів), планування (стратегічного і поточного) та координації зусиль

---

[1] Міжінституційна угода про краще нормотворення // OJ C 321. - 2003. - 31 December. - P. 1-5.

[2] Міжінституційна угода про загальні правила щодо забезпечення якості проектування-Європейського законодавства від 22 груд. 1998 р. // OJ C 73. - 1999. - 17 March. - P. 1-3.

[3] Міжінституційна угода про більш структуроване засто- сування техніки перегляду нормативних актів від 28 листоп. 2001 р. // OJ C 077. - 2002. - 28 March. - P. 1-3.

[4] Синайский В. И. Что, наконец, нужно сделать для правильной постановки юридического образования? // Право и жизнь. – 1918. – № 4 – С. 1-8. – С.1.

менеджменту. Кожним органом влади залежно від наявних завдань розробляються комунікативні плани[1].

Для удосконалення нормопроектної роботи варто пропагувати громадський моніторинг і роль публічного обговорення, запроваджувати експертне рецензування, оцінку відповідності проектів актів європейським стандартам і принципам, покращувати науковий інструментарій правової та інших експертиз проектів НПА, підвищувати кваліфікацію розробників, оприлюднювати результати перевірок нормотворчої діяльності міністерств, проведених Мін'юстом та сприяти дієвості відповідальності, а також дотримання органами державної влади порядку публічного обговорення. На нашу думку, якщо використати актуальні сьогодні наукові праці В.І. Синайського[2] для розширення кола активності громадськості у публічному обговоренні проектів актів, то щоб «зрушити питання з мертвої точки», необхідно передусім розпочати реформування освіти, проводити дослідження культурної комунікації громадськості і виконавчої влади та ефективності заходів застосування відповідальності за порушення правил публічного обговорення проектів актів і процедур нормотворчого провадження, зокрема відшкодування шкоди, завданої органами державної влади у сфері нормотворчої діяльності.

Катерина Жидецька,
аспірантка відділу проблем державного управління
та адміністративного права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ГРОМАДСЬКИЙ КОНТРОЛЬ ДЕЛЕГОВАНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ КМУ

Ефективне правове регулювання суспільних відносин за допомогою юридичних засобів у їх системній взаємодії, зваженість та оптимальність політичних рішень для організації функціонування суспільства, концептуальні цінності та науково-теоретичне обґрунтування реформ, тлумачення, суддівський розсуд впливають на процеси державотворення, громадський правопорядок, національну безпеку, позначаються на якості життя людини і успішності розвитку країни, особливо у зв'язку із запровадженням інституту конституційної скарги і активним застосуванням практики ЄСПЛ. Питання формування правової (економічної, фінансової) політики та управління публічними справами (фінанси, ресурси, майно), усвідомлення кожним відповідальності за наслідки господарю-

[1] Ібрагімова І.М. Участь громадськості в процесі прийняття рішень: Збірник тез лекцій з питань нормопроектування. – К.:Центр правової реформи і законопроектних робіт, 2005 – 159с. – С. 108

[2] Синайский В. И. Что, наконец, нужно сделать для правильной постановки юридического образования? // Право и жизнь. – 1918. – № 4 – С. 1-8. – С.1.

вання у контексті демократичного урядування в глобалізаційному просторі, громадський контроль за законністю в діяльності публічної адміністрації, пошук рівноваги між інтересами громадянського суспільства і держави, дублюючі та делеговані повноваження, децентралізація влади обумовлюють науковий пошук українських та зарубіжних академічних шкіл та вчених, зокрема О.Ф. Андрійко, Л.К. Воронової, О.А. Музики-Стефанчук, В.П. Нагребельного, А.А. Нечай, О.П. Орлюк, П.С. Пацурківського, В.Д. Чернадчука, Н.Я. Якимчук та ін[1].

Вчений В.І. Синайський зазначає: цілі пізнання, як деякого мистецтва, диференціюються залежно від галузі дослідження, від матеріалу і взагалі напрямку думки. Питання (проблеми) можуть бути: історичними (історія права), догматичними (позитивне право), політико-правовими (з метою вироблення як нового, так і взагалі поліпшення чинного законодавства), теоретично пізнавальними (філософські), юридично-фольклорними та ін[2].

З огляду на зазначене, доцільним вбачається окреслити питання громадського контролю щодо здійснення державних запозичень, адже невиваженість державної боргової політики призведе до перекладення «надмірного боргового тягаря» на майбутні покоління.

У законопроекті «Про громадський контроль» №2737-1 громадський контроль – суспільна діяльність громадських об'єднань, предметом якої є здійснення нагляду за відповідністю діяльності органів державної влади Конституції України, законам України, іншим нормативно-правовим актам та за дотриманням ними державної дисципліни[3]. Схоже положення закріплено у Законі Республіки Польща «Про діяльність публічної користі і волонтаріат», відповідно до якого діяльність суспільної користі визначається як суспільно-корисна діяльність, яку проводять неурядові організації у сфері суспільних завдань (п.18 ч.1 ст.4)[4]. Законопроектом «Про громадський фінансовий контроль» передбачено зокрема положення щодо обізнаності громадськості про спрямування державних коштів[5].

---

[1] Адміністративно-правовий феномен Декретів КМУ / www.ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/30055/1/015_081_085; Дудар В.І. Шляхи підвищення ефективності делегування повноважень / http://academy.gov.ua/ej/ej19/PDF/19.pdf; Організація та діяльність органів виконавчої влади в Україні www.cpk.org.ua/files/Organ_ta%20_diyalnist.rt; Бублик Г. В. Делегування повноважень місцевими органами влади: організаційно-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 – теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / Бублик Г. В. ; Київ. нац. екон. ун-т. – К., 2005. – 16 с.

[2] В.Синайский. Техника юридической методологии в связи с общим учением о методологии / http://www.russkije.lv/ru/pub/read/tehnika-yuridicheskoi-metodologii/teh-yur-metod-ent.html

[3] Проект закону «Про громадський контроль» №2737-1 від 13.05.2015 http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/ webproc4_1?pf3511=55101

[4] Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o dzialalnosci pozytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. 2003 nr 96 poz. 873). - [Електронний документ]. - Режим доступу: http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20030960873

[5] Проект закону «Про громадський фінансовий контроль» http://antikor.com.ua/articles/61565-jak_gromadsjkistj_mohe_kontroljuvati_publichni_finansi

Як визначено ст.15 Бюджетного кодексу України (далі – БК України), одним з джерел фінансування бюджету є кошти від державних (місцевих) внутрішніх та зовнішніх запозичень. Згідно із ч.1 ст.16 БК України: державні запозичення здійснюються в межах, визначених законом про Держбюджет, з дотриманням граничного обсягу державного боргу на кінець бюджетного періоду, крім випадків, передбачених ч.4 ст.15. У свою чергу, 16.10.2012 Законом № 5428-VI Бюджетний кодекс було доповнено ч.4 ст.15, відповідно до якої: у разі зменшення обсягу джерел фінансування державного бюджету ***певного типу*** порівняно з обсягом, визначеним законом про Держбюджет, допускається ***за рішенням*** КМУ, ***погодженим із*** Комітетом ВРУ з питань бюджету; збільшення обсягу джерел фінансування держбюджету іншого типу, з дотриманням граничного обсягу річного дефіциту держбюджету.

Враховуючи, що складовою цінності верховенства права є принцип законності, то варто зважувати межі правотворчих делегованих повноважень КМУ з питань бюджету, з огляду на корупціогенний фактор і наявну можливість множинного тлумачення джерел фінансування ***«певного типу».*** Як відомо, правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких суб'єкти публічної адміністрації зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Відповідно до ст.116 Конституції, КМУ забезпечує проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики, тобто бюджетна розуміється як складова фінансової політики. Закон України «Про КМУ» та Конституція України (ст.117) визначають організацію, повноваження і порядок діяльності КМУ, який видає обов'язкові для виконання акти – постанови і розпорядження (ст.50), делегує в установленому законом порядку окремі повноваження – міністерствам (ст.20). У свою чергу, делеговану правотворчість за різними критеріями розподілено: за юридичною силою нормативно-правових актів, прийнятих у результаті делегування правотворчих повноважень: законодавча та підзаконна, а за видом нормативно-правового акта встановлення делегування правотворчих повноважень: конституційне, законодавче, інструкційне, розпорядчо-наказове[1].

Під делегуванням законодавчих повноважень розуміється видання акта за уповноваженням, що виходить із закону, чи за прямим дорученням представницького органу влади при збереженні певної системи контролю зі сторони законодавчого органу за реалізацією делегованих повноважень. Делегування в порядку уточнення компетенції за допомогою звичайних законів відрізняється від дії конституційного закону, який вносить зміни в Конституцію, тому не делегує повноваження, а перерозподіляє компетенцію[2]. Делеговані повноваження *на офіційне тлумачення норм права* (легальне тлумачення) *мають бути закріплені*

[1] Грималюк П.О. Види делегованої правотворчості / http://kul.kiev.ua/images/chasop/2012_2/55.pdf

[2] Дутка Г.І. Делегування законодавчих повноважень / http://www.apdp.in.ua/v63/08.pdf

у відповідних нормах права, що містяться: *у конституції*; *окремому нормативному акті*, що регулює відносини тлумачення; *в самому нормативному акті*, що регулює відносини суб'єкта, якому делеговані повноваження на тлумачення норм права[1].

Так, Законом України «Про тимчасове делегування КМУ повноважень видавати декрети в сфері законодавчого регулювання» з метою оперативного вирішення питань, пов'язаних із здійсненням ринкової реформи, ВРУ тимчасово (строком до 21.05.1993) вирішила делегувати КМУ повноваження видавати декрети у сфері законодавчого регулювання з питань, передбачених п.13 ст.97 Конституції щодо відносин власності, підприємницької діяльності, соціального і культурного розвитку, державної митної, науково-технічної політики, кредитно-фінансової системи, оподаткування, державної політики оплати праці і ціноутворення. Зокрема, Декретом КМУ «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» (1993-2014 внесено 18 раз зміни) передбачено, що КМУ визначає і подає на затвердження до ВРУ ліміт зовнішнього державного боргу України; бере участь у складанні платіжного балансу України; забезпечує виконання ***бюджетної*** і податкової політики в частині, що стосується руху валютних цінностей.

Таким чином, зважаючи, що держбюджет України на відповідний рік затверджується Законом України, то повноваження, передбачене ч.4 ст.15 БК України щодо джерел фінансування «певного типу» не відповідає вимогам зрозумілості законодавства та з огляду на принцип законності, з метою гарантування фінансової безпеки України, варто тільки законами визначати політику запозичень у контексті ст.92 Конституції. Як відомо, КМУ відповідальний перед Президентом і ВРУ, підконтрольний і підзвітний ВРУ у межах, передбачених Конституцією (ст.113); Президент зупиняє дію актів КМУ з мотивів невідповідності Конституції із зверненням до КСУ(ст.106).

Відповідно до Закону України «Про відкритість використання публічних коштів» відомості, що оприлюднюються мають реально відображати фактичні дані станом на відповідну дату або за відповідний період часу, оскільки йдеться про інформацію щодо використання публічних коштів, що підлягає оприлюдненню. Необхідно зазначити, що функціонування системи електронних закупівель ProZorro також сприяє контролю за витратами. Проте, залишаються не вирішеними питання участі громадян у формуванні бюджетів різних рівнів, зважаючи на відсутність завчасно оприлюднених проектів таких актів та неврегульованість процедур публічного громадського контролю. Оскільки функції держави реалізуються через діяльність органів влади, а питання унормування правил бюджетного фінансування, джерел формування публічних коштів, правил здійснення запозичень та аналіз їх впливу на соціально-економічний роз-

[1] Суб'єкти тлумачення права в Україні http://liber.onu.edu.ua:8080/bitstream/123456789/6835/1/189-192.pdf

виток зачіпає як публічний інтерес, так і особистий інтерес кожного, то роль громадського контролю є ключовою. Адже, як зазначено у Декларації прав людини і громадянина (ст.3): «джерелом суверенної влади є нація. Ніякі установи, жоден індивід не можуть володіти владою, яка не походить явно від нації».

Саме тому, проблеми правового регулювання діяльності публічної адміністрації, аналіз актів правозастосування та публічної інформації, моніторинг діяльності КМУ спонукає зацікавлену громадськість унормувати громадський контроль зокрема і за здійсненням делегованих повноважень органів виконавчої влади, а Закон України «Про відкритість ***використання*** публічних коштів» доповнити правом здійснення громадського контролю ***за формуванням*** публічних коштів і обговорення методик розрахунків та обов'язком забезпечити якісний парламентський контроль ***виконання делегованих повноважень КМУ***.

mgr Karol Zakrzewski,
Doktorant Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Gdańskiego
(Gdańsk, Polska)

EFEKTYWNOŚĆ NORM PRAWNYCH W ROZUMIENIU EKONOMICZNEJ ANALIZY PRAWA / ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА У РОЗУМІННІ ЕКОНОМІЧНОГО АНАЛІЗУ ПРАВА

Економічний аналіз права як постмодерністична тенденція теорії та філософії права, дозволяє по новому поглянути на проблему закону за допомогою економіки та економічних методів. Результати таких досліджень мають безпосереднє відношення до ефективності правових норм. Слід зазначити, що економічний аналіз правових норм, що виникають можуть бути застосовані до бізнес-операцій.

Efektywne normy prawne są miarą prawidłowo prowadzonej polityki prawa i racjonalności prawodawcy. Warunkiem skuteczności systemu prawnego jest jego przestrzeganie. Samo przestrzeganie norm pozwala na wyodrębnienie w teorii prawa skuteczności finistycznej. Jednak większą uwagę zwraca się na tzw. skuteczność behawioralną, która gwarantuje zarówno przestrzeganie norm prawnych, jak i poczucie adresatów o słuszności stanowionych norm.[1]

W osiągnięciu celu jakim jest efektywny system prawny przychodzą nowe nurty filozoficzno-teoretyczne, jakim jest ekonomiczna analiza prawa. Niniejszy nurt zajmuje się badaniem relacji pomiędzy prawem i ekonomią. Wykorzystuje on metody sticte ekonomiczne do pomiaru efektywności systemu prawnego, a co ważniejsze, tworzy dyrektywy dla racjonalnego prawodawcy w procesie stanowienia prawa. Początki ekonomicznej analizy prawa odnajduje się w filozoficznych pracach Nicolo Machiavellego

[1] T. Chauvin, T.Stawecki, P. Winczorek, „Wstęp do prawoznawstwa", C.H. Beck, Warszawa 2013, str. 179

czy Thomasa Hobbesa. Dynamiczny rozwój ekonomicznej analizy prawa przypada na XIX i XXw. oraz okres rewolucji przemysłowej. To wówczas tworzyli Adam Smith i Jeremy Bentham.[1] Szkoła Law&Economics, jako kierunek w postmodernistycznej teorii i filozofii prawa, związana jest z Chicagowską szkołą prawa lat 70. XXw. Do przedstawicieli ekonomicznej analizy prawa zalicza się Richarda Posnera, Rolanda Beckera oraz Ronalda Casea[2].

Podstawą dla ekonomicznej analizy prawa są pewne założenia, charakteryzujące zachowania społeczne i gospodarcze. Po pierwsze w myśl teorii racjonalnego wyboru przyjmuje się, że człowiek ma zdolność do rozpoznawania, krytykowania i poznawania wad. Poza aspektem poznawczym, człowiek podejmuje działania pozwalające określić cel i sposób jego osiągnięcia. Homo oeconomicus, jako określenie autorstwa A.Smitha i podzielane później przez J.S. Milla, definiuje człowieka jako podmiot uczestniczący w procesie gospodarczym, a jego celem nadrzędnym jest osiągnięcie jak największej korzyści. Określenie homo oeconomicus trafnie wpisuje się w teorię racjonalnego wyboru.[3] Drugim istotnym założeniem wokół którego ekonomiczna analiza prawa operuje, są koszty transakcyjne, które szeroko opisywane zwłaszcza od lat 60. XX w. przez Oliviera Williamsona, opisują przeszkody, które stanowią koszt dla podmiotów uczestniczących w wymianie rynkowej. Wśród kosztów transakcyjnych można wymienić koszty operacyjne takie jak koszty negocjacji, transportu czy koszty zarządu.[4]

Efektywność norm prawnych w krótko przedstawionej ekonomicznej analizie prawa przyjmuje kilka znaczeń, opisanych teorią ekonomiczną, a przyswojoną na grunt prawny. W niniejszym artykule przyjęto kilka modeli określenia efektywności postulowanych w literaturze[5].

Pierwsza próba definicji ujmuje efektywność, jako maksymalizację dobrobytu społecznego, za czym opowiadał się zwłaszcza Richard Posner. Maksymalizacja dobrobytu społecznego odbywa się poprzez podkreślenie użyteczności prawa. Stąd efektywne prawo będzie skuteczne tylko w przypadku wyposażenia o atrybut użyteczności. Przykładem norm prawnych skutecznych, a nie efektywnych są systemy prawne państw totalitarnych. Prawo wsparte mechanizmami zastraszania, okrutnych, nieproporcjonalnych kar czy oportunistyczną postawą społeczeństwa jest skuteczne, lecz nie efektywne. Powyższy opis efektywności wpisuje się w teorię utylitaryzmu i to utylitaryzmu społecznego. Zgodnie z nią czyn jest słuszny, gdy prowadzi do dobrych

---

[1] J. Bełdowski, K. Metalska-Szaniawska, Law&Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej teorii prawa, Bank i Kredyt 2007, nr 10, str. 52-53

[2] Mikołaj Wierzbcki w: „Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa", Wydawnictow C.H. Beck, Warszawa 2007, str. 61

[3] Red. U. Zagóra-Jonszta, Dokonania współczesnej myśli ekonomicznej- znaczenie i kategorii wyboru w teoriach ekonomicznych i praktyce gospodarczej, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Katowicach, Katowice 2010, str.104-109

[4] Ł. Hardt, Ekonomia kosztów transakcyjnych- geneza i kierunki rozwoju, Wydawnictwo UW, Warszawa 2009, str.15

[5] Przedstawiony podział modeli efektywności został wyodrębniony za J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, „Dziesięć wykładów o ekonomii prawa", Wolters Kluwer, Warszawa 2007

skutków oraz gdy użyteczność czynu jest maksymalna w danych okolicznościach. W związku z tym osiągnięcie efektywności daje się opisać przez funkcję dobrobytu społecznego. Jest ona ilorazem funkcji użyteczności i określonego zachowania. Dlatego też najbardziej efektywnym zachowaniem prawodawcy lub organu stosującego prawo będzie zachowanie o najwyższym wyniku funkcji dobrobytu społecznego. Drugą próbą definiowania efektywności prawa jest wyodrębnione przez Vilfreda Pareto polepszenie pozycji ekonomicznej i prawnej jednostki przy jednoczesnym zachowaniu statusu quo pozostałych jednostek. Pojęcie efektywności rozumianej przez Pareto ogranicza się do interesu i pozycji określonej jednostki, bądź grupy. Pomijany jest natomiast ogół społeczeństwa. Efektywność Pareto rozumiana jest przez swobodę wymiany dóbr przy odrzuceniu kosztów transakcyjnych. Trzecią możliwością definiowania efektywności norm prawnych jest teoria związana z Nicholasem Kaldorem oraz Johnem Hicksem i stanowi uzupełnienie poglądów Vilfreda Pareto. Ekonomiczna część teorii sprowadza się do efektywnej alokacji dóbr. Natomiast osiągnięcie efektywnego prawa określone jest za pomocą bilansu. Z efektywnym systemem prawnym mamy do czynienia, gdy korzyści osiągane przez jednostkę są wyższe niż straty pozostałych jednostek. Opisywana koncepcja uważana jest za koncepcję odzwierciedlającą zachowania rynkowe i ma szersze zastosowanie. Przewiduje możliwość poniesienia straty przez podmioty rynkowe i uwzględnia istnienie kosztów transakcyjnych. Sensem tej koncepcji efektywności jest sytuacja, w której jednostki zyskujące na zmianie zyskują na tyle, iż są w stanie pokryć straty jednostek pokrzywdzonych zmianą, a i tak ich sytuacja stanowi sytuację „wyższą". Wynagrodzenie strat jest w tym przypadku teoretyczne i nie podstaw do tworzenia obowiązku naprawienia szkody. Właśnie teoretyczna możliwość wynagrodzenia strat odróżnia koncepcję Kaldora-Hicksa od koncepcji Pareto. Faktyczny zwrot poniesionych strat prowadziłby do tego samego wniosku obie koncepcje. Natomiast możliwa będzie sytuacja, w której osiągana będzie efektywność w sensie Pareto i Kaldora-Hicksa. Zarazem możliwe również będą sytuacje, kiedy spełnione zostaną warunki Kaldora-Hicksa, a nie uzyskana zostanie efektywność w rozumieniu Vilfreda Pareto. Ostatnim, najczęściej spotykanym w literaturze, sposobem zdefiniowania efektywności prawa jest teoria sprowadzająca się do rachunku krańcowego. Według niniejszego poglądu prawo jest efektywne tylko wówczas, gdy korzyści marginalne zrównają się z kosztami marginalnymi, bądź będą je przewyższać. Korzyści i koszty marginalne, jako pojęcia ekonomiczne odnosić będą się w tym przypadku do kategorii socjologicznych. Powyżej opisany sens efektywności oparty jest na założeniu, że osiągnięcie 100% efektywności jest niemal niemożliwe, a co najmniej z punktu widzenia ekonomicznego nieopłacalne. Na przykładzie walki z przestępczością możemy stwierdzić, iż w pewnym momencie zwiększania inwestycji na walkę z przestępczością osiągamy optymalny punkt, w którym dalsze zwiększanie kosztów nie prowadzi do adekwatnych korzyści społecznych. Przynajmniej ze względów ekonomicznych dalsze inwestycje pozbawione byłyby sensu, co może prowadzić do wniosku o optymalnym poziomie przestępczości.

Z pomocą ekonomicznej analizie prawa oraz teorii kosztów i korzyści krańco-

wych przychodzą narzędzia ekonometryczne. Owe narzędzia służą opisowi sytuacji społeczno-gospodarczej przy badaniu wpływu czynników ekonomicznych i pozaekonomicznych na objaśnianą zmienną. Może nią być przestępczość czy egzekwowanie podatków. Za pomocą modelowania ekonometrycznego jesteśmy w stanie stwierdzić, która ze zmiennych objaśniających (jej wzrost bądź spadek) będzie miała statystycznie największy wpływ na stanowienie bądź stosowanie najbardziej efektywnych norm prawnych. Za przykład modelu ekonometrycznego badającego przestępczość mogą posłużyć modele Pablo Fajnyzlbera, Davida Ledermana i Normana Loayzy. Modele ich autorstwa objaśniały poziom przestępczości w zależności od wysokości bezrobocia, realnych dochodów, tempa rozwoju gospodarczego i wysokości spożycia alkoholu. W następnych etapach ich badań dodawano jako zmienne objaśniające kolejne czynniki pozaekonomiczne.[1]

Na początku dokonano założenia, iż efektywny system prawny jest celem racjonalnego prawodawcy. Jednak nie zawsze efektywność odpowiadać będzie sprawiedliwościowej funkcji prawa. Należy zatem zaznaczyć, że efektywność zyska na znaczeniu w zakresie prawa prywatnego, np. prawa własności czy prawa zobowiązań. Nie można jednak przyjmować przedstawionej koncepcji wprost, gdyż mogłoby to prowadzić do wniosków nieetycznych. Należy zatem postulować zastosowanie w procesie stanowienia i stosowania prawa użycie swego rodzaju filtrów pozwalających na uwzględnienie sprawiedliwości, jako celu systemu prawnego. Za przykład takiego filtru mogą służyć zasady współżycia społecznego, równoważące skutki dysproporcji społecznych. Przedstawiony powyżej opis efektywności norm prawnych w ujęciu ekonomicznej analizy prawa związany jest u swoich źródeł z amerykańskim realizmem prawniczym. Wydaje się więc, że w warunkach amerykańskiego systemu prawnego, osiągnięcie efektywności w sensie Law&Economics jest bardziej prawdopodobne, niż przyswojenie jej postulatów w systemie kontynentalnym.

Олена Заєць,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри земельного та аграрного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА: ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ

Правове забезпечення земельної реформи в Україні об`єктивно передбачає серед інших завдань розробку та прийняття необхідної кількості нормативно-правових актів, які б регулювали процес земельної реформи та післяреформаційні земельні відносини за принципами ефективності, економічності та корисності[2].

---

[1] J. Sztaudynger, M. Sztaudynger, „Ekonomiczne modele przestępczości", Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny 65, Zeszyt nr 3, 2003, str.127-143

[2] Заєць О.І. Правові аспекти земельної реформи в Україні: Монографія.-К.: ВПЦ «Київський університет», 2006. – 185 с. – С. 15.

Нам імпонує розуміння ефетивності правової норми як співвідношення між фактичним результатом її дії і тією соціальною ціллю, для досягнення якої ця норма була прийнята[1]. Здається, що така соціальна ціль в умовах української державності та розбудови громадянського суспільства завжди має бути позитивно спрямованою, відображати дійсні інтереси суспільства і кожного громадянина.

В земельному праві склалася ситуація, коли прийняття окремих правових норм при прискіпливому їх дослідженні не дає можливості побачити ту соціально позитивну мету, за-для досягнення якої вони приймаються. Тому зміст таких земельно-правових норм часто викликає у дослідників подив, а у практиків – проблеми з тлумаченням і правозастосуванням. Навряд чи можна казати про ефективність таких правових норм.

Так, наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 81 Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 р. (далі – ЗКУ) іноземці та особи без громадянства можуть набувати права власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення в межах населених пунктів, а також на земельні ділянки несільськогосподарського призначення за межами населених пунктів, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві приватної власності.

Відповідно до ч. 2 ст. 82 ЗКУ іноземні юридичні особи можуть набувати право власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення: а) у межах населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна та для спорудження об'єктів, пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності в Україні; б) за межами населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна.

При розгляді вищенаведених земельно-правових норм виникає закономірне запитання: з якою метою законодавець встановив такі обмеження у набутті іноземцями права власності на землю. І якщо відносно зрозумілим є категоріальне обмеження – набуваються тільки землі несільськогосподарського призначення, то зовсім неясним є умова наявності на земельній ділянці об`єкта нерухомості, який належить іноземцю або має бути ним збудований в майбутньому, до того ж для здійснення підприємницької діяльності. А якщо іноземець бажає здійснювати непідприємницьку діяльність, яка доцільність не надавати йому для цього у власність земельну ділянку.

На сьогоднішній день наука земельного права віднайшла спосіб долати подібного роду непорозуміння. Мірошниченко А.М. поділяє думку (а разом з ним і ми), за якою всі двозначночті і багатозначності у правових приписах слід вирішувати, виходячи із уявного наміру абстрактного «ідеального» законодавця

[1] Теория государства и права Под ред. Марченко М.Н. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1987. – 431 с. – 394-396.

(телеологічне, цільове тлумачення), причому уявляти цей намір слід виходячи із історичних умов (динамічне тлумачення)[1].

Так, пропонується розширено тлумачити ч. 1 ст. 82 ЗКУ, якою передбачено, що юридичні особи (засновані громадянами України або юридичними особами України) можуть набувати у власність земельні ділянки для здійснення підприємницької діяльності певними способами[2], оскільки дана норма не містить прямої заборони або зобов`язання. Адже українські юридичні особи можуть мати потребу у земельних ділянках і для непідприємницьких цілей.

Таке ж розширене тлумачення запропоновано для ч. 1 ст. 89 ЗКУ[3], відповідно до якої земельна ділянка може належати на праві спільної сумісної власності лише громадянам, якщо інше не встановлене законом. При цьому слід виходити із мети правового регулювання: неможливо віднайти будь-які аргументи на користь того, щоб у даному випадку дискримінувати іноземців та осіб без громадянства[4].

Не проглядається зрозуміла соціально важлива ціль декількох послідовних змін законодавства про правові наслідки приватизації земельних ділянок громадянами у період шлюбу.

Традиційно громадяни сприймають майно, набуте за час шлюбу подружжям, за деякими виключеннями, об'єктом права спільної сумісної власності. Втім сьогодні чинне законодавство містить чимало виключень із цього звичного для всіх правила, з якими пересічні громадяни найчастіше не знайомі. Серед таких виключень чинна редакція ст. 57 Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 р. (далі – СКУ) передбачає земельні ділянки, приватизовані одним із подружжя.

В контексті ст. 57 СКУ приватизація земельних ділянок, очевидно, вжита у вузькому розумінні як безоплатне, одноразове (в межах встановлених норм) відчуження земельних ділянок державної та комунальної власності на користь громадянам України та деяким їх колективів.

Слід зауважити, що нинішня редакція ст. 57 СКУ вступила в силу лише 13.06.2012 р. (Закон України від 17.05.2012 р.). До цього з 08.02.2011 р. (Закон України від11.01.2011 р.) діяла ст. 61 СКУ: «5. Об'єктом права спільної сумісної власності подружжя є житло, набуте одним із подружжя під час шлюбу внаслідок приватизації державного житлового фонду, та земельна ділянка, набута внаслідок безоплатної передачі її одному з подружжя із земель державної або комунальної власності, у тому числі приватизації».

---

[1] Мірошниченко А.М. Земельне право України: Підручник. – 3-тє видання. – К.:Алерта, 2013. – 512 с. – С. 35-36.

[2] Там само. – С. 106.

[3] Науково-практичний коментар Земельного кодексу України. За заг. ред. В.В. Медведчука. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – С. 239.

[4] Мірошниченко А.М. Земельне право України: Підручник. – 3-тє видання. – К.:Алерта, 2013. – 512 с. – С.36.

Відповідно з початку приватизації земель в Україні (16.05.1992 р. – вступ в силу нової редакції Земельного кодексу УРСР від 18 грудня 1990 р.) до 08.02.2011 р. питання про вид власності на землю подружжя в результаті приватизації був законодавчо не вирішеним. Тому в юридичній доктрині висловлювались протилежні позиції: як за одноосібну власність[1], так і за спільну сумісну власність[2]. Практично в той період нотаріуси про всяк випадок вимагали згоду другого з подружжя при укладанні правочинів із приватизованими земельними ділянками.

Зрештою Верховний Суд України спочатку у своєму Листі від 29.10.2008 р. № 19-3767/0/8-08 (п.10) роз'яснив, що земельна ділянка, право власності на яку набуто шляхом приватизації, є особистою приватною власністю того із подружжя, кому вона безоплатно передана у власність, та не є спільною сумісною власністю подружжя.

Потім Постанова Пленуму Верховного суду України від 16.04.2004 р. № 7 «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» (із змінами, внесеними згідно з Постановою Верховного Суду від 19.03.2010 р. № 2) у п. 18-2 роз'яснила: «Відповідно до положень статей 81, 116 ЗК окрема земельна ділянка, одержана громадянином у період шлюбу в приватну власність шляхом приватизації, є його особистою приватною власністю, а не спільною сумісною власністю подружжя, оскільки йдеться не про майно, нажите подружжям у шлюбі, а про одержану громадянином частку із земельного фонду».

У нотаріальній практиці, яка дотримувалась аналогічної позиції, пояснювали свій підхід тим, що в процесі приватизації держава у своєрідний спосіб начебто дарує земельні ділянки своїм громадянам, а подароване майно навіть у шлюбі є особистою приватною власність чоловіка або дружини (п.2 ч.1 ст. 57 СКУ).

Таким чином, вищезазначене спонукає до висновку про цільову невизначеність, а отже і неефективність норм про правові наслідки приватизації земельних ділянок під час шлюбу. Тільки з 13.06.2012 р. це питання набуло змістової та цільової спрямованості. Адже врахування виду права власності має значення при оформленні цивільно-правових угод стосовно таких земельних ділянок (потрібна згода другого з подружжя чи ні), а також для оформлення спадщини, оскільки земельна ділянка є об`єктом довготермінового існування, і для права в тому числі.

---

[1] Мірошниченко А.М. Земельне право України: Підручник. – К.: Алерта, 2011. – С. 158.

[2] Екологічне право: Підручник / За ред. В.К. Попова, А.П.Гетьмана. – Х., 2001. – С. 94-96. Федорченко М., Янов О. Земельне право України:посібник для практиків у двох томах. Т.1. – К., 2006. – С. 199.

Луи Зрейк,
кандидат юридических наук, адвокат, специалист по израильскому трудовому праву, юридический консультант муниципалитета Эйлабун (Эйлабун, Израиль)

ДЕФЕКТЫ ПРАВОВЫХ НОРМ В ИНСТИТУТЕ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ ИЗРАИЛЯ

Как и в многих странах, нарушение трудовых прав, предусмотренные и защищенные трудовым законодательством, в том числе, является уголовным преступлением.

В израильском трудовом праве, парламент предусмотрел уголовную и административную ответственность, на ряду с гражданской, по отношению к нарушителям нормам израильского трудового законодательства.

На протяжении десятков лет, правоприменительные органы потерпели поражение в реализации уголовных норм права касательно нарушения трудового законодательства. Власти действовали безуспешно и неэффективно. Несмотря на то что, закон предусмотрел юридическую норму – реальный механизм для реализации этих норм в реальности не был создан.

Некоторые законы содержали уголовное наказание[1] еще с тех пор как они, были изданы, - т.е. с 50-х годов XX века, но на практике, реализация этих норм не носила системный характер и скорее была случайной. Интересным является то, что некоторые положения закона, связанные с политическими тенденциями, например, запрет на работу по субботам[2], получили особое внимание законодателя. Государство Израиль не сэкономило ресурсов для реализации таких норм.

Все потому, что религиозные партии, которые были и остаются частью коалиции и членами почти всех правительств Израиля, заинтересованы чтобы, это норма соблюдалась. Более того, парламентарии настаивали на том, чтобы министерство экономики, увеличивало штат инспекторов для того чтобы реализовывать эту норму.

На протяжении всей истории Израиля, количество инспекторов, которые занимались реализацией положений о воздержании от работы по субботам, были в разы больше, чем инспекторы в иных областях применения труда.

В двух докладах Государственного контроллера, последний критиковал работу Управление по организации и реализации норм трудового права (далее – Управление), и указал на серьёзные дефекты в работе этого управления. Следует обратить внимание на то, что, жалобы по поводу нарушения трудовых прав, которые влекут уголовную ответственность, подаются инспекторам министерства экономики, а не органам полиции.

---

[1] Например: закон о защите заработной платы 1957г., закон об ежегодном отпуске

[2] Закон о часах работы и отдыха 1951г. Статья 9а

Государственный котроллер критиковал поведение Управления и отметил в своем втором докладе о деятельности Управления в 2015 г., что те серьезные дефекты, на которых он указывал в своем первом докладе, оставались. В докладе были приведены следующие примеры: отсутствие рабочей программы, которая готовится на реальных данных. Также, было отмечено отсутствие исследования сфер применения труда в разных областях народного хозяйства, специальностей, секторов и подсекторов в которых есть большой процент низких заработных плат и нарушений социальных прав. Государственный контроллер также отметил, что отдел исследований, который занимается нарушением трудовых прав, не работает как следует и претерпевает от недостатка кадров, что в свою очередь, влияет на эффективность, которая продолжает оставаться низкой.

Государственный контроллер отметил, что аппарат работает устаревшими методами, из-за чего, невозможно было получить компьютеризированные данные о работе Управления. Также было указано на то, что половина действий Управления основывается на поданных жалобах, но их количество очень ограничено. Вообще, было отмечено, что действие Управления не направлено на секторы, где работодатели выплачивают низкие зарплаты, и где нарушаются материальные трудовые права, включая работников арабского сектора, где нарушения трудовых норм очень распространены и действий/контроля Управления почти не нет. Избирательная работа Управления не дает возможность широкомасштабного и эффективного контролирования его деятельности.

По нашему мнению, самая главная причина неудовлетворительной деятельности Управления по реализации и привлечении к уголовной ответственности за нарушение трудового законодательства – является ограниченное количество инспекторов труда, которые занимаются применением уголовных норм в сфере трудового права. К примеру, в начале 2000-х годов, министерство экономики приняло на работу 20 инспекторов на всю страну и еще 80 инспекторов которые занимались иностранными работниками.

Несколько лет назад, профсоюз работников и объединение работодателей ввели инициативу принять закон, который предназначен для того чтобы усилить принуждения соблюдения трудовых норм. Государство приняло эту инициативу и был принят закон «Об усилении соблюдения трудовых норм» 2011 года (далее - Закон). Этот закон создавал административную ответственность наряду с уголовной и гражданской ответственностями. Согласно этому закону, государство обязалось увеличивать количество инспекторов и работу аппарата управления вообще.

Нет сомнения в том, что в последние годы, в результате применения закона об усилении соблюдения трудового законодательства, количество инспекторов увеличилось, и правоприменительные инструменты в руках исполнительных властей расширились, но на практике нечего существенно не изменилось.

Государственный контроллер своем докладе, изданном через два года после вступления в силу Закона, что «руководство Управления до сих пор не нашло

нужный и эффективный путь исполнения этого Закона. Медленный процесс проверки жалоб, который длится больше года в более 30% случаев характеризует работу Управления». В результате остается ситуация, при которой, привлечение к административной ответственности не привело до упорядочению деятельности аппарата Управления.

Официальная политика государства состоит в том, что Управление должно обратить особое внимание на нарушения, которые влияют на зарплату, для того чтобы помочь бедным. При этом, оказывается, что более половины нарушений, связанные с зарплатой закончились без наложения штрафных санкций на работодателя.

Из этого следует вывод, что проблема бездеятельности Управления не выражается только в защите материальных правах работников, а также и других сферах, в том числе, охраны безопасности работников на месте работы. Например, на 18 тысяч строительных площадок работают 18 инспекторов, что в свою очередь объясняет анархию в сфере безопасности на строительных площадках, которая привела к тому, что десятки работников погибают ежегодно в результате халатности работодателей.

Кроме того, следует отметить, что не только уголовно-правовые нормы трудового права в Израиле (уголовная ответственность за нарушение трудового законодательства) были и остаются неэффективными, но даже положения о привлечении к административной ответственности за нарушение в сфере труда, остаются мертвыми.

Таким образом, по моему мнению, принятие Закона и создание новых правовых норм, является лишь первым шагом на пути к их реализации. Другими словами, необходимо создать механизм для реализации этой нормы, включая, план работы, задачи и цели, также наличие необходимого финансирования для их исполнения.

Норма права без соответствующего механизма реализации, это лишь декларативная норма, лишенная принудительных элементов, которые являются основным для норм права.

Анастасія Іванова,
к. ю. н., старший науковий співробітник,
старший науковий співробітник відділу історико-правових досліджень
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ КОНСТИТУЦІЙНИХ АКТІВ У КОНТЕКСТІ ПОЛІТИКИ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПАМ'ЯТІ

Конституційний процес, що вкотре актуалізується в сучасній Україні дає змогу поставити деякі питання, що не були вирішені на перших його етапах. Зокрема йдеться про ефективне використання потенціалу норм Конституції України щодо політики національної пам'яті та формування національної

ідентичності українців, а також активного урахуванням історико-правового контексту в сучасному конституційному процесі.

Ми свідомі того, що політична ситуація в Україні на процесу початку 1990-х років не була сприятливою для закріплення певних історичних фактів та визначення історичних основ відновлення української державності. Так, згідно зі стенограмами Верховної Ради України, навіть фраза про «багатотисячолітню історію України» не була сприйнята однозначно та могла не увійти до остаточного тексту чинної Конституції України. Певною мірою така ситуація віддзеркалювала й стан історичної науки, яка на той момент не була готова пропонувати основи формування національної ідентичності та не мала для цього достатнього національного історичного наративу.

Сьогодні, звертаючись, наприклад, до періоду української революції 1917–1921 рр., слід визнати, що сучасна наука вже цілком одностайна у визнанні існування української державності в цей період. Декілька років тому нами, завдяки використанню надбань концепції перехідності, або транзитивності, було поставлене питання про можливість розгляду історико-правової реальності, що склалася на українських етнічних землях у цей період, як *єдиної Української держави перехідного періоду,* в рамках якої функціонували різні за своїми підходами владні режими[1]. Сучасні юристи-міжнародники, зокрема проф. О. Задорожній, автор монографії «Генеза міжнародної правосуб'єктності України», наголошують на глибоких коренях міжнародної правосуб'єктності України. Автор переконливо доводить, що на українських землях протягом тисячоліть існували державні утворення (зокрема йдеться і про Українську народну республіку), які виступали суб'єктами міжнародного права й вели активну міжнародно-правову діяльність.

Але якщо ми говоримо про функціонування Української держави 1917–1921 рр., то неминуче постає питання про наступність або правонаступність цієї держави.

На жаль у жодному конституційному акті сучасної України не згадано про сам факт існування національної держави на території України. Йдеться лише про УРСР, а також традицію або історію державотворення, що є процесом, який не обов'язково передбачає певний результат.

Звернімося до юридичного аспекту цієї проблеми.

- Закон України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 р. проголосив Україну правонаступницею УРСР і частково правонаступницею СРСР.
- 22 серпня 1992 року Микола Плав'юк, останній Президент УНР в ек-

[1] *Іванова А. Ю.* Евристичний потенціал концепції держави перехідного періоду для досліджень державотворчих процесів періоду української революції 1917–1921 рр. / А. Ю. Іванова // Правова держава. – Вип. 24. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2013. – С. 64–72.

зилі (1989—1992), урочисто передав президенту України Леоніду Кравчуку відповідні повноваження й регалії та зазначив:

«Складаючи свої повноваження, ми заявляємо, що проголошена 24 серпня і утверджена 1 грудня 1991 року народом України Українська Держава продовжує державно-національні традиції УНР і є ***правонаступницею*** *Української Народної Республіки.»*

Тодішній Президент України, Леонід Кравчук, обмежився визнанням історичної цінності моменту: «Цей акт має нагадати всім, що Україна веде свій родовід, свою політичну, державницьку біографію... від часів Київської Русі, Козацько-Гетьманської держави й Української Народної Республіки». Але на законодавчому рівні питання правонаступництва сучасної України від УНР більше не прозвучали, що звело значення цього акта до суто політичного.

Водночас і політичний потенціал цього акта не був реалізований повною мірою. Передача клейнодів від уряду в екзилі тривалий час продовжувала сприйматися чимось на кшталт віддання шани представникам української еміграції, однак нічим не відгукувалося в серці та свідомості пересічного українця.

Яким чином проблеми наступності вирішувалися історично та в інших пострадянських державах?

Свого часу Українська народна республіка (УНР) опинилася в аналогічній ситуації та мала якось визначатися із питаннями правонаступності та правового масиву, чинного на українських територіях. Щодо законодавства, чинного на території УНР до 27 жовтня 1917 р., було використано принцип наступності – імперське законодавство, не змінене і не скасоване УЦР, лишалося чинним і визнавалося законодавством УНР[1].

У Конституції УНР 1918 р. (офіційна назва – Статут про державний устрій, права і вільності УНР) був проголошений принцип тяглості і безперервності українського державотворення. Наведемо ст. 1 Конституції УНР: «***Відновивши*** *своє державне право, яко Українська Народна Республіка, Україна, для кращої оборони свого краю, для певнішого забезпечення права і охорони вільностей, культури і добробуту своїх громадян, проголосила себе і нині єсть державою суверенною, самостійною і ні від кого незалежною*».

На жаль у конституційних документах сучасної України йдеться не про відновлення, а про ***проголошення*** та ***утворення*** української держави як первісний акт. Так, Декларація від 16 липня 1990 р. не містить жодних посилань на історію.

Акт проголошення незалежності України 24 серпня 1991 р. містить загальне посилання на традицію: «*продовжуючи тисячолітню традицію державотворення на Україні... проголошує незалежність України та* ***створення*** *самостійної української держави – УКРАЇНИ*».

Згідно зі ст. 1 Конституційного Договору, на основі якого жила Україна з

[1] ЦДАВО України, ф. 1115, оп. 1, спр. 1, арк. 150.

8 червня 1995 року до прийняття Конституції 1996 р., «*Україна є демократичною, соціальною, правовою державою, яка* ***утворена*** *на основі здійснення українським народом свого суверенного права на самовизначення*».

Такий самий підхід демонструє й сучасна Конституція України 1996 р. – «спираючись на багатовікову історію українського державотворення» до речі, повторюючи фразу з Конституції Білорусі 1994 р.

Для порівняння звернімося до установчих документів інших пострадянських республік із багатовіковою історією державності та досвідом утворення постімперських республік на початку XX ст. В цих документах вони висловлюють своє ставлення до власної історії та закріплюють вихідні засадничі точки національної пам'яті, визначальні для формування національної ідентичності:

Конституція Естонської республіки від 1992 р. – «*Народ Естонії, виражаючи непохитну віру і тверду волю зміцнювати і розвивати державу, яка створена за неминущим правом на державне самовизначення народу Естонії і проголошена 24 лютого 1918 року...*»[1];

Конституція Литовської республіки від 1992 р. «*Литовський Народ, який створив багато віків тому Литовську державу, заклавши її правний фундамент у Литовських Статутах та Конституціях Литовської Республіки...*»[2];

Декларація про незалежність Вірменії від 1990 р. «*розвиваючи демократичні традиції, утвореної 28 травня 1918 р незалежної республіки Вірменія..., п. 11 Вірменія виступає за міжнародне визнання геноциду вірмен 1915 в Османській Туреччині та Західній Вірменії*».

Далі всіх у оцінках власної історії в установчих документах пішла Республіка Молдова, що очевидно зумовлено значною політичною перевагою національно орієнтованих сил.

Декларація про незалежність Республіки Молдова від 1990 р. окрім загального згадування про тисячолітнє минуле народу та його безперервну державність стверджує: «*вважаючи акти розділу національної території 1775 та 1812 років такими, що суперечать історичному та національному праву і юридичному статусу Молдовського князівства та анульованими всім історичним розвитком і вільним волевиявленням населення Бессарабії та Буковини; підкреслюючи, що здавна населення молдованами Придністров'я є складовою частиною історичної та етнічної території нашого народу; враховуючи, що парламенти багатьох держав в своїх деклараціях вважають угоду, укладену 23 серпня 1939 р. між урядом СРСР та урядом Німеччини недійсною із самого початку та вимагають ліквідації його політико-правових наслідків...; підкреслюючи, що не спитавши населення Бессарабії, півночі Буковини та області Херца, насильницьки захоплених 28 червня 1940 р., а також населення Молдавської АСРР (Придністров'я), утвореної 12 жовтня 1924 р, ВР СРСР, порушуючи власні конституційні повноваження прийняла 2 серпня 1940 р*

[1] Конституції нових держав Європи та Азії / Упор. *С. Головатий*. – К., 1996. – С. 2.

[2] Там само. – С. 50.

Закон СРСР про утворення союзної Молдавської РСР» – нормативний акт, яким намагалися виправдати, за браком будь-якого реального правового обґрунтування, розділення цих територій та приналежність нової республіки до СРСР».

Така чітка позиція навіть стала приводом дорікати Молдові у закладенні в Декларацію плану з розвалення Румунії та України, особливо враховуючи рішення Конституційного суду Молдови про те, що Декларація про незалежність є вищою за Конституцію республіки.

Ми пам'ятаємо, в яких історичних умовах приймалися перші конституційні документи, коли в баченні історії Української державності було більше міфів і білих плям, аніж реального розуміння її історії.

Однак сьогодні, завдяки напрацюванням історичної та історико-правової науки, а також у світлі усвідомлення кризового (амбівалентного) стану національної пам'яті українців, який ідентифіковано як потенційну загрозу національній безпеці України, ми можемо й зобов'язані знову повернутися до цієї теми не лише на науковому, а й на конституційному рівні.

Марина Кабаченко,
к. ю. н., асистент кафедри трудового права
та права соціального забезпечення
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ТЕРМІНОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ "ПРИПИНЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ"

Сьогодні наша держава переживає бурхливу епоху реформ та змін. Водночас, вимушені констатувати, що це супроводжується ускладненнями у всіх сферах суспільного життя. Маємо зауважити, що важливою передумовою економічного, інтелектуального, політичного виходу з кризи та розвитку будь-якої країни є її трудовий потенціал як самостійна складова фундаменту, на якому тримається суспільство. Стрижнем трудового потенціалу виступають трудові відносини, особливістю яких є стабільність та довготривалість. Водночас за своєю природою вони є динамічними і можуть неодноразово змінюватися протягом свого існування, а також припинятися у випадку настання певних обставин, передбачених у законодавстві.

Питання, пов'язані з виникненням, зміною чи припиненням трудових відносин, завжди перебували у центрі уваги багатьох вчених трудового права. Особливий інтерес викликають проблеми, що стосуються визначення правоприпиняючих юридичних фактів як підстав припинення індивідуальних трудових правовідносин. Вони неодноразово були предметом спеціальних наукових досліджень, а також розглядалися в окремих аспектах такими українськими науковцями, як В.М. Андріїв, В.С. Венедіктов, С.В. Венедіктов, В.В. Жернаков, М.І. Іншин, К.Ю. Мельник, П.Д. Пилипенко, С.М. Прилипко, О.І. Процев-

ський, Н.М. Хуторян, В.І. Щербина, О.М. Ярошенко та ін. Проте науковий інтерес до правового регулювання припинення трудового договору з кожним роком не зменшується, а, навпаки, зростає, що пов'язано як з кризовими соціально-економічними умовами, масовими скороченнями та вивільненням працівників, так і з недосконалою правовою системою, зокрема, прогалинами та колізіями у правовому регулюванні припинення трудових правовідносин.

Вивчаючи питання припинення трудових правовідносин не можна обійти увагою понятійний апарат, що використовуються у законодавстві та у правозастосовній практиці. У нашій статті ми спробуємо проаналізувати такі поняття як «припинення трудового договору», «призупинення трудового договору», «розірвання трудового договору», «звільнення» та виявити їх особливості, що позитивно вплинуть на правозастосовну практику та однакове розуміння категоріального апарату під час використання трудового законодавства.

Так, у чинному законодавстві про працю для позначення припинення трудових правовідносин вживаються різні за своїм змістом поняття: «припинення» трудового договору, «розірвання» трудового договору, «звільнення» працівника, «вивільнення» працівників. Ця ситуація, на думку М. С. Поліщук[1], не є позитивною для галузі трудового права, адже таким чином відбувається дезорієнтація правокористувачів, які можуть вкладати в зазначені терміни різний зміст, вводячи тим самим в оману інших суб'єктів правовідносин. Водночас не можна забувати, що однозначність у законодавчій мові полягає не лише в одному значенні терміна, а в його однаковому сприйнятті в межах конкретної галузі права всіма верствами населення. Погоджуємося з думкою С. М. Прилипка та О. М. Ярошенка[2], які зазначили, що «припинення трудового договору – це закінчення дії трудових правовідносин працівника з роботодавцем у всіх випадках, передбачених законодавством про працю. Розірвання трудового договору означає припинення трудових правовідносин одностороннім волевиявленням (чи роботодавця, чи працівника, чи осіб, які не є стороною трудового договору).

Отже, поняття «припинення трудового договору» за своїм змістом ширше, ніж поняття «розірвання трудового договору». Термін «звільнення» вживається щодо працівника і за змістом є синонімом терміна «припинення трудового договору». Щодо поняття «вивільнення», то виходячи зі змісту глави III-А КЗпП, можна зробити висновок про те, що вивільнення працівників – це категорія, яка може застосовуватися тільки щодо припинення трудового договору у випадку змін в організації виробництва і праці, тобто на підставі п. 1 ст. 40 КЗпП[3].

---

[1] Проблеми застосування трудового та пенсійного законодавства : моногра- П78 фія / [Н.М. Хуторян, Я.В. Сімутіна, М.М. Шумило та ін.]. – К. : Ніка-Центр, 2015. – 316 с.

[2] Прилипко С.М., Ярошенко О.М. Трудове право України: Підручник. – 2-ге вид., переробл. і доп. – Харків: Видавництво «ФІНН», 2009. – 728 с.

[3] Кодекс законів про працю України: затв. Законом УРСР від 10.12.1971 р., №322-VIII // Відом. Верхов. Ради Української РСР. – 1971. – №50 (Додаток). – Ст. 375.

Звернемо увагу ще на одне поняття, яке також використовується у практиці, а сааме «призупинення трудового договору», однак воно відсутнє у чинному законодавстві про працю. Проте це поняття застосовується у трудовому законодавстві інших країн. Для прикладу, у Законі «Про трудовий договір» Естонії призупинення трудового договору визначається як тимчасове звільнення працівника від обов'язку виконувати роботу та тимчасове звільнення роботодавця від обов'язку забезпечувати працівника роботою. Призупинення трудового договору не зумовлює розірвання трудового договору. У випадку і в порядку, передбаченому законом, колективним чи трудовим договором, за працівником на час призупинення трудового договору зберігається заробітна плата або виплачується інша компенсація. Трудовий договір, зокрема, призупиняється: 1) за домовленістю сторін, в тому числі на час відпустки без збереження заробітної плати, що надається за домовленістю сторін; 2) на час відпустки; 3) на період тимчасової непрацездатності працівника; 4) на час виконання працівником обов'язків, покладених на нього органом державного управління чи місцевого самоврядування чи на час надання їм працівників у порядку, передбаченому законом чи колективним договором; 5) на час законного страйку, якщо працівник бере участь у такому страйку у передбаченому законом порядку; 6) на строк проходження дійсної чи трудової служби в Силах самооборони, якщо трудовий договір не був розірваний у зв'язку з призовом чи вступом на таку службу і сторони домовилися про призупинення трудового договору; 7) на час відсторонення працівника від роботи уповноваженим на те органом чи посадовою особою.

Призупинення трудового договору характеризується тим, що трудові обов'язки працівником не виконуються, водночас трудові правовідносини не припиняються, трудовий договір не розривається, а лише призупиняє свою дію в частині окремих прав та обов'язків його сторін. За наведеними вище ознаками до призупинення трудового договору можна віднести: підвищення кваліфікації працівником з відривом від виробництва (ст. 122 КЗпП); звільнення вагітної жінки від роботи зі збереженням середнього заробітку до вирішення питання про надання їй відповідно до медичного висновку іншої роботи, яка є легшою і виключає вплив несприятливих виробничих факторів (ч. 2 ст. 178 КЗпП); виконання державних або громадських обов'язків, якщо за чинним законодавством України ці обов'язки можуть здійснюватися у робочий час (ч. 1 ст. 119 КЗпП) та ін. Про призупинення роботи за трудовим договором можна говорити і відносно часу відсторонення працівника від роботи, протягом якого трудові правовідносини продовжують існувати, хоча працівник не допускається до виконання роботи, обумовленої трудовим договором. Враховуючи вищенаведене, у новому Трудовому кодексі України було б доцільним належним чином упорядкувати існуючі правопризупиняючі юридичні факти і доповнити його відповідною главою, у якій визначити поняття та приблизний перелік випадків призупинення трудового договору.

Олександр Кайтанський,
к.ю.н., доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ПІЛЬГ ЯК ОСНОВНОГО ПРАВОВОГО ЗАСОБУ ДОДАТКОВОГО СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ МОЛОДІ

В сучасних соціально-економічних умовах все більшого значення набуває додатковий соціальний захист соціально незахищених категорій населення. Однією з таких категорій є молодь оскільки вона потребує державної підтримки в процесі соціального становлення та розвитку. Як основний правовий засіб додаткового соціального захисту молоді можна виділити соціальні пільги.

У теорії права правові пільги розглядаються як правомірні облегшення становища суб'єктів права шляхом надання будь-яких переваг або часткового звільнення від виконання встановлених загальних правил та обов'язків[1].

О.Ф. Скакун виділяє такі ознаки правових пільг:

1) виражаються у створенні більш сприятливого режиму для задоволення інтересів суб'єкта права;

2) доповнюють основні права і свободи суб'єкта права специфічними можливостями юридичного характеру, створюють його спеціальний статус;

3) фіксуються у нормативних актах відповідно до демократичних процедур правотворчості як правомірні виключення (законні вилучення)[2].

При встановленні пільг законодавець ставить мету – соціально захистити, покращити становище окремих осіб, перевести процес задоволення їх інтересів у більш сприятливий режим. Цілі тут мають першорядне значення, бо не всяке розширення прав і звільнення від обов'язків виступає як пільги.

Правові пільги являють собою виключення із загальних правил, відхилення від єдиних вимог нормативного характеру, виступають способом юридичної диференціації. Чим більш досконалим є право, тим більш диференційовано воно регламентує конкретні суспільні відносини. За відсутності правової регламентації у тій чи іншій сфері органи управління змушені, враховуючи конкретні обставини, робити на свій розсуд виключення для окремих осіб, що веде до різнобою у практичній діяльності та відкриває лазівку для суб'єктивізму і навіть зловживань[3]. Пільги – це елемент передусім спеціального правового статусу особи, механізм доповнення основних прав і свобод суб'єкта специфічними можливостями юридичного характеру.

Правові пільги виступають правомірними виключеннями, законними вилу-

---

[1] Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): Учебник. Перевод с украинского. – Харьков: Эспада, 2007. – С.315.

[2] Там само.

[3] Бахрах Д.Н. Правовые льготы / Справедливость и право. – Свердловск, 1989. – С.75.

ченнями, встановленими компетентними органами в нормативно-правових актах відповідно до демократичних процедур правотворчості. Пільги, як правило, фіксуються у нормативно-правових, а не правозастосовних актах. Заборона законом надавати пільги в індивідуальному порядку переслідує мету – звести до мінімуму корисливий розсуд, який може проявитися в цьому процесі.

Основна мета правових пільг полягає в узгодженні інтересів особистості, соціальних груп, держави. Пільги пов'язують і гармонізують ці різні інтереси, дозволяючи їх задовольнити, розподіляючи соціальні блага і сприяючи тим самим нормальному розвитку як окремого громадянина, так і суспільства в цілому.

З одного боку, пільги встановлюються для тих суб'єктів, конкретні інтереси яких у рамках загальних правил не можуть отримати належного забезпечення і захисту, оскільки вони характеризуються якимись особливостями (стан здоров'я, вік, стать і т. ін.) або знаходяться у специфічних умовах (професія, що потребує скороченого робочого дня, більш тривалої щорічної відпустки та ін.).

З іншого боку, пільги надаються тим суб'єктам, у соціально корисній діяльності яких зацікавлена держава, суспільство в цілому.

Правові пільги виконують функції:

1) компенсаційну – формує приблизно рівні можливості розвитку осіб, які перебувають у нерівних умовах внаслідок біологічних і соціальних причин. Так, утягування у трудову діяльність вагітних жінок і жінок-матерів було б неможливим без установлення для них законом особливих умов праці. Отже, принцип соціальної справедливості вимагає встановлення в даному випадку певного вилучення із принципу рівноправності громадян, а самі пільги вагітним жінкам і жінкам-матерям набувають компенсаційного характеру, вирівнюючи їх можливості з можливостями інших людей. В цьому значення пільга – особливе право, що доповнює права, які має особа, з метою гарантувати певний рівень споживання, облегшити доступ до юридично забезпеченому благу, суттєво ускладнений внаслідок вагітності і материнства. Тут пільги покликані покращувати соціально-економічні умови вагітних жінок і жінок-матерів, їх матеріально-побутове і фінансове становище;

2) стимулюючу – спрямована на суспільно-корисну діяльність, створює сприятливі умови для задоволення власних інтересів особи. Зазначену функцію пільги виконують поряд із такими юридичними засобами, як дозволи, заохочення та ін. Однак стимулююча функція у пільг є більшою, ніж у дозволів, тому що пільга – додаткова можливість, перевага, що дається «зверху» якогось права, але є меншою, ніж у заохочень. Останні спеціально призначені для стимулювання, ухвалення і нагороди заслуженої поведінки. Це їх основна функція. Пільга ж далеко не завжди встановлюється за певні послуги і стимулюючу функцію виконує більшою мірою поряд з компенсаційною.

Пільги підлягають класифікації за певними підставами. Залежно від харак-

теру підстави, з якої пільги надаються певним категоріям осіб, пільги поділяються на професійні та соціальні. Професійні пільги надаються певним категоріям працівників у зв'язку з їх професійним статусом (народним депутатам, депутатам місцевих рад, суддям, прокурорам, військовослужбовцям та ін.).

Соціальні пільги встановлені у зв'язку з особливим соціальним статусом окремих категорій населення (інвалідів, ветеранів праці, ветеранів війни, осіб, постраждалих внаслідок Чорнобильської катастрофи та ін.).

Соціальний статус особи слід розглядати як встановлену законодавством сукупність прав та обов'язків особи в соціальній сфері. Як відзначає Н.Б. Болотіна, пільги за соціальним статусом надаються особі, яка зазнала особливих соціальних ризиків, наприклад, зазнала каліцтва (інвалідності), була учасником бойових дій, була піддана репресіям з політичних мотивів і реабілітована, зазнала техногенного або екологічного лиха тощо[1].

Як видається, надання пільг за особливим соціальним статусом не можна пов'язувати у кожному випадку із настанням соціальних ризиків. Основним правовим засобом у додатковому соціальному захисті молоді є інститут соціальних пільг, які встановлюються залежно від соціального стану молоді як окремої соціально-демографічної групи з особливим соціальним статусом. Наприклад, встановлення пільгового проїзду на транспорті для студентів вищих навчальних закладів денної форми навчання не пов'язане з настанням соціальних ризиків, а обумовлене особливим соціальним статусом даної категорії населення. Пільги також поділяються за сферою суспільного життя на трудові, податкові, транспортні, житлові, у сфері охорони здоров'я, освіти та ін.).

Анастасія Клименко,
аспірантка Науково-дослідного інституту правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України

ДО ПИТАННЯ ОКРЕМИХ ПРИНЦИПІВ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Науково обґрунтовані і чітко сформульовані принципи права виступають одним із неодмінних факторів ефективності правового регулювання суспільних відносин в сфері соціального забезпечення.

Під принципами державної системи соціального забезпечення розуміють обумовлені економічними закономірностями і витікаючи зі змісту соціальної політики держави керівні засади, закріплені в Конституції та інших нормативних актах, які відображають сутність правового регулювання суспільних відносин в сфері соціального забезпечення. Це такі принципи як:

- всезагальний характер соціального забезпечення;

[1] Болотіна Н.Б. Право соціального захисту України: Навч. посіб. – К.: Знання, 2005. – С. 479.

- забезпечення за рахунок державних та суспільних коштів;
- справедливе розподілення матеріальних благ та послуг;

здійснення соціального забезпечення самими працівниками через державні органи та громадські організації.

В. Шайхатдинов систему правових принципів в соціальному забезпеченні ділить на наступні основні їх підрозділи (підсистеми): 1) принципи системи соціального забезпечення; 2) галузеві принципи права соціального забезпечення; 3) принципи правових інститутів цієї галузі, об'єднань правових інститутів[1].

В свою чергу М. Лушникова вказує, що в системі соціального забезпечення необхідно виділяти дві групи принципів: правові принципи соціального страхування та правові принципи соціальної допомоги. Взагалі, автор ділить особливу частину права соціального забезпечення на дві підгалузі, формулюючи правові принципи для кожної з них, а на базі таких формулювань називає принципи всього права соціального забезпечення.

Для науки права соціального забезпечення принципи мають фундаментальне значення для знань про явища реальної дійсності в сфері соціального забезпечення.

Першість у розробленні принципів права соціального забезпечення як галузі одноголосно віддають В.С. Андреєву. На його думку, загальними принципами соціального забезпечення є: всезагальність забезпечення громадян; всебічність і багатоманітність видів забезпечення останніх; забезпечення трудящих за рахунок державних і суспільних коштів; здійснення названого забезпечення трудящих через громадські організації і державні органи[2].

Значна кількість науковців погоджувалися з думкою Андреєва В.С. щодо принципів соціального забезпечення, але були й такі, які вносили свої пропозиції та корективи до вказаного переліку. Так, А. Карцхія виокремив такі принципи права соціального забезпечення, як всеосяжність, універсальність, безкоштовність, непряме відображення принципу розподілу за результатами праці, демократичність[3].

А. Єгоров вважав, що до системи принципів права соціального забезпечення належать: право на вказане забезпечення та поширення його на всіх громадян; багатоманітність видів і форм соціального забезпечення останніх; здійснення даного забезпечення за рахунок суспільства, тощо[4].

Н. Болотіна до системи принципів соціального забезпечення відносить:

---

[1] Шайхатдинов В.Ш. Теория социального обеспечения / В. Ш. Шайхатдинов. – Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1982. - С.47.

[2] Андреев В.С. Правовые проблемы социального обеспечения в СССР // Сов. гос. и право. – 1967. - № 2. – С. 34-37.

[3] Карцхия А.А. Основные принципы советского права социального обеспечения // Вопросы социального обеспечения. Вып. 13. – М.,1982. – С. 46-54.

[4] Егоров А.Н. Основные принципы советского права социального обеспечения.- М., 1984. – С. 66-79

всезагальність соціального забезпечення; рівність та заборона дискримінації; всебічність; незменшуваність змісту та обсягу соціальних виплат і послуг при прийнятті нових законів тощо[1]. Для ефективного функціонування системи правових принципів вона повинна мати ієрархічну будову. При цьому, на «вершині» ієрархії системи правових принципів знаходяться принципи універсальні, на основі яких виникають та розвиваються всі інші правові принципи і правова система в цілому. Таким чином, принципи права в залежності від сфери їх розповсюдження, важливості і систематизуючої ролі в галузевій правовій науці класифікуються на загальноправові, міжгалузеві, галузеві і внутрішньогалузеві (принципи правових інститутів).

Однією з важливих гарантій реалізації права на соціальне забезпечення є загальнообов'язкове державне соціальне страхування, яке встановлює гарантії захисту прав й інтересів громадян, котрі мають право не пенсію, а також на інші види соціального забезпечення. Вони мають право на забезпечення їх в разі хвороби, тимчасової непрацездатності, необхідності догляду за дитиною, тощо. Правові принципи, фінансові та організаційні засади вказаного страхування закріплені в Основах законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування, а також у відповідних законах з різних видів страхування. Серед численних принципів, визначених у вищевказаному нормативно-правовому акті, особлива увага приділяється таким принципам, як солідарність та субсидування. Суть цих принципів полягає в тому, що, наприклад, в медичному страхуванні здоровий платить за хворого, працезданий утримує непрацездатного, в пенсійному страхуванні діє «договір поколінь» - сучасні працівники утримують теперішніх пенсіонерів за рахунок сплати внесків до пенсійної системи. У зв'язку із цим, Н. Болотіна та Г. Чанишева визначають, що для соціально-забезпечувальних відносин характерне використання методу соціального подання та соціальної солідарності при розподілі соціальних коштів[2].

Під принципами соціального захисту необхідно розуміти встановлення на законодавчому рівні мінімальних соціальних стандартів у сфері праці, освіти, охорони здоров'я, соціального забезпечення, норм підвищеного соціального захисту для окремих категорій населення, державне гарантування дотримання соціальних прав людини, встановлених Конституцією, законами України, а також міжнародно-правовими актами, ратифікованими Верховною Радою України, реальна наявність і функціонування державної служби зайнятості, державних та комунальних закладів охорони здоров'я, соціального забезпечення, обслуговування та утримання, в котрих медичні та соціальні послуги надаються безоплатно усім категоріям населення.

---

[1] Болотіна Н.Б. Про принципи сучасного права соціального забезпечення України / Актуальні проблеми держави та права. Зб. наук. праць. Вип. 9. – Одеса. 2000. – С. 44-52.

[2] Болотіна Н.Б., Чанишева Г.І. Трудове право України: Підручник. – К.: Т-во «Знання», КОО, 2000. – С. 41.

До таких принципів права соціального забезпечення належать: всезагальність соціального забезпечення, тобто поширення його на всіх фізичних осіб (громадян України, іноземців, осіб без громадянства); рівність та заборона дискримінації; всесторонність – надання соціального забезпечення у всіх випадках настання соціального ризику; незменшуваність змісту та обсягу соціальних виплат та послуг при прийнятті нових законів; державна гарантованість; багатоканальність фінансового забезпечення; єдність та диференціація соціального забезпечення; обґрунтованість соціальними нормами; збереження прав в галузі соціального забезпечення; захист законних сподівань; юридична ясність; реальність прав; судовий захист права людини на соціальне забезпечення.

При цьому, необхідно звернути увагу, що перераховані принципи поділяються на змістовні та формальні. Перша категорія принципів стосується забезпечення змісту конкретних прав у сфері соціального забезпечення, друга категорія – додержання формальної сторони побудови юридичного механізму.

Наукою права соціального забезпечення накопичений досить значний масив галузевого правового знання, в тому числі й щодо поняття принципів права соціального забезпечення. При цьому весь цей масив потребує детального осмислення в рамках досліджень окремо взятих принципів. Проблематика принципів права соціального забезпечення у цілому знаходиться у стадії розробки і має потребу у подальшому поглибленому дослідженні. При цьому безперечною є необхідність і фактична можливість розповсюдження принципів соціального забезпечення на всі організаційно-правові форми соціального забезпечення і всі його види.

Олена Коваленко,
аспірантка кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна

ОКРЕМІ АСПЕКТИ РОЗМЕЖУВАННЯ ПИСЬМОВОЇ ТА ЕЛЕКТРОННОЇ ФОРМИ ДОГОВОРУ

Відповідно до Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг», електронний документ може бути створений, переданий, збережений і перетворений електронними засобами у візуальну форму. Візуальною формою подання електронного документа є відображення даних, які він містить, електронними засобами або на папері у формі, придатній для приймання його змісту людиною[1].

З аналізу цієї норми закону виникає питання, чи відноситься електронна форма договору до письмової форми, або ж електронна форма договору є окре-

[1] Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22.05.2003 р. №851-IV (із змінами внесеними від 03.09.2015 р.)// Відомості Верховної Ради України. – 2003. - №36. – с.275. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/851-15

мою формою? В українській доктрині цивільного права погляди щодо електронної форми правочину досить відрізняються. Так, наприклад, Д.В. Сахарук, вважає, що електронна форма правочину є окремою формою правочину[1]. Відповідно до цього підходу «письмова» та «електронна» форми є видовими щодо родового поняття, яким слід вважати «запис», тобто фіксацію змісту правочину на матеріальному або електронному носієві, який надає можливість зберігати інформацію про зміст правочину протягом тривалого часу і відтворити її на першу вимогу у формі, зрозумілій людині.

Подібною є й позиція В. Харчука, який стверджує, що особливість самої фіксації волевиявлення в засобах електронного передання даних полягає не лише у створенні текстового документа, а й у можливості фіксування волевиявлення за допомогою звукових, відео файлів, графічних файлів[2].

Протилежну точку зору має професор І. В. Спасибо-Фатєєва, яка вважає, що віднесення правочинів, вчинених за допомогою електронних засобів зв'язку до письмових слід розуміти як подання інформації (змісту правочину) на інших носіях, аніж папір, проте із фіксацією волі (думки, намірів) сторін через логічно упорядковані знаки[3]. Матеріальним носієм, як зазначає І.В. Спасибо-Фатєєва, буде комп'ютерний диск, із якого зчитується відповідна інформація через її сприйняття на моніторі або після роздрукування на папері. Тому, на думку професора І.В. Спасибо-Фатєєвої, електронно-цифрова форма є різновидом письмової форми з урахуванням специфіки мережі Інтернет.

Якщо звернутися до чинного законодавства України, то стаття 205 Цивільного кодексу України, вказує, що правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі[4]. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Відповідно до ст. 207 Цивільного кодексу України, правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах (у тому числі електронних), у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку.

З аналізу норм даної статті можемо дійти висновку, що законодавець розглядає електронну форму лише як технічну модифікацію письмової форми, суто як технічний засіб передачі або зберігання відповідної інформації, у якій виражено волю сторін.

Проте, вважаємо, що дана думка законодавця не відповідає реаліям су-

---

[1] Сахарук Д. Поняття та види форми правочину / Д.В. Сахарук // Підприємництво, господарство і право. – 2003. - №12. – с.44.

[2] Харчук В. Електронний правочин.//Юридичний журнал. - 2009. - №3. - С.63.

[3] Спасибо-Фатєєва І. Актуальні питання форми правочинів (теоретико-практичний аспект)// Підприємництво, господарство і право. – 2002. - №8. – с.32-33.

[4] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV: за станом на 1 січня 2016 р.// Відомості Верховної Ради України. – 2003. - №№40-44. – ст.356. [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15

часного розвитку інформаційних технологій. Тому що, говорячи про обмін інформацією за допомогою електронних засобів зв'язку в законодавстві ЄС та міжнародному праві, перш за все, мається на увазі передача інформації за допомогою комп'ютера та мережі Інтернет, про це свідчить ряд нормативно-правових актів, зокрема Віденська конвенція 1980 р.[1]

До того ж, як вказує російський дослідник Я.А. Карєв, обов'язковим реквізитом електронного документу є електронно-цифровий підпис, а такі засоби зв'язку як телеграф і телетайп не можуть в силу своїх функціональних можливостей, передавати разом з певною інформацією також електронний підпис, а відтак, не призначені для обміну електронними документами[2].

Що стосується факсимільного зв'язку, то неможна не погодитися з М.Г. Розенбергом, який вказує, що даний спосіб передачі інформації не гарантує того факту, що отриманий факсом текст повністю відповідає відправленому. В деяких випадках мали місце ситуації, що через неспівпадіння відправленого та отриманого тексту пропозиції та акцепту не співпадали думки сторін щодо змісту укладеного ними договору[3].

До того ж, судова практика в Україні також визначає електронну форму договору виключно як спосіб збереження та передачі письмової. Досить цікавою виявляється позиція, закріплена у постанові Вищого господарського суду України від 15.01.2013 року у справі №5008/419/2012[4]. У вказаній справі спірною виявляється ситуація, коли сторони за Договором зазначили, що документи, які відправлені факсом чи електронною поштою, мають повну юридичну силу та до моменту обміну оригіналами, породжують права та обов'язки для сторін. Також такі документи можуть бути подані «в судові інстанції в якості належних доказів і не можуть заперечуватись стороною, від імені якої вони були відправлені». З огляду на це, суд долучив ці документи як докази в справі. Дана ситуація нажаль, не надає можливості суб'єктам господарювання здійснювати своє волевиявлення в електронній формі, вона є лише способом обміну інформацією за допомогою електронних засобів зв'язку.

Слід зазначити, що в європейському законодавстві електронна форма договору розглядається як окрема форма договору, під якою мається на увазі використання комп'ютеру, мобільного телефону та мережі Інтернет, а не просто обміну скан-копіями чи фото-копіями документів. Про цей факт свідчить

---

[1] Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_003

[2] Карев Я.А. Электронные документы и сообщения в коммерческом обороте: правовое регулирование/ Я.А. Карев. – Москва: Статут, 2006. – с.32.

[3] Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров/ М.Г. Розенберг. – 4-е изд., испр. и доп. - Москва: Статут, 2010. –с.125.

[4] Постанова ВГСУ від 15.01.2013 р. у справі №5008/419/2012 [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_3956279.html

Типовий закон про електронну комерцію, який виходить з того, що юридичні вимоги, які ставляться до використання традиційних паперових документів, представляють собою основну перешкоду для розвитку сучасних електронних засобів передачі даних. І для уникнення дискримінаційного підходу до електронної форми договору порівняно з письмовою, було розроблено даний закон.

Для вирішення даних перешкод Типовий закон використовує так званий функціонально-еквівалентний підхід. Так, закон розрізняє письмову та текстову (електронну) форму договору Суть його полягає в тому, що вимоги до складання документів в письмовій формі мають на меті забезпечення ряду функцій, наприклад: забезпечення того, що документ буде зрозумілий для всіх; документ не буде згодом змінений; створення можливостей для відтворення документа з тим, щоб кожна сторона мала екземпляр, що містить одні й ті ж дані; створення можливості для ідентифікації підпису, як волевиявлення сторони; забезпечення того, що документ буде мати форму, яку зможуть зрозуміти державні органи і суди[1].

Поняття текстової (електронної) форми в міжнародному законодавстві є окремою формою договору, відмінною від безпосередньо електронної та письмової. Текстова форма означає інформацію, викладену за допомогою алфавіту чи інших символів з використанням засобів, що забезпечують можливість її прочитання, запису і подальшого відтворення. Інформація, викладена на веб-сайті, підпадає під поняття текстової форми за умови, що у користувача є можливість її зберегти на жорсткому диску.

Текстова форма на довговічному носії передбачає крім виконання умов звичайної текстової форми виклад інформації, який забезпечує доступність інформації для використання на період, адекватний цілям такої інформації, а також можливість її подальшого незмінного відтворення. Тобто, інформація буде вважатися поданою в текстовій формі на довговічному носії, якщо вона виражена, наприклад, на папері, CD- або DVD-диску, міститься в надісланому електронному листі. Ключова відмінність від звичайної текстової форми полягає в тому, що в даному випадку адресат інформації отримує контроль над вмістом інформації і застрахований тим самим від її односторонньої зміни або знищення відправником. Ліцензійні умови, викладені на диску з програмою, охоплюються поняттям текстової форми на довговічному носії. Якщо умови договору викладені на веб-сайті, то власник веб-сайту має повний контроль над їх змістом. Якщо ті ж самі умови були відправлені електронним листом, то вони набувають «самостійного життя» і є більш надійним джерелом договірних умов, тобто мають електронну форму[2]. Тож, існує чіткий поділ на письмову,

---

[1] Комментарий к статьям Типового закона «Об электронной торговле» ЮНСИТРАЛ. Руководство по принятию// [Электронный ресурс]. Режим доступу - https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/05-89452_Ebook.pdf

[2] Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition. Vol. 1 / Ed. by Christian von Bar and Eric Clive. – Sellier - 2009. - p.105-106

текстову та електронну форму договору, в залежності від способу обміну та зберігання інформації.

Вважаємо, що українське право і доктрина повинні також розпочати проводити розмежування між письмовою та електронною формою договору. Питання розмежування укладення договору в письмовій та електронній формі повинні бути не питаннями права, а питаннями факту чи волі осіб. Тільки в такому випадку можна забезпечити недискримінаційний підхід до електронної форм договору, а забезпечити право учасників комерційного обороту на вільний вибір форми договору.

Наталія Ковальчук,
аспірантка Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВОВИХ НОРМ ЩОДО ТРАНСПАРЕНТНОСТІ ПІД ЧАС ЗАСТОСУВАННЯ ЗАХОДІВ ТОРГОВЕЛЬНОГО ЗАХИСТУ

Транспарентність (прозорість) є одним із фундаментальних принципів Світової організації торгівлі (далі – СОТ). Загальні зобов'язання членів СОТ у цій сфері містяться у статті X Генеральної угоди про тарифи і торгівлю 1994 року (далі – ГАТТ 1994). Цією статтею, серед іншого, передбачено зобов'язання члена СОТ невідкладно ("promptly") публікувати закони, нормативно-правові акти, судові рішення та адміністративні акти загального застосування, які стосуються зокрема й ставок мита, вимог, обмежень або заборон щодо імпорту "таким чином, щоб надати можливість урядам і торговцям ознайомитися з ними"[1].

Слід зазначити, що стаття X містилася і у ГАТТ-1947, проте, як слушно зазначають П. Алаї і М. Д'Орсі, за часів ГАТТ положення цієї статті сприймалися як другорядні процедурні положення на противагу зобов'язальним матеріально-правовим ("substantive") нормам. Аргументуючи свою думку, ці автори звертають увагу на те, що у звітах груп експертів, схвалених у період з 1947 року по 1984 рік, відсутні будь-які посилання на статтю X ГАТТ[2].

Ситуація зазнала кардинальних змін із створенням СОТ у 1995 році. Практично всі угоди СОТ містять специфічні норми, спрямовані на забезпечення дотримання принципу транспарентності. Це стосується зокрема й угод, які регулюють застосування заходів торговельного захисту: Угоди про застосування

[1] The Results of the Uruguay Round of the Multilateral Trade Negotiations: The Legal Texts / WTO Secretariat. – Geneva: WTO Publications, 2002. – P. 435-436.

[2] Ala'i P. Transparency in international economic relations and the role of the WTO / Padideh Ala'i, Matthew D'Orsi // Research Handbook on Transparency / ed. by P. Ala'i, R. G. Voughn. – Cheltenham, Northampton : Edward Elgar Publishing, 2014. – P. 370, 373.

статті VI ГАТТ-1994, Угоди про субсидії та компенсаційні заходи і Угоди про захисні заходи.

Приміром, відповідно до підпункту "c" пункту 2 статті 4 Угоди про захисні заходи (далі – УЗЗ) компетентний орган повинен невідкладно ("promptly") публікувати відповідно до положень статті 3 УЗЗ детальний аналіз справи, що розслідується, а також докази релевантності досліджених факторів[1]. Згідно із останнім реченням пункту 1 статті 3 УЗЗ компетентний орган повинен публікувати звіт, у якому наводяться результати та обґрунтовані висновки з усіх відповідних фактологічних і правових питань.

Відповідність торговельних заходів нормам процедурної транспарентності нерідко є предметом розгляду групами експертів і Апеляційного органу СОТ, які все частіше розглядають положення щодо транспарентності як окремі самостійні зобов'язання члена СОТ, без посилання на матеріально-правові положення угод СОТ.

У цьому контексті вбачається за доцільне розглянути рішення Групи експертів у справі "Україна – Остаточні захисні заходи щодо легкових автомобілів", у якій Японія оскаржувала спеціальні заходи щодо імпорту в Україну легкових автомобілів, запроваджені рішенням Міжвідомчої комісії з міжнародної торгівлі (далі – МКМТ) від 28.04.2012 № СП - 275/2012/4423-08[2].

Слід зазначити, що спеціальне розслідування щодо імпорту в Україну легкових автомобілів незалежно від країни походження та експорту було порушено рішенням МКМТ від 30.06.2011 № СП - 259/2011/4402-27[3]. Попри те, що рішення МКМТ про застосування спеціальних заходів було прийнято 28.04.2012, його було опубліковано лише 14.03.2013.

Згідно із ч. 11 статті 16 Закону України "Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну"[4] про рішення МКМТ, прийняте відповідно до цієї статті, зокрема й про рішення про застосування спеціальних заходів, Мінекономрозвитку за дорученням МКМТ публікує в газеті "Урядовий кур'єр" відповідне повідомлення.

Таким чином, цим Законом, як і законами України "Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту" та "Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту", не встановлено чіткі часові

---

[1] The Results of the Uruguay Round of the Multilateral Trade Negotiations: The Legal Texts / WTO Secretariat. – Geneva: WTO Publications, 2002. – P. 277.

[2] Повідомлення про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну легкових автомобілів незалежно від країни походження та експорту // Урядовий кур'єр. – 2013. – № 48.

[3] Повідомлення про порушення та проведення спеціального розслідування щодо імпорту в Україну легкових автомобілів незалежно від країни походження та експорту // Урядовий кур'єр. – 2011. – № 118.

[4] Закон України "Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну". – [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/332-14.

рамки публікації повідомлення про застосування заходів. У частині другій статті 28 першого закону і частині другій статті 27 другого закону лише зазначається, що Мінекономрозвитку "публікує у газеті повідомлення про рішення", згідно із яким запроваджується справляння попереднього або остаточного антидемпінгового та компенсаційного мита відповідно[12].

У згаданій справі Японія, зокрема, наполягала, що заходи України не відповідали нормам підпункту "с" пункту 2 статті 4 УЗЗ (далі – стаття 4.2(с)), оскільки Україна не опублікувала згаданий детальний аналіз "невідкладно" ("promptly"), як вимагається цим положенням. Україна ж стверджувала, що претензії Японії були необґрунтованими, оскільки детальний аналіз розслідування було опубліковано "невідкладно" після прийняття відповідного рішення про застосування заходу, безпосередньо після того, як було прийнято рішення про фактичне застосування цієї норми на практиці.[3].

Група експертів зазначила, що "стаття 4.2(с) містить чітко сформульовану вимогу "невідкладно публікувати" "детальний аналіз справи, що розслідується, а також докази релевантності досліджених факторів". При цьому, на її думку, перехресне посилання у статті 4.2(с) на статтю 3 УЗЗ чітко вказує на те, що аналіз і докази, які слід невідкладно публікувати згідно із статтею 4.2(с), повинні публікуватися у формі звіту, передбаченого статтею 3.1. Таким чином, Група експертів дійшла висновку, що стаття 4.2(с) зобов'язує невідкладно опублікувати звіт, який вимагається статтею 3.1 УЗЗ [4].

Група експертів зазначила, що навіть якщо згідно із правовою системою окремих членів СОТ рішення про застосування захисного заходу зазвичай приймається через певний період після встановлення факту заподіяння зростанням імпорту значної шкоди або виникнення загрози заподіяння ним значної шкоди, як це передбачено у статті 4.2(а) УЗЗ, не існує жодної потреби відстрочувати опублікування звіту до прийняття рішення про застосування захисного заходу та визначення його форми і рівня, очікуваної тривалості та дати запровадження.

З огляду на зазначене, на думку Групи експертів, звіт компетентного органу або згадані аналіз і докази повинні публікуватися невідкладно після того, як

---

[1] Закон України "Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту". – [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/330-14.

[2] Закон України "Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту". – [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/331-14.

[3] Report of the Panel. Ukraine – Definitive Safeguard Measures on Certain Passenger Cars. – [Електронний ресурс] / WTO. – Режим доступу : https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/468r_e.pdf. – P. 111.

[4] Report of the Panel. Ukraine – Definitive Safeguard Measures on Certain Passenger Cars. – [Електронний ресурс] / WTO. – Режим доступу : https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/468r_e.pdf. – P. 112.

компетентний орган встановив факт, зазначений у статті 4.2(a), тобто як тільки встановлено факт заподіяння значної шкоди або виникнення загрози заподіяння шкоди унаслідок зростання імпорту. Таким чином, час невідкладного опублікування звіту залежить від того, коли було встановлено зазначений факт.

Оскільки словник визначає слово "невідкладний" ("prompt") як "швидкий" і "без затримки", Група експертів дійшла висновку, що стаття 4.2(c) вимагає, щоб відповідний звіт або аналіз і докази було опубліковано швидко і без затримки, щойно встановлено відповідний факт. Проте, оцінка того, чи звіт було опубліковано невідкладно, повинна здійснюватися окремо для кожного випадку з урахуванням обставин спору[1].

Розглянувши фактологічні дані цього спору – дати: опублікування звіту (14.03.2013), завершення розслідування (28.04.2012), встановлення компетентним органом факту виникнення загрози заподіяння зростання імпорту значної шкоди (28.04.2012), запровадження заходу із зазначенням його форми та рівня й очікуваної тривалості (14.03.2013) – Група експертів зазначила, що опублікувавши звіт майже через 11 місяців після встановлення відповідного факту, компетентний орган не забезпечив "невідкладну" публікацію свого звіту або аналізу і доказів. Відповідно, Група дійшла висновку, що заходи України не відповідали "її зобов'язанням за статтею 4.2(c)"[2].

20.07.2015 Орган СОТ з вирішення спорів схвалив Звіт Групи експертів, висновки якої не було оскаржено до Апеляційного органу. 10.09.2015 МКМТ встановила, що національні інтереси України потребують скасування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну легкових автомобілів незалежно від країни походження та експорту з метою виконання рекомендацій у справі "Україна – легкові автомобілі". Повідомлення про рішення МКМТ від 10.09.2015 № СП-335/2015/4442-06 про скасування цих заходів було опубліковано вже 12.09.2015 і набрало чинності 30.09.2015[3].

З огляду на зазначені висновки Групи експертів вбачається за доцільне внести зміни до Закону України "Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну", а також законів України "Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту" та "Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту" з метою встановлення чітких часових рамок опублікування рішень МКМТ, що дозволить забезпечити належне виконання міжнародних зобов'язань, взятих державою перед СОТ, а також сприятиме унеможливленню оскарження застосованих Україною заходів торговельного захисту у частині дотримання вимог щодо транспарентності в Органі СОТ з вирішення спорів.

---

[1] Ibid. – P. 113.

[2] Ibid. – P. 114.

[3] Повідомлення про скасування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну легкових автомобілів незалежно від країни походження та експорту // Урядовий кур'єр. – 2015. – № 168.

Олександр Кононенко,
*аспірант НДІ правового забезпечення
інноваційного розвитку НАПрН України*

ГУМАНІСТИЧНІ ЗАСАДИ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА

Гуманізм, як суспільне явище, передбачає ставлення до людини як до найвищої цінності, повага гідності кожної особистості, її права на життя, вільний розвиток та реалізацію своїх здібностей. Ці положення були закріпленні в Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права та в Конституції України.

В наш час, коли проект Трудового кодексу України знаходиться на стадії вдосконалення, важливі аспекти трудового права, такі як гарантії працівників, рівності оплати праці, вільного вибору праці та інші, повинні розглядатися не тільки у вимірі збалансування інтересів роботодавців та найманих працівників, чіткості норм та уникнення відсилки до інших нормативно - правових актів, але, в першу чергу, в гуманістичному вимірі.

Принцип гуманізму, який відбиває гуманістичний аспект трудового законодавства, в науці розглядається в широкому та вузькому значеннях. У вузькому значенні цей принцип зазвичай пов'язують з обов'язком держави створювати та гарантувати пільгові режими для окремих категорій працівників. Відповідно до широкого тлумачення - принципом гуманізму охоплюються майже всі трудові відносини, які виникають у соціальній, організаційній, економічній аспектах діяльності працівника, зокрема щодо забезпечення рівності осіб в трудових відносинах, поваги до особистої гідності працівника та роботодавця, недопущення дискримінації та примусової праці; дотримання безпеки та охорони праці, забезпечення гідних та сприятливих умов для працевлаштування, трудової діяльності, дотримання права на відпочинок, забезпечення достатньої винагороди за працю, тощо.

Гуманістичні засади норм трудового права розкриваються через принцип гуманізму, який зазвичай не є об'єктом самостійного дослідження в науці. Частіше за все, принцип гуманізму розглядається у своєму цільовому призначенні, тобто в правових відносинах із скасування та пом'якшення покарання за вчинене правопорушення. Такий підхід діє як і в адміністративному, і в кримінальному[1], так і в трудовому праві, особливо в питаннях про дисциплінарну відповідальність[2]. Проте більшість науковців трудового права вважають, що принцип

[1] Жидких И.В. Реализация принципа гуманизма при назначении наказания / И.В. Жидких // Вестник Адыгейского государственного университета. Серия 1 : «Регионоведение: философия, история, социология, юриспруденция, полито- логия, культурология». – 2008. – № 2. – С. 187

[2] Полетаев Ю.Н. Принципы дисциплинарной ответственности в трудовом праве и основные методы обеспечения дисциплины труда / Ю.Н. Полетаев, Л.В. Верстунина // Lex Russica – русский закон. – 2007. – № LXVI. – № 3. – С. 449.

гуманізму розкривається не тільки в пом'якшенні юридичної відповідальності. Зокрема, професор В.І. Щербина зазначає, що цей принцип втілюється в «гарантованій можливості розвитку особистості людини в трудових відносинах; комфортності трудової діяльності; державному захисті (заступництві) тих, хто не може на рівних конкурувати на ринку праці (інваліди, працівники з сімейними обов'язками, молоді фахівці)»[1]. Реалізація цього принципу у трудовому праві дозволяє встановлювати такі норми, які б оберігали людину від проявів жорстокої конкуренції на ринку праці, свавілля з боку роботодавця чи окремих працівників, забезпечували повагу до гідності особи у трудових відносинах. Суть принципу гуманізму полягає в правовому закріпленні відносин між суспільством, державою і людиною, між людьми на основі поваги до гідності особистості, створення всіх умов, необхідних для нормального існування та розвитку особистості.

При уважному і послідовному вивченні норм трудового законодавства, з метою встановлення їх відповідності принципу гуманізму, можна помітити, що в широкому сенсі більшість норм права, які встановлюють або гарантують ті чи інші трудові права працівників, пройняті цією ключовою ідеєю. Важливо також відзначити, що недостатньо тільки зафіксувати даний принцип в законодавстві, необхідно, щоб він був реалізований в сукупності з іншими принципами. Важливо мати на увазі, що поки в чинному законодавстві не будуть застосовуватися принципи гуманізму, справедливості, рівності, свободи ми не можемо говорити про правове законодавство.

Особливості трудових відносин за участю окремих категорій працівників і роботодавців, у тому числі жінок, неповнолітніх осіб, які передбачені трудовим законодавством (зокрема для неповнолітніх – неповний робочий день, заборона залучення до роботи у нічний час, на важких роботах і роботах зі шкідливими і небезпечними умовами, а також на підземних роботах; для жінок - обмеження розмірів вантажів при їх підніманні та перенесенні, обмеження їх праці у нічний час, надання пільг жінкам у період вагітності та інші) вказують, що за своїм соціальним призначенням та юридичною природою трудове законодавство має гуманістичний характер. Його головною метою є захист інтересів осіб, які виконують трудову функцію, враховуючи фізіологічні, психологічні, вікові особливості кожної людини.

Доопрацювання норм проекту Трудового кодексу від квітня 2016 року, якими регламентується заборона дискримінації у сфері праці, вказує на бажання законодавця законодавчо урегулювати дане питання, з метою посиленого соціального та правого захисту деяких категорій осіб, що відповідає Конвенції МОП № 111 та Директивам ЄС № 2004/113 та № 2004/43[2].

---

[1] Щербина В.І. Принципи сучасного трудового права України / В.І. Щербина // Юридичний вісник Причорномор'я. – 2011. – № 1 (1). – С. 101.

[2] Проект Трудового кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221

Вважається, що охорона праці повинна забезпечити не лише продуктивну трудову діяльність, а й тривале активне життя після зупинення трудової діяльності, по досягненню відповідного віку. На думку О. Процевського, базою гуманізму є ставлення до самої людини як носія здатності до праці, тобто цінним для роботодавця є не функція, яку виконує працівник, а сам працівник[1].

Гуманістичний аспект трудового права виявляється в тому, що норми зазначеної галузі забезпечують міру соціальної справедливості і свободи у сфері праці, реалізацію та захист визнаних світовою спільнотою економічних і соціальних прав людини. Найвищий ступінь гуманізму норм трудового права сконцентровано у відносинах з охорони праці. Саме забезпечення безпечних для життя і здоров'я людини умов праці, сприяння належних умов виробничого середовища, турбота про морально-психологічний стан працівника свідчить про соціальну орієнтованість держави.

Таким чином, вплив моралі та гуманізму на право, зокрема саме на трудове право, має дуже велике значення, так як воно будується на відносинах між людьми і ці відносини можуть мати або правовий характер, або експлуататорський. Безумовно гуманістичний характер норм майбутнього кодексу повинен бути підтримкою працівника в реалізації його права на працю, гарантуючи збалансування інтересів працівників та роботодавців. Саме для цього принцип гуманізму повинен пронизувати трудові відносини, враховуючи найгостріші потреби та вимоги суспільства у сфері праці.

Тетяна Коротенко,
здобувач кафедри цивільного та трудового права
Київського університету права НАН України

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН, ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗВЕРНЕННЯМ З СУДОВИМ ДОРУЧЕННЯМ ДО КОМПЕТЕНТНИХ ОРГАНІВ ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Захист прав в порядку цивільного судочинства є одним з найбільш поширених, тому реформування вітчизняного цивільного процесуального законодавства є нагальним завданням сьогодення. В умовах реалізації Угоди про Асоціацію між Україною та ЄС ефективний важливо наблизитися до європейських стандартів розгляду і вирішення цивільних справ з іноземним елементом з метою забезпечення прав учасників запровадженої зони вільної торгівлі.

Аналіз оформлення доручень про вручення судових документів та здійснення окремих процесуальних дій на території іноземних держав свідчить про те, що більше 30% судових доручень про вручення судових документів та допит повертається судам для належного оформлення з роз'ясненнями відпо-

[1] Процевський О.І. Функції трудового права в сучасних умовах господарювання / О.І. Процевський // Право України. – 2011. – С. 223

відно до вимог міжнародних договорів та конвенцій[1]. Основною причиною повернення матеріалів доручень є недотримання судами вимог міжнародних договорів, конвенцій та Інструкції про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень, затвердженої спільним наказом Міністерства юстиції України та Державної судової адміністрації України №1092/54 від 27.06.08р. Це свідчить про недостатню ефективність нормативно-правового регулювання відносин, пов'язаних зі зверненням з судовим дорученням до компетентних органів іноземних держав у цивільному процесі України.

Необхідність ефективного правового регулювання будь-якої сфери суспільних відносин полягає у забезпеченні порядку, особливо це стосується судових процедур. Ефективність нормативно-правового регулювання забезпечується досягненням визначеного результату. І досліджуючи особливості визначеного в чинному законодавстві порядку звернення з судовим дорученням до компетентних органів іноземних держав у цивільному процесі України, можна дійти таких висновків.

Відсутність єдиної уніфікованої форми звернень із судовими дорученнями про надання правової допомоги за кордон призводить до порушень прав осіб, що звертаються за захистом своїх прав до суду, зокрема, затягування строків розгляду цивільних справ, ухвалення незаконних рішень та скасування їх вищими інстанціями.

Конституційно-правові положення, що регулюють правовідносини, ускладнені іноземним елементом, зокрема, що стосуються безпосередньо звернення судів України із судовими дорученнями про надання правової допомоги у цивільному процесі України, розкриваються в законах та нормативно-правових актах. А саме, Законі Украни «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», Цивільному процесуальному кодексі України, Інструкції про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень, затверджена спільним наказом Міністерства юстиції України та Державної судової адміністрації України від 27.06.2008 № 1092/5/54.

Невід'ємною важливою частиною національного законодавства України є чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (ст. 9 Конституції України). Розглядаючи справи за участю іноземного елемента, суди перш-за-все з'ясовують наявність чинного між державами

[1] Аналіз судової практики [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://just-mykolaiv.gov.ua/analiz_pomilok_ta_nedolikiv_scho_dopuskalisja_sudami_oblasti_pri_oformlenni_ta_vikonani_doruchen_ta_klopotan_v_porushennja_vimog_mizhnarodnih_dogovoriv_ta_konventsij_z_pitan_nadannja_pravovoji_dopomogi_v_tsivilnih_simejnih_ta_kriminalnih_spravah_prot

договору та за його наявності — порядку регулювання спірних правовідносин, що виникли[1].

Водночас загальною тенденцією є уніфікація питань міжнародного цивільного процесу, що відбувається під егідою Конференції приватного права, і підготовка Конвенції про вручення за кордоном судових та позасудових документів 1965 р. (далі — Конвенція 1965 р.), Конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах 1970 р., які замінили відповідні положення Конвенції з питань цивільного процесу 1954 р. Виявом та логічним завершенням цього процесу мала бути конвенція, що, в свою чергу, повинна була замінити відповідні положення Конвенції 1954 р., викладені у главах із III по VI цієї конвенції, що й було зроблено шляхом прийняття у 1980 р. Конференцією Конвенції про міжнародний доступ до правосуддя.

Оскільки не всі держави-члени ЄС стали учасниками зазначених конвенцій (наприклад, Австрія та Велика Британія не підписали Конвенцію 1965 р.)[2] механізм урегулювання відносин, пов'язаних зі співробітництвом в сфері виконання судових доручень в державах-членах вимагав удосконалення.

Виходячи з цього, впродовж останніх десятиліть було замінено на обов'язковий для всіх держав-членів. Так, з 2007 р. діє Регламент (ЕС) № 1393/2007, яким було запроваджено нові правила, що застосовуються в цивільних і комерційних справах, які врегульовують порядок передачі судового або позасудового документу від однієї держави-члена до іншої для подальшого вручення, і передбачають різні способи передачі між державами-членами — поштою або безпосередньо, а у виняткових випадках — за допомогою консульських чи дипломатичних каналів. За допомогою цього Регламенту зокрема було забезпечено єдиний ефективний механізм розгляду і вирішення транскордонних спорів в ЄС, і для України в процесі євроінтеграції важливим є приєднання до нього і гармонізації вітчизняного цивільного процесуального законодавства[3].

З метою зміцнення співробітництва між судами держав-членів ЄС в сфері передачі доказів було ухвалено Регламент Ради (ЕС) № 1206/2001 від 28 травня 2001 р. про співробітництво між судами держав-членів в передачі доказів у цивільних або комерційних справах[4], яким було істотно спрощено порядок отримання доказів в іншій державі-члені ЄС в цивільних і комерційних спра-

---

[1] Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом від 16 травня 2013 року № 24-754/0/4-13 // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2013. - № 4 (13). – С. 9-10.

[2] Table of convention [Electronic resource]. – Mode of access : https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17

[3] Ізарова І.О. Теоретичні засади цивільного процесу ЄС : монографія / І. О. Ізарова. – Київ : ВД Дакор, 2015. С. 73, 86

[4] Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28/5/2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or com-mercial matters (Evidence Regulation) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32001R1206

вах, у двох випадках: коли суд держави-члена просить компетентний суд іншої держави-члена про отримання доказів або просить зібрати докази в іншій державі-члені і передбачено два шляхи отримання доказів між державами-членами: прямої передачі запитів між судами і прямого витребування доказів запитуючим судом.

Враховуючи інтеграційні процеси України та з метою підвищення рівня захисту прав учасників цивільного процесу України, доцільним було б запроваджувати в національне законодавство норми, які встановлюють єдині процедури регулювання порядку звернення з судовим дорученням між державами-членами і Україною. Це сприятиме ефективності нормативно-правового регулювання відносин, пов'язаних зі зверненням з судовим дорученням до компетентних органів іноземних держав у цивільному процесі України, удосконаленню механізму захисту прав учасників процесу.

Єгор Краснов,
к. ю. н., доцент, доцент кафедри трудового права
та права соціального забезпечення
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ НОРМ, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ПРИПИНЕННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН З ЖІНКАМИ, ЯКІ МАЮТЬ ДІТЕЙ ПРИ ЛІКВІДАЦІЇ ПІДПРИЄМСТВА

Захист материнства, допомога у поєднанні праці з материнством, запобігання нерівного ставлення до жінок залишаються першочерговою задачею діяльності Міжнародної організації праці (далі – МОП), з часу прийняття перших конвенцій «Про захист материнства» № 3 (1919 р.) та «Про працю жінок в нічний час» № 4 (1919 р.) і до прийняття останньої конвенції № 189 «Про гідну працю домашніх працівників» (2011 р.).

Аналізуючи положення регіональних нормативно-правових актів, слід зазначити, що стаття 8 Європейської соціальної хартії 1966 р.[1] «Право працюючих жінок на охорону материнства» передбачає право працюючих жінок на відпустку на період до і після пологів загальною тривалістю не менш 12 тижнів або з оплатою такої відпустки, або з виплатою достатньої допомоги по соціальному забезпеченню, або з наданням допомоги за рахунок державних коштів (достатньою вважається допомога по вагітності і пологах в розмірі 80% від звичайного заробітку); заборону звільнення вагітних жінок і жінок, які перебувають у відпустці по вагітності та пологах.

Європейська соціальна хартія (переглянута) 1996 р.[2] значно розширила

[1] Європейська соціальна хартія (ETS № 35) від 18.10.1966 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_300.

[2] Європейська соціальна хартія (переглянута) (ETS № 163) від 03.05.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 51. – Ст. 2096.

зміст правового регулювання трудових прав жінок в країнах-учасницях Ради Європи. Зокрема, з метою забезпечення ефективного здійснення права працюючих жінок на захист, тривалість відпустки на період до і після пологів була збільшена з 12 до 14 тижнів з оплатою такої відпустки, або з виплатою достатньої допомоги по соціальному забезпеченню, або з наданням допомоги за рахунок державних коштів.

Також був продовжений мінімальний період захисту від звільнення вагітних жінок. Зокрема, положеннями ЄСХ (п) було закріплено, що якщо роботодавець надсилає жінці попередження про звільнення з роботи у період від дати повідомлення нею свого роботодавця про вагітність до закінчення її відпустки по вагітності та пологами або якщо він робить попередження про звільнення у такий час, то воно втрачає чинність у цей період та є незаконним.

Пунктом 1 ст. 40 КЗпП України[1] передбачено, що трудовий договір, укладений на невизначений строк, а також строковий трудовий договір до закінчення строку його чинності можуть бути розірвані власником або уповноваженим ним органом лише у випадках: змін в організації виробництва і праці, в тому числі ліквідації, реорганізації, банкрутства або перепрофілювання підприємства, установи, організації, скорочення чисельності або штату працівників.

Згідно із частино 3 статті 184 КЗпП України звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років (до шести років – частина шоста статті 179), одиноких матерів при наявності дитини віком до чотирнадцяти років або дитини-інваліда з ініціативи власника або уповноваженого ним органу не допускається, крім випадків повної ліквідації підприємства, установи, організації, коли допускається звільнення з обов'язковим працевлаштуванням. Обов'язкове працевлаштування зазначених жінок здійснюється також у випадках їх звільнення після закінчення строкового трудового договору. На період працевлаштування за ними зберігається середня заробітна плата, але не більше трьох місяців з дня закінчення строкового трудового договору.

Доцільно погодитись з думкою А. О. Волосовець, яка вважає, що враховуючи трудові гарантії для вагітних жінок, а також жінок, які мають дітей віком до 3 років, зазначені в п. 3 ст. 36, п. 3 ст. 184 КЗпП, а також те, що перетворення (без скорочення чисельності або штату працівників) є видом реорганізації, а не ліквідації, роботодавець при розірванні трудового договору з вагітними жінками, та жінками, що мають дітей віком до 3 років не може посилатися на п.1 ст. 40 КЗпП[2].

Пленум Верховного Суду України в п. 21 своєї постанови від 06 листопада

---

[1] Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р. // Відомості Верховної Ради УРСР, 1971. – Додаток до № 50. – Ст. 375.

[2] Волосовець А. О. Розірвання трудового договору з вагітними жінками, а також жінками, які мають дітей віком до 3 років при перетворенні юридичної особи / А. О. Волосовець // Молодіжний науковий вісник Української академії банківської справи Національного Банку України. Серія «Юридичні науки». – 2012. – № 2 (3). – С. 90.

1992 року «Про практику розгляду судами трудових спорів»[1] роз'яснив, що, розглядаючи трудові спори, пов'язані зі звільненням за п. 1 ст. 40 КЗпП України, суди зобов'язані з'ясувати, чи дійсно у відповідача мали місце зміни в організації виробництва і праці, зокрема, ліквідація, реорганізація або перепрофілювання підприємства, установи, організації, скорочення чисельності або штату працівників, чи додержано власником або уповноваженим ним органом норм законодавства, що регулюють вивільнення працівника, які є докази щодо змін в організації виробництва і праці, про те, що працівник відмовився від переведення на іншу роботу або що власник або уповноважений ним орган не мав можливості перевести працівника з його згоди на іншу роботу на тому ж підприємстві, в установі, організації, чи не користувався вивільнюваний працівник переважним правом на залишення на роботі та чи попереджувався він за 2 місяці про наступне вивільнення.

Отже, що з такою пропозицією роботодавець має звертатися до працівника не лише при попередженні про наступне звільнення, але й протягом усього строку попередження, якщо на підприємстві з'являються нові вакансії (наприклад, при звільненні працівників інших категорій), в тому числі, пропонувати виконання роботи за строковими трудовими договорами (наприклад, на час відпустки по догляду за дитиною іншого працівника), роботу на умовах неповного робочого часу тощо.

Невиконання цього правила є свідченням того, що роботодавець виконав свої обов'язки щодо працевлаштування неналежним чином.

Постановою пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 06.11.1992 р. № 9 зазначено, що власник не вважається таким, що виконав обов'язок щодо працевлаштування жінок зазначених вище категорій, якщо працівниці не було надано на тому самому чи іншому підприємстві іншу роботу або запропоновано посаду, від якої вона відмовилася з поважних причин (наприклад, за станом здоров'я).

Аналізуючи досліджувану проблематику в проекті Трудового кодексу України[2], слід зазначити, що згідно статтею 108 забороняється звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років або дитину-інваліда, крім випадків ліквідації юридичної особи-роботодавця без правонаступництва, припинення фізичною особою функцій роботодавця.

Встановлюється заборона звільнення одиноких матерів, які мають дітей віком до п'ятнадцяти років, крім випадків, коли відбувається ліквідація юридичної особи без правонаступництва (або фізична особа припиняє функцію роботодавця), а також на підставі невиконання чи неналежного виконання ними своїх трудових обов'язків.

---

[1] Про практику розгляду судами трудових спорів: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 від 06.11.1992 р. // Юридичний вісник України. – 2008. – № 49. – Ст. 12.

[2] Проект Трудового кодексу України від 1658 від 27.12.2014 [Електронний ресурс] / Режим доступу до ресурсу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221.

Таким жінкам у випадках їх звільнення у разі ліквідації юридичної особи (припинення фізичною особою функцій роботодавця), а також у зв'язку з закінченням строку трудового договору встановлюється підвищений розмір вихідної допомоги - у розмірі не менше тримісячної середньої заробітної плати.

Разом з тим, проект Трудового кодексу України не містить вказівок щодо обов'язкового працевлаштування вагітних жінок та жінок, які мають дітей на інше підприємство чим, на нашу думку, звужується обсяг гарантій у сфері зайнятості зазначеної категорії працівників.

Отже, аналіз зазначених норм, свідчить про те, що ліквідація підприємства не дає роботодавцеві права звільняти зазначених вище жінок за власною ініціативою. У разі повної ліквідації підприємства вагітних жінок та жінок, які доглядають за дитиною віком до трьох років, може бути звільнено лише за умови їхнього обов'язкового працевлаштування на інше підприємство. Тобто звільнення може бути проведене відповідно до п. 5 ст. 36 КЗпП – у зв'язку з переведенням працівника за його згодою на інше підприємство. Обов'язок щодо працевлаштування покладається на керівника, з яким така жінка перебуває в трудових відносинах.

Олексій Кресін,
кандидат юридичних наук, доцент, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права, керівник Центру порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ПИТАННЯ ПРО ВИОКРЕМЛЕННЯ ГАЛУЗЕВИХ ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДИСЦИПЛІН У ЄВРОПЕЙСЬКІЙ НАУЦІ ДРУГОЇ ПОЛОВИНИ XVIII – ПЕРШОЇ ТРЕТИНИ XIX СТ.

Виокремлення наукових і навчальних дисциплін, присвячених окремим галузям права зарубіжних країн, з наголосом на порівнянні чи без, має тривалу історію. Як і з загальним вченням про право, тут ішлося або про порівняння як засадничий засіб розвитку галузевої юридичної науки, або про формування в її структурі автономної порівняльно-првової галузевої дисципліни. Ще у «Вибраній юридичній бібліографії» Б.Г. Струве і К.Г. Будера 1703 р. (і в усіх пізніших її виданнях) виокремлювалося *ius publicum aliorum regnorum* – публічне право зарубіжних держав[1], що може свідчити про поширення як наукових досліджень, так і викладання цієї проблематики. П.Й.А. Фейєрбах у своїй праці «Щодо кримінального права Корану» (1800 р.) вказував, що кримінальне право як наукова дисципліна має бути засноване на знанні кримінальних законів різних країн[2].

[1] Mohnhaupt H. „Historia literaria iuris." Beispiele juristischer Literaturgeschichten im 18. Jahrhundert // http://ssrn.com/abstract=2256530. – S. 20.

[2] Feuerbach A. Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran // Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde. – 1804. – Th. 2. – S. 164.

Однією з перших узагальнюючих праць з порівняльно-правових галузевих дисциплін можна вважати, зокрема, книгу учня Фейєрбаха[1] К.Й.А. Міттермайєра «Довідник з кримінального процесу, що містить порівняльний розгляд загального німецького права у співставленні з французьким, австрійським, пруським і баварським кодексами» (1810 р.)[2].

Насправді узагальнити кількість порівняльних праць, присвячених галузевим правовим дослідженням, складно – через їх доволі значну кількість. Наприклад, це праці: Б. Барретта «Кодекс Наполеона з доданням вступного розгляду цивільного регулювання в іудейському праві, Законах Ману, Та Цин Леу Лі, Зенд Авесті, Законах Солона, Законах Дванадцяти таблиць, варварських правдах, Єрусалимських Ассізах та Корані (1812 р.)[3]; Г.Г. фон Берга «Порівняльний розгляд організації французького муніципального самоврядування у співставленні з Королівством Вестфалія та іншими німецькими державами» (1808 р.)[4] та дуже багато інших – що вимагає подальших досліджень.

Прикладом свідомого формування галузевої порівняльно-правової дисципліни на основі порівняльної методології є книга К.Е. фон Вендта «Нарис порівняльного викладу кримінального права...» (1825 р.) – вірогідно, перший у світі посібник з галузевої порівняльно-правової дисципліни і першого формулювання її власне з словом «порівняльна» в назві[5].

Відомим нам досвідом впровадження викладання галузей зарубіжного права та порівняльно-правових галузевих дисциплін стала передбачена університетським статутом Російської імперії 1804 р. вимога щодо заснування в кожному університеті кафедр права найвидатніших як давніх, так і нових народів[6]. На практиці виконання цієї вимоги було доволі різним і залежало від наявності кваліфікованих фахівців та позиції різних факультетів. Наприклад,

---

[1] Монгаупт Х. Универсальная история права и сравнение у Эдуарда Ганса // Научный ежегодник Института философии и права УО РАН.- 2015. – Т. 15. – Вып. 4. – С. 111; Hug W. The History of Comparative Law // Harvard Law Review. – 1931 – 1932. – Vol. 45. – P. 1057.

[2] Mittermaier C.J.A. Handbuch des peinlichen Processes: mit beständiger vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Rechts und der Bestimmungen der französischen, österreichischen, preussischen und baierischen Criminalgesetzgebung. – Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1810.

[3] Barrett B. Code Napoleon, verbally translated, to which is prefixed an Introductory Discourse containing a succinct account of the civil regulations, comprised in the Jewish Law, the ordinance of Manu, the Ta Tsing Leu Lee, the Zend Avesta, the Laws of Solon, the Twelve Tables of Rome, the Laws of the Barbarians, the Assizes of Jerusalem, and the Koran. – London: W. Reed, 1811.

[4] von Berg G.H. Vergleichende Darstellung der Organisation der französischen Staatsverwaltung in Beziehung auf das Königreich Westphalen und andere deutsche Staaten. – Frankfurt, Leipzig, 1808.

[5] von Wendt C.E. Grundriss zur vergleichenden Darstellung des Criminalrechts u. s. w. Als Repertorium für acad. Studium, gerichtliche Praxis und Revision der Gesetzgebung, entworfen und in Verbindung mit einigen Mitgliedern des juristisch - praktischen Instituts bearbeitet und herausgegeben. – Nürnberg: Riegel und Wiessner, 1825.

[6] Очерки по истории юридических научных учреждений в СССР / Отв. ред. В.М. Курицын, А.Ф. Шебанов. – М.: Наука, 1976. – С. 10.

у Московському університеті зарубіжне право (окрім римського права) не викладалося. Натомість у Харківському університеті читалися курс загального державного права (1809 р.), загального публічного права (1810 р.), загального кримінального права (1813 р.), але станом на 1824 р. викладалося лише римське право[1]. У статуті Імператорського університету Святого Володимира у Києві 1833 р. читання курсів із зарубіжного права (окрім римського права) взагалі не передбачалося. Не було там і відповідної кафедри[2].

На необхідності інтеграції порівняльно-правових підходів у викладанні юридичних дисциплін, спираючись на праці Фейєрбаха, наголошував доктор права Г.В.Е. Генфе у праці «Щодо вивчення римського права» (1814 р.), опублікованій у Швейцарії[3]. У 1815 – 1816 рр. до впровадження порівняльно-правових курсів в університетах став закликати й Савіньї[4]. Прикладом позиції німецьких учених щодо необхідності впровадження порівняльно-правових галузевих дисциплін є й книга Г.Б. Вебера «Щодо вивчення правознавства і зокрема науки кримінального права» (1825 р.)[5]. Схвальне сприйняття таких ідей міститься в анонімній рецензії на цю працю в німецькому журналі «Новий архів кримінального права» (1826 р.)[6].

Відповідні курси були присвячені, зокрема, загальному державному (Марбург, Гейдельберг, Фрейбург) та загальному кримінальному (Кенігсберг) праву,

---

[1] Войно-Данчишина О.Л. Высшее юридическое образование в украинских губерниях Российской империи в первой половине XIX века // Юридична наука та освіта: історія, сучасність, перспективи: матеріали IX історико-правової конференції / Ред. кол. І.Б. Усенко (голова) та ін. – К., 2004. – С. 89; Проблеми вищої освіти: тези доповідей та наукових повідомлень науково-методичної конференції / За ред. В.В. Комарова. – Х.: Національна юридична академія України, 2002. – С. 7; Томсинов В.А. Юридический факультет Московского университета в первой трети XIX в. [Електронний ресурс] // Сайт юридичного факультету Московського державного університету ім. М.В. Ломоносова. – Режим доступу: www.law.msu.ru/history/1755-1917/1st-3-XIX; Юридический факультет Харьковского университета за первые сто лет его существования (1805 – 1905) / Под ред. М.П. Чубинского, Д.И. Багалея. – Х.: Типография «Печатное дело», 1908. – С. 8 – 9.

[2] Войно-Данчишина О.Л. Цит. соч. – С. 90; Шульгин В. История Университета св. Владимира. – К.: Лыбидь, 2010. – С. 45 – 46.

[3] Henfe H.W.E. Ueber das Studium des Römischen Rechts. Rede, beym Antritte des Prorektorates am 2ten November 1814 // Litterarisches Archiv der Akademie zu Bern. – B. 4. – Bern, 1814. – S. 39 – 42.

[4] von Savigny F.K. Stimmen für und wider neue Gesetzbücher // Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. – 1816. – Band 3. – S. 7 – 8; Radbruch G. Anselme Feuerbach precurseur du droit compare // Radbruch G. Gesamtausgabe / Hrsg. von A. Kaufmann. – Bd. 6 / bearb. von G. Haney. – Heidelberg: Muller, 1997. – S. 307; фон Иеринг Р. Историческая школа юристов // фон Савиньи Ф.К. Система современного римского права. – Т. I / Пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. – М.: Статут, 2011. – С. 83.

[5] von Weber H.B. Ueber das Studium der Rechtswissenschaft und insbesondere der Strafrechtswissenschaft. – Tübingen: Laupp, 1825. – S. 27 – 28 та ін.

[6] Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften [рецензія] // Neues archiv des criminalrechts. – Band 8. – Halle, 1826. – S. 364.

«Історії європейських конституцій» (Фрейбург[1]). У межах цих дисциплін з'явилася можливість для пізнання наднаціональних тенденцій у розвитку права та окремих його галузей, розвитку порівняльно-типологічного підходу до вивчення позитивного права. Згадаймо також появу курсів, присвячених порівняльному канонічному праву. Наприклад, у Вюрцбурзькому університеті з 1825 р. читався курс «Церковне право, ...зокрема його модифікації в різних християнських країнах», а в Університеті Бреслау в різні роки: «Канонічне і німецьке церковне право», «Церковне право християнських конфесій»[2].

Отже, порівняльний підхід у галузевих юридичних дослідженнях та відповідних наукових і навчальних дисциплінах формувався протягом тривалого часу і чітко виокремлюється принаймні з початку XVIII ст. Питання про порівняльні засади формування галузевих юридичних наук було концептуалізовано Фейєрбахом у 1800 р. на прикладі кримінального права, а також іншими вченими, вже невдовзі побачила світ обширна література, де було реалізовано відповідну вимогу, а також у різних країнах, у тому числі на території України, з`явилася широка номенклатура порівняльно-правових галузевих навчальних дисциплін. Вищим рівнем концептуалізації цієї проблематики протягом досліджуваного періоду, на нашу думку, може вважатися поява у 1825 р. такого підручника, як «Нарис порівняльного викладу кримінального права...» фон Вендта. Водночас, з впевненісю можна говорити про інституалізацію навчальних галузевих порівняльно-правових дисциплін. Свідоме ж формування відповідних наукових дисциплін у межах галузевих юридичних наук можна припустити, але це питання потребує додаткового спеціального розгляду.

Дар'я Крилова,
аспірантка кафедри історії і теорії держави та права
Запорізького національного університету

МОРАЛЬ ЯК ЧИННИК ЕФЕКТИВНОСТІ НОРМ ПРАВА

Ефективність конкретної норми права детермінується сукупністю умов, що склалися в певному соціумі. Певний правовий припис може мати низьку ефективність через те, що в державі немає умов для належної його реалізації: наприклад, держава немає ресурсів для такої реалізації, механізм втілення його у життя має певні вади тощо. Одним з суттєвих факторів, що впливають на таку ефективність, є норми моралі.

---

[1] Ankundigung der Vorlesungen, welche im Winterhalbeniahre 1820 – 1821 auf der Grossherzoglich – Badischen Albert-Ludwigus Universitat zu Freiburg im Breisgau gehalten werden // Benlage zur Isis von Oken. – 1820. – No. 27. – S. 209.

[2] Докладніше див.: Кресін О.В. Генеза порівняльного правознавства як навчальної дисципліни в німецьких університетах у першій половині XIX ст. // Право України. – 2013. - № 3-4. – С. 136 – 153.

Метою цієї публікації є дослідження моралі як чинника ефективності норм права.

Актуальність теми дослідження зумовлюється тим, що мораль суттєво впливає на ефективність правової норми, а дослідження взаємозв'язку права і моралі дозволяють дійти висновку, що в окремих випадках ефективність норми права можна підвищити, якщо вживати заходів, що впливають на моральні цінності соціуму та окремих індивідів.

Методологічну основу дослідження становлять праці таких вчених, як С. Шовелл, Н. Р. Герасімова, А. В. Дьомін, Г. В. Мальцев, Х. Л. Мінгазов, О. Ф. Скакун, Л. Г. Удовика, С. А. Жинкін, В. Н. Кудрявцев та інші.

Більшість авторів, що займаються проблемою ефективності норм права, збігаються на тому, що ефективність права залежить від трьох основних факторів:

1) якість нормативно-правового акта;

2) ефективність правореалізації та правозастосування;

3) рівень правосвідомості та правової культури[1].

Правосвідомість та правова культура тісно пов'язані з моральними настановами людини, отже, мораль також впливає на ефективність норм права.

Розглянемо у цьому контексті взаємозв'язок права та моралі.

Суспільна мораль складається з величезної маси соціальних норм, що чинять упорядковуючий вплив на суспільні зв'язки, дуже часто ті ж самі, що регулюються правом[2]. Якщо предмет регулювання права і моралі співпадає, і норма моралі співпадає з правовим приписом, то вони резонують одне з одним і підсилюють свій вплив. Іноді мораль регулює певні суспільні відносини, що не врегульовані правом (наприклад, через недоцільність регламентування певної виду соціальної сфери), і в таких випадках мораль створює міцний фундамент для дії правових норм.

Однак, як вважає Г. В. Мальцев, існують два випадки, коли право та мораль не співпадають за регулятивним впливом:

1) мораль забороняє, право дозволяє;

2) мораль дозволяє, право забороняє.

Прикладом першого випадку можна назвати розлучення, аборт, вбивство під час військових дій, евтаназія. Другого – заборона на шлюб з іноземцями, що існувала за часів СРСР, чи злочини проти політичного режиму, що засуджується у широких верствах населення[3].

В другому випадку мораль знижує ефективність дії правових норм, у пер-

---

[1] Герасимова Н. Р. Эффективность норм права / Н. Р. Герасимова, А. В. Дёмин // Социально-политические науки. – 2012. – №. 3. – С. 51.

[2] Мальцев Г. В. Нравственные основания права / Г. В. Мальцев. – Изд. 2-е. – М.: Изд-во СГУ, 2009. – С. 5.

[3] Мальцев Г. В. Нравственные основания права / Г. В. Мальцев. – Изд. 2-е. – М.: Изд-во СГУ, 2009. – С. 291-314.

шому ж відбувається лише зменшення випадків реально реалізованого правового дозволу.

Зарубіжний дослідник С. Шовелл виокремив три шляхи оптимального регулятивного впливу права та моралі на людську поведінку:

1. Лише моралі достатньо для регуляції повсякденного життя особи, дотримання нею певних соціальних зобов'язань, а також надання іншим нескладної допомоги. В таких випадках регулювання поведінки законом недоцільно і навіть неможливо.

2. Право і мораль найкраще діють у сукупності для тих випадків, коли порушник очікує приватні вигоди від небажаної поведінки, а моральних санкцій недостатньо для того, щоб таку поведінку попередити; якщо очікуваний збиток від небажаної поведінки є досить суттєвим, а тому невдача по її попередженню матиме серйозні соціальні наслідки.

3. Регулювання поведінки лише за допомогою закону доцільно для суб'єктів, на які мораль не має суттєвого регулятивного впливу: це аморальні індивіди та юридичні особи[1].

Вважаємо, що цей підхід є слушним. Так, норми права не будуть ефективними, якщо намагатися регламентувати повсякденне життя особи: у цьому немає жодної потреби, порушення подібних приписів не несе в собі соціальної небезпеки, а на нагляд за їхнім виконанням знадобилися б надзначні ресурси. До того ж, за дотриманням певних незначних соціальних обов'язків на зразок дрібної допомоги нагляд здійснює саме суспільство, що може застосовувати моральні санкції у вигляді загального осуду. Як правило, моральні установки разом із страхом перед санкціями з боку держави є дієвим механізмом для того, щоб попередити більш значні соціально небезпечні вчинки особи, і отже лише таке поєднання є дієвим засобом впливу на індивіда. Особи, що зневажають моральні цінності суспільства, керуються у своїх вчинках лише побоюванням перед державно-правовим осудом, а отже, санкція за правопорушення має бути достатньою, щоб утримати аморальних індивідів від протиправної поведінки – тільки так норма права матиме достатню ефективність. Для юридичних осіб, на нашу думку, суспільний осуд може мати значення у тому випадку, якщо він може суттєво вплинути на її діяльність – наприклад, якщо дискредитація в очах суспільства негативно відобразиться на її комерційній діяльності або спричинить вихід з неї осіб-членів. Тобто мораль може певним чином впливати на юридичну особу, але такі випадки є рідкісними, і механізм дії моральних норм в такому випадку зовсім інший, ніж у окремого індивіда: юридична особа у даному випадку переслідує суто прагматичні цілі.

Слід зазначити, що досить низьку ефективність мають норми міжнародного права, що стосуються підтримки миру та безпеки, захисту прав людини та на-

[1] S. Shavell Law versus morality as regulators of conduct / S. Shavell // American law and economic review. – 2002. – V4 N2. – P. 246-254.

вколишнього середовища, тобто ті, які потребують масштабної міжнародної співпраці. Недостатньо ефективні (або взагалі неефективні) норми міжнародного права, що забороняють застосування сили у міжнародних відносинах, втручання у внутрішні справи суверенних держав, норми, що спрямовані на усунення міжнародного тероризму, боротьбу з іншими злочинами міжнародного характеру. Вплив на ефективність таких норм моральних факторів ще потребує вивчення та теоретичної розробки[1]. Вважаємо, що в даному випадку моральні фактори мають досить низьку ефективність, адже держава є досить складним та багатогранним суб'єктом права, що складається з багатьох елементів. Рішення державного та міждержавного рівня, як правило, ухвалюються колективно, у декілька етапів. Якщо розглядати це з позицій теорії оптимального співвідношення правових та моральних регуляторів, то в даному випадку найкращим регулятором є лише правові норми, тому що вигоди від протиправної поведінки є досить значними, а збитки від суспільного осуду є порівняно незначними. У цьому контексті досить яскравим прикладом є агресивна військова політика Російської Федерації та реакція на неї міжнародної спільноти. Тому, на нашу думку, міжнародно-правові норми з вище окреслених питань потребують удосконалення правових санкцій, що забезпечуватимуть їхню реальну ефективність.

Отже, мораль є досить суттєвим чинником ефективності правових норм. Цей чинник може чинити як позитивний, так і негативний вплив на таку ефективність, в залежності від того, як співвідноситься окремий правовий припис з мораллю. Поділяємо думку, що слід виокремлювати три шляхи оптимального регулятивного впливу права та моралі на людську поведінку в залежності від того, як співвідноситься між собою ефективність моральних та правових норм. З позицій цієї теорії суттєвого перегляду потребують міжнародно-правові норми з широкого кола питань.

Валерія Круковес,
аспірантка кафедри правосуддя
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ТЕРМІНОЛОГІЇ В ЗАЯВАХ ПРО ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТУ ПРОЖИВАННЯ ОДНІЄЮ СІМ'ЄЮ ЧОЛОВІКА ТА ЖІНКИ БЕЗ ШЛЮБУ

Недотримання термінології, передбаченої чинним Цивільним процесуальним кодексом України (далі – ЦПК) явище в сучасному суспільстві досить часте. Особи, які звертаються до суду, часто не вміють юридично правильно

[1] Мингазов Л. Х. Эффективность норм международного права: теоретические проблемы: автореф. дисс. на соискание учен. степени доктора юридических наук: спец. 12.00.10 «Международное право» / Х. Л. Мингазов. – Казань, 2000. – С. 5-6.

писати заяви і належним чином аргументувати свої вимоги. Так, Верховний Суд України досить часто не приймає до розгляду заяви через низьку якість їх оформлення[1].

Через недостатню обізнаність в нормах процесуального законодавства, а іноді й через небажання застосовувати занадто довгу назву передбачену в ЦПК все частіше громадяни застосовують в заявах «побутові» дефініції («фактичний шлюб», «фактичні шлюбні відносини», «громадянський шлюб» тощо), які жодним чином не містяться в законодавстві і навпаки мають зовсім протилежне значення.

Термін, який застосовується в п. 5 ч.1 ст. 256 ЦПК не зовсім схвалюється науковцями та практикуючими юристами через свою надто довгу назву. На нашу думку, дана назва з однієї сторони нібито характеризує повною мірою такий тривалий союз чоловіка та жінки, а з іншого боку може вносити деякі непорозуміння. Так, заявник може помилково подумати, що вказуючи в заяві дану назву він таким чином зможе встановити факт проживання однією сім'єю між своєю матір'ю, наприклад для отримання спадщини, зовсім не розуміючи, що для цього необхідно встановити зовсім інший факт, а саме родинних відносин. Для прикладу: громадянин Б. звернувся до суду із заявою про встановлення факту проживання однією сім'єю із громадянкою В., яка є його матір'ю. Заявник посилається на те, що вони проживали однією сім'єю протягом п'яти років, вели спільне господарство, мали спільний побут[2]. В цьому випадку суддя виходячи зі змісту заяви залишив заяву без руху із наданням строку для усунення недоліків, а саме для зазначення правильного факту – встановлення родинних відносин. Необхідно розуміти, що різниця між п. 3 та п.5 ч.1 ст.256 ЦПК полягає саме у ключових словосполученнях «родинних відносин» та «без шлюбу». В другому випадку, передбачається, що саме чоловік та жінка проживають разом як сім'я, проте не бажають через різні причини реєструвати свої відносини офіційно.

Застосування неправильної термінології в заявах може потягнути зовсім не передбачені та небажанні для наслідки. Проте, судова практика щодо розгляду таких заяв досить неоднозначна. Так, в заяві було зазначено «встановити факт перебування у фактичних шлюбних відносинах», проте суд відмовив у відкритті провадження за такою заявою у зв'язку із тим, що встановлення судом факту перебування у фактичних шлюбних відносинах може мати місце, якщо такі відносини виникли до 8 липня 1944 року і тривали до смерті відповідно до п. 11 Постанови ВСУ №5. Заявник може звернутися із заявою лише про

---

[1] У ВСУ поскаржились на низьку якість заяв, що надходять до Суду [Електронний ресурс] // Газета «Закон і бізнес» – Режим доступу до ресурсу: http://zib.com.ua/ua/124535u_verhovnomu_sudi_ukraini_poskarzhilis_na_nizku_yakist_zayav.html.

[2] Рішення Знам'янського міськрайонного суду Кіровоградської області від 22 жовтня 2015 року №2-о/389/133/14 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень – Режим доступу до ресурсу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41074372.

встановлення факту проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без шлюбу в порядку ст.256 ЦПК, а не про встановлення факту перебування у фактичних шлюбних відносинах[1].

В інших аналогічних справах, заявники просили встановити «факт фактичних шлюбних відносин»[2], «факт перебування у фактичних шлюбних відносинах та проживання однією сім'єю»[3], «факт фактичних подружніх шлюбних відносин»[4] і т.п. Проте, наслідки в кожному конкретному випадку різні: або відмова у відкритті провадження у справі, або залишення заяви як є та розгляд справи по суті, або залишення заяви без руху та надання строку для усунення недоліків.

На нашу думку, при недотриманні термінології повинна бути постановлена ухвала про залишення заяви без руху із наданням строку для усунення недоліків за аналогією статті 121 ЦПК. Заява про встановлення фактів, що мають юридичне значення, крім вимог, передбачених окремими статтями щодо особливостей розгляду конкретних справ в порядку окремого провадження, повинна відповідати загальним правилам щодо змісту і форми позовної заяви, встановленим ст. 119 ЦПК. Так, підставою для залишення позовної заяви без руху є неправильне формулювання змісту вимоги, тому за аналогією ст. 121 ЦПК в ухвалі можна передбачити, що виходячи зі змісту заяви, заявник неправильно вказав назву в заяві, і залишення заяви без руху із наданням строку для усунення цього недоліку необхідно задля уникнення неправильного ухвалення рішення за змістом вимог, які були заявлені раніше. На нашу думку термін, передбачений п.5 ч.1 ст. 256 ЦПК повною мірою відображає всю суть факту, який необхідно встановити. Термін «фактичні шлюбні відносини», який активно пропонується в науці не відповідає сутті таких відносин між чоловіком та жінкою, а тому введення його ще більше заплутає заявника.

Вивчення змісту заяви є складною розумово-процесуальною діяльністю судді, від належного виконання якої залежить подальший рух цивільної справи та можливість повноцінної реалізації завдань, установлених ст.1 ЦПК. М. Дякович та С. Сеник з приводу цього зазначають, що формулювання вимоги пови-

---

[1] Ухвала Миргородського міськрайонного суду Полтавської області від 21 березня 2013 року №541/712/13-ц [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень – Режим доступу до ресурсу: http://www.reyestr.court.gov.ua/.

[2] Рішення Чернігівського районного суду Запорізької області від 20 березня 2012 року №0862/238/2012 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень – Режим доступу до ресурсу: http://www.reyestr.court.gov.ua/.

[3] Ухвала Дубенського міськрайонного суду Рівненської області від 11.05.2010 №2-0-113/10 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень – Режим доступу до ресурсу: http://www.reyestr.court.gov.ua/.

[4] Ухвала Керенського міського суду АРК від 5 грудня 2011 року №2о/0108/373/11 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень – Режим доступу до ресурсу: http://www.reyestr.court.gov.ua/.

нно включати вимогу про встановлення факту проживання чоловіка та жінки однією сім'єю так як це зазначено в ЦПК[1].

Відмовляти у відкритті провадження в цьому випадку не доцільно, так як по-перше в переліку підстав для відмови у відкритті провадження немає такої як недотримання термінології, а по-друге не можна позбавляти заявника права на судовий розгляд тільки через те, що він юридично не обізнаний в правильності назви. До того ж, ст. 119 ЦПК не встановлює обов'язку володіння спеціальними юридичними знаннями заявника, так як на суд покладено обов'язок роз'яснювати особам, як правова норма підлягає застосуванню.

Владислав Кубальський,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри міжнародного права
Національного авіаційного університету

РОЗВИТОК ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ДЕРЖАВНУ ЗРАДУ ЯК ЗЛОЧИН ПРОТИ ДЕРЖАВНОГО СУВЕРЕНІТЕТУ

Державна зрада як злочин – це діяння, спрямоване проти Батьківщини[2]. В контексті дослідження такого злочину проти державного суверенітету, як державна зрада, не можна не погодитися з твердженням В.А. Бошука про те, що істотною формою державної зради, в якій би формі вона не вчинялась, є ворожа діяльність громадянина спільно з іноземною державою, іноземною організацією чи їх представниками проти своєї власної держави[3].

Враховуючи те, що Київська Русь була об'єднанням племен та племінних союзів, вона стикалась з проблемою подолання сепаратизму місцевих князів[4]. Але в Руській Правді не містилось спеціальних норм про державну зраду. Як справедливо відзначив В. А. Рогов, «правова регламентація антидержавної злочинності відбувається вже в епоху розвинутої державності».[5]

Певний інтерес викликають положення Псковської судної грамоти, незважаючи на те, що вона не поширювала свою дію на українські землі. До

[1] Дякович М. М., Сеник С.В. Правове регулювання «фактичних шлюбних відносин» // Вісник Верховного Суду України.-2011.-№2 (126).-40 с.

[2] Гулямов Р.П. Государственная измена в средневековой Англии до и после статута 1352 года: дисс. ... канд. юрид. наук / Р.П. Гулямов. – Ставрополь, 2004. – С. 16.

[3] Бошук В.А. Теоретические основы уголовно-правовой политики России в сфере государственной безопасности: дисс. .... канд. юрид. наук / В.А. Бошук. – Краснодар, 2006. – С. 113.

[4] Биккинин И.А. Обеспечение территориальной целостности и неприкосновенности Российского государства: сравнительно-правовые и уголовно-правовые аспекты. Монография / И.А. Биккинин, С.А. Блинников, Ю.Е. Пудовочкин. – Ростов-на-Дону: Ростовский юридический институт Российской правовой академии Минюста России, 2004. – С. 37.

[5] Рогов В.А. История уголовного права, террора и репрессий в Русском государстве XV – XVII вв / В.А. Рогов. – М., 1995. – С. 90.

найнебезпечніших злочинів Псковська судна грамота XIV-XV ст. відносила пєрєвєт (зраду), під якою розумілись різного роду зносини з ворогами князя. Склад цього злочину був уточнений в XV ст. у зв'язку з так званими хрестоцілувальними записами. В них містився обов'язок «никуда не отъехати», «служить князю, княгине и их детям», «в правду, безо всякие хитрости», «лиха не мыслити, ни думати, ни делати» и «о готовящемся на государя лихе известить»[1]. Зрада князю, зносини з його ворогами для ослаблення держави карались навіть у випадку виявлення умислу[2].

Як справедливо відзначають Є.Д. Скулиш та О.Ю. Звонарьов «посилення ролі держави, усе більше зосередження влади в руках великого князя (царя), необхідність придушення опору закріпаченого селянства та проявів сепаратизму феодальної знаті зумовили прийняття перших російських загальнодержавних збірників законів – Судебників 1497 та 1550 років»[3]. Однією з цілей прийняття вказаних Судебників була протидія «проявам сепаратизму феодальної знаті», а отже посяганням на державний суверенітет.

Судебник царя Івана IV 1550 року був доповнений такими діяннями як здача міста ворогу («градской здавец») та шпигунство або розголошення таємних відомостей («подмет»)[4]. В XVI ст. «градский здавец» князь Михайло Глинський «послан был с войсками из-под Смоленска в Оршу для занятия сего города, но он вместо исполнения государевой воли, начал переписываться с польским королем, прося его о принятии в свое покровительство и обещая ему потерю Смоленска... Изменническая переписка князя Глинского была перехвачена, и по изобличении его в оной, князь сей в оковах отослан в Москву»[5]. Князь Іван Бельський зрадив правителю, перейшовши на бік польського короля Сигизмунда, «грамоту... от него опасную взял», вчинивши «измену и крестное преступленье»[6].

Визнання королів в якості суверенів дало поштовх розвитку законів про зраду у багатьох європейських державах[7]. До правління Едуарда I англійські королі не вважали необхідним визначати повстання як державну зраду. Про-

---

[1] Рогов В.А. Указ. соч. – С. 165 – 166.

[2] Биккинин И.А. Указ соч. – С. 41-42.

[3] Скулиш Є.Д. Злочини проти основ національної безпеки України: навч. посіб. / Є.Д. Скулиш, О.Ю. Звонарьов. – К.: Наук.-вид. відділ НА СБ України, 2011. – С. 10.

[4] Российское законодательство X – XX веков: в 9 т. – М.: Юрид. лит., 1985. – Т. 2: Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства. – 1985. – С. 71, 150.

[5] Собрание государственных грамот и договоров, хранящихся в государственной коллегии иностранных дел. – М., 1813. – Ч. I № 155; Н.М. Карамзин. История государства Российского. – СПб, 1842. – Кн. II. Т. VII. – С. 41-42.

[6] Собрание государственных грамот и договоров, хранящихся в государственной коллегии иностранных дел. – М., 1813. – Ч. I. № 177. – С. 56.

[7] Гулямов Р.П. Указ соч. – С. 23.

тягом XII та XIII сторіч війна підданих зі своїм королем була звичним явищем, однак, вже в XIV сторіччі визначається як державна зрада[1].

Глава II Соборного Уложення 1649 року називалась «Государьская честь», значну увагу в якій було приділено зраді[2]. Стаття 3 глави II зазначеного Уложення передбачала відповідальність за здачу міста ворогу, а ст. 4 – за умисний підпал міста з метою здачі його ворогу. Досить ретельно в Соборному Уложенні 1649 р. був розроблений склад державної зради (статті 2, 3 та 4). Так, у ст. 2 вказувалось: «Также будет кто при державе царьского величества, хотя Московским государьством завладеть и государем быть, и для того своего злово умышленья начнет рать збирать, или кто царьского величества недруги учнет дружитца, и совестными грамотами ссылатца, и помочь им всячески чинить, чтобы тем государевым недругом по его ссылке Московским государьством завладеть или какое дурно учинить, и про то на него кто известит, и по тому извету сыщетца про тое его измену допряма, и такова изменника по тому же казнить смертию».[3] У вказаній статті передбачалось два засоби так званого «заволодіння» державою: збройний заколот і дружба з ворогами царя, причому ними могли бути не лише зовнішні противники, але і внутрішні претенденти на престол. Зазначене Уложення передбачало в ст. 11 відповідальність за зраду у вигляді відбуття на службу до іншого государя, не ускладнене ознаками, вказаними у ст.ст. 2-4[4].

Артикул 19 військовий 1715 року визначав склад державної зради наступним чином: «есть ли кто подданный войско вооружит или оружие предпримет против его величества, или умышлять будет помянутое величество полонить или убить, или учинит ему какое насильство, тогда имеют тот и все оные, которыя в том вспомогали, или совет свой подавали, яко оскорбители величества, четвертованы быть, и их пожитки забраны». Покарання для головних винуватців та співучасників передбачалось однакове. Аналогічне покарання слідувало і за голий умисел на державну зраду: «такое же равное наказание чинится над тем, котораго преступление хотя и к действу не произведено, но токмо его воля и хотение к тому было, и над оным, который о том сведом был и не известил».[5] В Главі 16 «Про зраду та листування з ворогом» Артукулу містився склад державної зради, який виражався у сприянні ворогу і розголошенні державної таємниці (арт. 124) та у повідомленні пароля чи знака ворогу (арт. 125)[6].

---

[1] Гулямов Р.П. Указ соч. – С. 40.

[2] Царев Д.В. Общее понятие и признаки преступлений против основ конституционного строя и безопасности государства в России: дисс. ... канд. юрид. наук / Д.В. Царев. – Иваново, 2005. – С. 21-22.

[3] Соборное Уложение 1649 года. Текст. Комментарии / Руков. авт. кол. А. Г. Маньков. Л., 1987. – С. 20.

[4] Биккинин И.А. Указ соч. – С. 44-45.

[5] Российское законодательство X – XX веков. В 9 т. / Под общ. ред. О. И. Чистякова. Т. 4. Законодательство периода становления абсолютизма. М., 1986. – С. 331.

[6] Биккинин И. А., Блинников С. А., Пудовочкин Ю. Е. Указ соч. – С. 47.

Як і Литовські статути, Кодекс «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 року визначає зраду государю як різні форми надання допомоги ворогу (шпигунство, пособництво тощо) на шкоду інтересам держави і монарха (глава 1, арт. 2)[1].

У главі IV Кримінального уложення 1903 року об'єднані злочини, що охоплювалися загальним поняттям «державна зрада», яка виражалася у «способствовании или благоприятствовании неприятелю в его военных или иных враждебных против России действиях» (ст. 108). Норми вказаної глави (ст. 108-119) передбачали відповідальність за різні форми державної зради: вступ російського підданого до ворожого війська, його участь у військових діях проти російської армії, розголошення військових таємниць, шпигунство, укладення російським представником договору завідомо на шкоду Росії, спонукання російським підданим іноземного уряду до військових або інших ворожих дій проти Росії тощо[2]. Отже, виходячи з конкретних форм державної зради, в юридичній літературі того часу виділяли: 1) зраду військову; 2) зраду дипломатичну; 3) зраду загально цивільну[3].

8 червня 1934 року в СРСР було ухвалено Закон про кримінальну відповідальність за зраду Батьківщині, тобто за дії, вчинені громадянином СРСР на шкоду військовій міці Радянської держави, незалежності чи недоторканності її території. В 1958 році в Законі СРСР «Про кримінальну відповідальність за державні злочини» відмова від повернення з-за кордону в Радянський Союз була оголошена формою зради Батьківщині. 7 жовтня 1977 року була прийнята нова Конституція СРСР, в частині третьої ст. 62 якої зазначалось: «Зрада Батьківщині – найтяжчий злочин перед народом».

Кримінальний кодекс України 1960 року, який втратив чинність 1 вересня 2001 року, передбачав спеціальну норму про державну зраду (ст. 56), яка за своїм змістом майже аналогічна передбаченій у ст. 111 чинного Кримінального кодексу України 2001 року. В зазначених кодексах вказується, що державна зрада – це умисне діяння, вчинене, в першу чергу, на шкоду суверенітету.

Отже, форми такого злочину проти державного суверенітету як державна зрада можуть видозмінюватися. Зміст такої норми в кримінальному законі визначався насамперед потребами захисту державного суверенітету та кримінально-правовою політикою держави у цій сфері в конкретний історичний період. Дослідження становлення і розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за державну зраду засвідчило, що загрозливі для держави процеси і явища на певних етапах історичного розвитку обумовлювали появу відповідних кримінально-правових норм.

---

[1] Скулиш Є.Д. Вказ. праця. – С. 10.

[2] Там само. – С. 15.

[3] Кримінальне право України: Особлива частина: Практикум: Навчальний посібник / В.Д. Гвоздецький, В.К. Матвійчук, І.О. Харь та інші. – К.: КНТ, 2006. - С. 174-175.

Iryna Lagutina,
Doctor of Legal Sciences, Associate Professor of Labour Law and Social Security Law Department of Odessa National University «Odessa Law Academy»

YOUTH EMPLOYMENT IN UKRAINE

Ukraine aims to take an active role in moving towards implementation of the key targets of the medium-term strategy of UNESCO for 2014–2021, developed to support the Millennium Development Goals and 2030 Agenda for Sustainable Development[1]. The strategy incorporates fundamental areas for supporting youth employment, creating conditions for youth engagement and preventing inequality. The areas which are crucial to achieving these objectives are as follows: a) policy formulation and overview of existing youth-related practices; b) capacity building for transition to adult life; and c) participation of civil society, democratic participation and social innovations.

Although, the reality is that young people's decision to participate (or not) in the labour market is a complex issue, which depends on a number of economic and social factors, each potentially shaping their decisions to pursue an educational pathway or participate in the labour market. In general, young people face a trade-off between, on the one hand, investing in their education, thereby increasing their likelihood of finding quality employment in the future and, on the other hand, entering the labour market immediately after the end of the compulsory education period, so contributing to the accumulation of household income but possibly reducing their earnings potential and future chances of career advancement.

High rates of working poverty among youth in developed countries could be a reflection of the greater probability of youth being in temporary or part-time employment relationships in comparison to adults. These forms of employment are often associated with lower wages, limited access to training, slow career advancement and lower levels of social protection, all of which combine to undermine youth prospects in the labour market and their income potential[2].

Temporary contracts and part-time employment in Ukraine – which are considered as insecure forms of employment – are also not manifested with high rates in Ukraine, and there is no evidence that insecure employment is observed among the young disproportionally more often than among the old. For example, temporary contracts constitute about 4,6% among recent school leavers compared to 26% EU average, part-time employment – 5,3% compared to 13,3% EU average. For instance,

[1] UNESCO and Youth - Strategy// [Electronic resource]. The United Nations Organization for Education, Science and Culture. – Mode of access: http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/youth/strategy/

[2] World Employment and Social Outlook 2016: Trends for youth International Labour Office – Geneva: ILO, 2016. – 54 p.

in Poland, Italy, Spain and Portugal, temporary contracts among the young constitute more than one half; part-time jobs are most spread in the Netherlands – about 44% of all recent school leavers' employment. These types of employment arise because the employer is shifting the risk related to the uncertainty of the global market toward the employee[1].

Youth is over-represented in the temporary jobs in the majority of the European countries, often on an involuntary basis. High incidence of involuntary part-time employment is closely linked to the fact that youth in this form of employment are more likely to live in poverty despite having a job.

It should be emphasized that, in June 2014, the Youth Guarantee Scheme was officially launched in Luxembourg. The aim of the EU Youth Guarantee, adopted by Member States in 2013, is to tackle youth unemployment by ensuring all young people get a good quality, concrete offer of a job, apprenticeship, traineeship or continued education within four months of leaving formal education or becoming unemployed. This applies to all people under the age of 25, whether registered with employment services or not. It guarantees individual support to help a young person to enter the labour market. It also provides assistance for people who have failed to complete their formal school education, and for people not in education, employment or training. The general guidelines state that national Youth Guarantee schemes should involve effective cooperation between key stakeholders such as public authorities, employment services, career guidance providers, education and training institutions, employers and trade unions[2].

Temporary contracts of work are not the only form of non-standard employment for young people. In a number of countries, bogus self-employment (when independent workers are contracted to provide services to a single client or work provider in much the same way as if they were an employee) is of importance and, like temporary jobs, can often involve a relatively high level of insecurity. Family working, when wives or children work in the family business without any formal contract of employment and often without a regular wage, can also be insecure and, more generally, may offer little prospect of advancement. Bogus self-employment is a means of reducing the costs of employment partly by lowering the social contributions payable and partly by avoiding the costs imposed by employment protection legislation. Like temporary contracts, contracting out work gives employers more ability to adjust their workforce in line with variations in sales, or at least to operate at lower cost[3]. For the workers

[1] Ukrainian Youth is More Likely to Get the Job Than European...But This Job is Less Rewarding // [Electronic resource]. VoxUkraine. – Mode of access: http://voxukraine.org/2016/02/23/ukrainian-youth-is-more-likely-to-get-the-job-than-european-en/

[2] Youth Guarantee // [Electronic resource]. The European Commission's DG for Employment, Social Affairs & Inclusion. – Mode of access: http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1079

[3] Matsaganis M., Rabemiafara N., Ward T. Young people and temporary employment in Europe M. Matsaganis, N. Rabemiafara, T. Ward / European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2013. – 50 p.

concerned, however, it means taking over the responsibility for providing protection against possible loss of work or an inability to continue working and for ensuring that they build up enough pension for their future retirement.

Furthermore, among young people aged up to 25 years the rate of unemployment is more than twice higher than the national average - 21.8% of the economically active population. The lowest unemployment rate in Kiev (6,3%), Odessa (6.4%) regions and the city of Kiev - (6.8%)[1].

Also, young men earn more than young women. The average wage of a young employee is UAH 2,767 (UAH 3,087 for young men and UAH 2,343 for young women)[2].

In order to create a favourable environment for development and fostering self-reliance among Ukrainian youth, the Cabinet of Ministers of Ukraine adopted the Concept of the National Target Programme "Youth of Ukraine" for 2016–2020 on 30 September 2015[3]. The Concept provides for the realization of the revised mechanism to support outreach to youth. Other objectives include creating a facilitating environment for increased youth participation in the socio-political life of Ukraine; youth development as a core concept within the national youth policy; establishing efficient cooperation with the civil society institutions; expanding social guarantees for youth; and improving youth access to quality education and first-job placement.

Богдан Лавренко,
аспірант НДІ правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ СПЕЦІАЛЬНОЇ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Дисциплінарна відповідальність як самостійний вид юридичної відповідальності є необхідним фактором правомірної поведінки та особливим елементом у структурі правової системи України. Вона характеризується наявністю дисциплінарного проступку, що є окремо визначеною законодавством підставою, та дисциплінарних стягнень, особливих санкцій, які передбачені за вчинення дисциплінарного проступку, суб'єкта дисциплінарного проступку

[1] Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні. – К., 2015. – С. 449.

[2] Libanova E., Cymbal A., Lisogor L., Iarosh O. Labour market transitions of young women and men in Ukraine : results of the 2013 and 2015 school-to-work transition surveys / E. Libanova, A. Cymbal, L. Lisogor, O. Iarosh; International Labour Office. – Geneva: ILO, 2016.- P. 39.

[3] Про схвалення Концепції Державної цільової соціальної програми "Молодь України" на 2016-2020 роки: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 30.09.2015 № 1018-р // Урядовий кур'єр від 21.10.2015. – № 195.

та суб'єкта, який уповноважений застосовувати передбачене дисциплінарне стягнення[1].

Спеціальна дисциплінарна відповідальність – це особливий підвид дисциплінарної відповідальності, який передбачений для конкретно визначеної категорії працівників, трудова діяльність яких регулюється статутами, положеннями про дисципліну та іншими спеціальними нормативними актами. Її характерними рисами є перш за все спеціальний суб'єкт дисциплінарного проступку, а також особливий характер самого дисциплінарного проступку, особливі види дисциплінарних стягнень передбачених законодавством, порядок їх накладення та оскарження. Вона існує поряд із загальною дисциплінарною відповідальністю та застосовується тільки тоді, коли не може бути застосована загальна дисциплінарна відповідальність. Проте іноді виникає питання, що є критерієм відмежування загальної дисциплінарної відповідальності від спеціальної дисциплінарної відповідальності.

Дем'янчук вважає, що головними особливостями спеціальної дисциплінарної відповідальності працівників по відношенню до загальної дисциплінарної відповідальності є більш широкий зміст дисциплінарного проступку та суворіші санкції[2]. Також підставою для диференціації дисциплінарної відповідальності працівників визнають соціально значущі наслідки їх трудової діяльності та підвищений ризик негативних наслідків для суспільства у цілому у разі порушення деякими працівниками дисципліни праці, тобто ступінь суспільної небезпеки внаслідок неналежного виконання працівниками трудових обов'язків покладених на них.

Для певних категорій працівників, вимоги морального змісту включені в їх трудові обов'язки. Це стосується суддів, прокурорів, державних службовців, працівників, які виконують важливі функції, інколи навіть такі функції, які носять виховний характер. Недотримання даних норм, аморальна поведінка не тільки під час роботи, але і в побуті є підставою для притягнення такого працівника до дисциплінарної відповідальності аж до застосування дисциплінарного стягнення як звільнення з посади[3]. Фактично підставою для притягнення до дисциплінарної відповідальності за загальним правилом є дисциплінарний проступок – протиправне, винне діяння, що полягає в невиконанні чи неналежному виконанні покладених законодавством обов'язків, зловживанні або

---

[1] Петришина-Дюг Г. Г. Дисциплінарна відповідальність у трудовому праві : поняття та принципи. Науковий вісник Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича : зб. наук. праць. – Правознавство.–Вип. 461. – 2008. – С. 39.

[2] Дем'янчук Ю. В. Актуальні проблеми дисцилінарної відповідальності в умовах законодавства України про працю / Ю. В. Дем'янчук / Юридичні науки, «Молодий вчений» № 6 (09) - 2014. – С.110.

[3] Коваленко К.В. Загальна та спеціальна дисциплінарна відповідальність // Форум пра- ва. -2008. -№ 2. –С.231-236 [Електронний ресурс]. –Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-2/08kkvsdv.pdf

перевищенні прав, порушенні заборон чи обмежень. В спеціальній дисциплінарній відповідальності він носить особливий характер.

Законодавством, статутами і положеннями про дисципліну передбачено більш широке коло дисциплінарних стягнень, а не тільки догана чи звільнення, які передбачені ст. 147 КЗпП. Наприклад, в новому законі «Про прокуратуру» передбачено конкретний перелік дисциплінарних стягнень, за яких працівника органу прокуратури можна притягнути до дисциплінарної відповідальності. Зокрема в ст.43 Закону таких підстав є 9: 1) невиконання чи неналежне виконання службових обов'язків; 2) необгрунтоване зволікання з розглядом звернення; 3) розголошення таємниці, що охороняється законом, яка стала відомою прокуророві під час виконання повноважень; 4) порушення встановленого законом порядку подання декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру; 5) вчинення дій, що порочать звання прокурора і можуть викликати сумнів у його об'єктивності, неупередженості та незалежності, у чесності та непідкупності органів прокуратури; 6) систематичне (два і більше разів протягом одного року) або одноразове грубе порушення правил прокурорської етики; 7) порушення правил внутрішнього службового розпорядку; 8) втручання чи будь-який інший вплив прокурора у випадках чи порядку, не передбачених законодавством, у службову діяльність іншого прокурора, службових, посадових осіб чи суддів, у тому числі шляхом публічних висловлювань стосовно їх рішень, дій чи бездіяльності, за відсутності при цьому ознак адміністративного чи кримінального правопорушення; 9) публічне висловлювання, яке є порушенням презумпції невинуватості[1]. Таке нормативне закріплення підстав є позитивною новелою нового Закону, адже вона надає вичерпний перелік умов, за яких працівник прокуратури може бути притягненим до дисциплінарної відповідальності, що не підлягає розширенню. Завдяки законодавчому визначенню підстав зловживання у цій сфері стають неможливими. Крім того, спеціальна дисциплінарна відповідальність зазвичай передбачена не в одному нормативному акті, а в декількох. Наприклад, дисциплінарна відповідальність суддів закріплена в законах «Про судоустрій та статус суддів» та «Про Вищу раду юстиції».

Суб'єктом спеціальної дисциплінарної відповідальності виступає працівник, який несе дисциплінарну відповідальність за спеціальними нормативними актами - статутами, положеннями та законами. Спеціальна дисциплінарна відповідальність завжди обумовлена наявністю у працівника особливих, специфічних трудових обов'язків, що складає підвищену соціальну цінність.

Порядок застосування спеціальної дисциплінарної відповідальності характеризується тим, що вона застосовується у порядку дисциплінарного провадження. Зокрема, Законом України «Про судоустрій і статус суддів» перед-

[1] Про прокуратуру : закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1697-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18.

бачено стадії дисциплінарного провадження щодо суддів: перевірка даних про наявність підстав для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, відкриття дисциплінарної справи, її розгляд і прийняття рішення відповідним органом[1].

Згідно зі ст. 147-1 КЗпП України дисциплінарні стягнення застосовуються органом, якому надано право прийняття на роботу (обрання, затвердження і призначення на посаду) даного працівника. На працівників, які несуть дисциплінарну відповідальність за статутами, положеннями та іншими актами законодавства про дисципліну, дисциплінарні стягнення можуть накладатися також вищестоящими органами.

Таким чином, ознаками спеціальної дисциплінарної відповідальності є:

1) види дисциплінарних стягнень;
2) коло осіб, на яких вона поширюється;
3) коло осіб, які можуть застосовувати дисциплінарні стягнення;
4) застосування спеціальної дисциплінарної відповідальності у порядку дисциплінарного провадження;
5) порядок оскарження покладених дисциплінарних стягнень

На сьогоднішній день законодавче визначення спеціальної дисциплінарної відповідальності відсутнє, не закріплено її призначення.

Така правова невизначеність призводить до того, що у юридичній науці немає єдності поглядів щодо питання, чи підлягають працівники, для яких перед- бачена спеціальна дисциплінарна відповідальність, також і загальній дисциплінарній відповідальності чи на них у всіх випадках поширюється виключно спеціальна дисциплінарна відповідальність[2].

Таким чином, правові засади регулювання спеціальної дисциплінарної відповідальності слід закріпити у новому Трудовому кодексі України. Доцільно також передбачити у кожному спеціальному нормативному акті основні поняття дисциплінарної відповідальності відповідних осіб, вичерпний перелік дисциплінарних проступків, стягнень, а також питання щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності з метою повного урегулювання дисциплінарної відповідальності спеціальних суб'єктів.

---

[1] Про судоустрій і статус суддів. Закон України від 07 липня 2010 року [Електронний ресурс]. –Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2453-17

[2] Лазор І. В. Соціальне значення спеціальної дисциплінарної відповідальності та проблеми її правового регулювання / І. В. Лазор // Актуальні проблеми держави і права. - 2011. - Вип. 57. - С. 223.

Людмила Легін,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри соціально-гуманітарних дисциплін факультету № 3 (м. Івано-Франківськ) Національної академії внутрішніх справ

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ОПРИЛЮДНЕННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ

За визначенням Ю. Шемшученка ефективність права – це співвідношення фактичних результатів здійснення норми права та декларованої нею мети. Остання передбачається нормотворцем при прийнятті відповідних нормативно-правових актів. Ця мета, зважаючи на наявність засобів та умов її досягнення, може бути найближчою або ж перспективною. Якщо зміст мети цих актів становлять саме юридичні наслідки (тобто зміни у правовому статусі певної групи суб'єктів або у конкретних правах і обов'язках персоніфікованих суб'єктів), можна говорити про юридичну ефективність права. В усіх інших випадках йдеться про загальносоціальну ефективність права.

Загальносоціальними передумовами ефективності права, за Ю. Шемшученком, є його відповідність: об'єктивним закономірностям існування і розвитку людини та суспільства; конкретно-історичним умовам функціонування, реальним можливостям здійснення (матеріальним, духовним, кадровим тощо); потребам та інтересам суб'єктів, відносини яких регулюються у правовому порядку; станові правосвідомості і моралі, рівню загальної культури, громад, думці, висновкам наук, які предметно досліджують об'єкти, що належать до сфери правового регулювання.

Аналіз наукової літератури дає можливість виокремити чинники, які впливають на ефективність норм права, зокрема**:** (1) правильність відображення юридичною нормою закономірностей розвитку суспільного життя; (2) рівень правосвідомості і правової культури людей; (3) інформованість суб'єктів суспільних правовідносин про чинні норми права; (4) рівень законності і правопорядку; (5) соціальна цінність; (6) професіоналізм осіб, які застосовують норму права.

Важливість питання ефективності норм права, які регулюють оприлюднення нормативно-правових актів, є пов'язаною із правом на інформацію про нові закони та правові акти. Так, ст. 57 Конституція України закріпила право громадян знати свої права і обов'язки, зокрема, закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення в порядку, встановленому законом. Закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, не є чинними. Аналіз цієї норми національного законодавства приводить нас до того, що право на інформацію про нові закони та інші правові акти забезпечуються оприлюдненням прийнятих законів та інших правових актів.

Право на інформацію про нові закони на правові акти охороняється і Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, зокрема, у ст. 10 вказано, що кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. На підтвердження можна навести практику Європейського Суду з прав людини, зокрема, рішення у справах «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства (Sundy Times v. the United Kingdom) від 26 березня 1979 р. та Коккинакис проти Греції (Kokkynakys v. the Greece) від 25 травня 1993 р., в яких вказується на необхідність інформації про правову норму так і чіткість правової норми[1].

Із цією метою необхідно оприлюднювати, публікувати й робити доступними всі закони, адміністративні правила й процедури, які стосуються прав і основних свобод людини. Важливо щоб населенню й посадовим особам держави було надано достатньо часу для ознайомлення й вивчення нових законів та інших актів нормативного характеру, оскільки їхнє дотримання й виконання залежить від того, наскільки правильно їх розуміють ті, кому вони адресовані. Право на інформацію про нові нормативно-правові акти – одне із загальновизнаних міжнародним співтовариством прав людини, яке держава зобов'язана поважати його і сприяти його реалізації[2].

Досягнення високого ступеня ефективності цих норм також пов'язане із тим, що оприлюднення нормативно-правового акта є офіційним та первинним повідомленням тексту акта, що слідує безпосередньо за його прийняттям. Також, це обумовлюється владно-юридичним характером волі нормотворця, яка виражається через офіційне оприлюднення та вимагає щоб у процесі такого оприлюднення було передано точний, оригінальний текст із зазначенням усіх офіційних атрибутів нормативно-правового акта.

Попри обґрунтування важливості досягнення результату норм, які вказують на порядок оприлюднення нормативно-правових актів, залишаються дискусійні моменти. Правова реальність свідчить про неоднозначність та труднощі при оприлюднення актів нормативного характеру органів місцевого самоврядування.

Відповідно до ст. 22 Закону України Закону «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації» від 23 вересня 1997 року № 539/39, закони Укра-

---

[1] Коккинакис проти Греції (Kokkynakys v. the Greece) // Решение Европейского суда по правам человека). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rrpoi.narod.ru/echr/translation/translation/kokkinakis.htm; Санді Таймс проти Сполученого Королівства (Sundy Times v. the United Kingdom). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://medialaw.org.ua/library/sprava-sandi-tajms-proty-spoluchenogo-korolivstva/

[2] Опубликование нормативных актов / Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства / [А. С. Пиголкин]. – М. : Юридическая литература, 1978. – С. 26-27.

їни, постанови Верховної Ради України, укази та розпорядження Президента України, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України, постанови Верховного Суду України та Конституційного Суду України, рішення органів місцевого самоврядування, інші нормативно-правові акти публікуються в офіційних виданнях (відомостях, бюлетенях, збірниках, інформаційних листках тощо) та друкованих засобах масової інформації відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Можна навести наступні приклади, які підтверджують труднощі членів громади у доступі до прийнятих актів нормативного характеру органів місцевого самоврядування. На сайті Івано-Франківської обласної ради можна знайти проекти регуляторних актів, рішення обласної ради та розпорядження голови обласної ради і регламент Івано-Франківської обласної ради. Аналіз Регламенту Івано-Франківської обласної ради вказує на те, що у ньому відсутня норма про оприлюднення рішень відповідної ради. Тільки у ст. 15 Регламенту Івано-Франківської обласної ради міститься положення відповідно до якого, протоколи пленарних засідань ради та прийняті нею рішення підписуються особисто головою обласної ради, а у разі його відсутності – першим заступником або заступником голови ради чи особою, яка головувала на засіданні. Однак, чомусь вказано, що тільки протоколи сесій оприлюднюються на веб-сайті ради.

Також, на сайті Івано-Франківської міської ради у вільному доступі є проекти рішень, рішення ради, регуляторні акти ради та розпорядження голови ради. Є вельми схвальним те, що рішення Івано-Франківської міської ради є у вільному доступі на офіційному сайті. Однак, відкривши Рішення Івано-Франківської міської ради від 19 серпня 2016 р. № 255-7 «Про продаж земельних ділянок комунальної власності», знаходимо його текст, але це рішення не є опублікованим у жодному друкованому засобі масової інформації органу місцевого самоврядування. Відповідно до Листа Національного агенства України з питань державної служби «Щодо оприлюднення актів органів місцевого самоврядування» від 08 квітня 2015 р. № 1866/13-15, акти органів та посадових осіб місцевого самоврядування нормативно-правового характеру набирають чинності з дня їх офіційного оприлюднення, якщо органом чи посадовою особою не встановлено пізніший строк введення цих актів у дію.

Можна зробити висновок, що результат на який спрямовується норма про оприлюднення нормативно-правових актів не завжди досягається, оскільки, не забезпечується вільне та безумовне забезпечення можливості публічного ознайомлення із текстами нормативно-правових актів.

Олег Лукьянчиков,
к.ю.н., доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин, хозяйственного и трудового права Харьковского национального педагогического университета им. Г. С. Сковороды

Денис Новиков,
к.ю.н., доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин, хозяйственного и трудового права Харьковского национального педагогического университета им. Г. С. Сковороды

О ПРАВЕ РАБОТОДАТЕЛЯ ВОЗЛАГАТЬ НА РАБОТНИКА ОГРАНИЧЕННУЮ МАТЕРИАЛЬНУЮ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

Трудовые отношения в условиях рыночной экономики имеют антагонистический характер, прежде всего, из-за того, что средства производства находятся в собственности работодателя. Работник, допущенный к работе с чужим ему имуществом, постоянно находится в рискованном положении. Это обосновывается тем, что при исполнении трудовых обязанностей работник воздействует на имущество работодателя. В данном процессе всегда заложена возможность причинения вреда этому имуществу, вследствие чего у работодателя возникнет право на возмещение причинённого ущерба. Для реализации указанного права, законодатель наделил работодателя другим правом: правом возлагать на работника ограниченную материальную ответственность.

Материальная ответственность работников исследовалась на монографическом уровне такими учеными как Е.С. Белинский, С.С. Каринский, Е.А. Кленов, В.Г. Малов, П.Р. Стависский. Кроме того, исследования теоретических проблем материальной ответственности сторон трудовых правоотношений были проведены В.С. Венедиктовым, К.Н. Гусовым, Л.А. Сыроватской, Н.М. Хуторян и другими учеными. При этом правовая природа существующего порядка возложения на работника ограниченной материальной ответственности, как и соответствующее право работодателя остаются недостаточно исследованными.

Проведенное исследование[1] развития законодательства, регулирующего порядок возложения на работника ограниченной материальной ответственности, позволило сделать следующие выводы:

1) законодательство Российской империи, действующее во второй половине XIX – начале XX столетия, не наделяло работодателя правом возлагать на работника обязанность возместить ущерб и, на основании такого решения,

[1] Лук'янчиков О. М., Новіков Д. О. О порядке возложения на работника ограниченной материальной ответственности / Д. О. Новіков, О. М. Лук'янчиков // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету ім. Г.С. Сковороди, Серія ПРАВО. – 2015. – Вип. 23. – С. 58-64

осуществлять удержания из заработной платы. Таким правом, согласно закону, обладал только суд.

2) Советское законодательство, продолжая традиции законодательства Российской империи, изначально не наделяло работодателя правом проводить удержания из заработной платы с целью возмещения ущерба.

3) За период с 1918 до 1932 гг., порядок возложения на работника ограниченной материальной ответственности прошел такие этапы трансформации: по решению суда – по соглашению сторон – по решению работодателя.

На наш взгляд, предусмотренный законодательством (ст. 136 КЗоТ Украины) порядок возмещения ущерба, не соответствует современному этапу развития учения о трудовых правах. К такому выводу мы пришли, основываясь на нижеизложенном.

Поскольку материальная ответственность есть ответственность юридическая, то ей должны быть присущи признаки последней. Такие ученые как С.С. Алексеев[1], Б.Т. Базилев[2], Д.А. Липинский та Р.Л. Хачатуров[3], И.С. Самощенко[4] выделяли, в качестве основных, следующие признаки юридической ответственности: государственное принуждение, общественное осуждение, негативные последствия для правонарушителя.

Признавая наличие указанных признаков у материальной ответственности, мы должны признать, что работодателю делегировано право осуществлять государственное принуждение и общественное осуждение. Кроме того, нам нужно признать за работодателем право установить вину работника. Вину одной стороны трудового договора устанавливает другая сторона!

Такое положение вещей было естественным для советского периода, поскольку право на труд подкреплялось юридической обязанностью трудиться, а «права предприятия по отношению к работнику носили государственно-властный характер»[5]. К тому же, администрация предприятия обладала распорядительно-дисциплинарной властью, которая понималась как «совокупность, точнее целенаправленный пучок особых властных полномочий, которыми государство наделяет руководителей производства»[6].

---

[1] Теория государства и права / под ред. С.С. Алексеева. – М.: Юрид. лит., 1985. – С.425

[2] Базылев Б.Т. Юридическая ответственность (теоретические вопросы) [Текст] / Б.Т. Базылев; отв. ред. Н.В. Витрук. – Красноярск: Красноярский университет [КрасГУ], 1985. – С.46

[3] Общая теория юридической ответственности: монография / Липинский Д.А., Хачатуров Р.Л. – С.-Пб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. – С.197

[4] Самощенко И.С. Ответственность по советскому законодательству / И.С. Самощенко, М. Х. Фарукшин – М.: Юрид. лит., 1971. – С.44; 54-55.

[5] Белинский Е.С. Материальная ответственность рабочих и служащих / Белинский Е.С. – Киев-Донецк: Вища школа, 1984. – С.109

[6] Дисциплина труда в СССР. Социальные и правовые проблемы / Смирнов В.Н. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1972. – С.33

В современных условиях, когда Конституцией Украины закреплено право на труд и запрещен труд принудительный, а ученые говорят о последовательном развитии прав человека при реализации им своих прав и свобод в сфере труда[1] наличие у работодателя права возлагать на работника материальную ответственность не имеет логического и правового обоснования. Ведь сегодня мы должны исходить из того, что «стороны трудового договора являются юридически равными, а при равенстве сторон никто из них не может быть судьей по отношению друг к другу»[2].

Стороны трудового договора являются экономически не равными. И целью трудового законодательства должно быть претворение экономического неравенства сторон трудового договора в равенство юридическое. При регулировании порядка возложения на работника материальной ответственности трудовое законодательство, напротив, дополняет экономическое неравенство юридическим. И это при том, что еще в литературе начала XX века указывалось, что «порядок вознаграждения за убытки определен в законах гражданских и нет оснований допустить исключения из общего правила в отношениях личного найма, ибо, в случае предоставления хозяину права самому производить с рабочего вычеты в возмещение нанесенного вреда, он стал бы судьёй в своем собственном деле и сам приводил бы решения свои в исполнение. Равным образом, не представлялось возможным включать в расчетные книжки условия о добровольном подчинении рабочего распоряжению нанимателя об удержании с него части заработка, в возмещение причиненных потерь, так как подобное заявление рабочего было бы равносильно отказу его от права судебной защиты»[3]. В советский период о необходимости изменения порядка возложения на работника материальной ответственности говорили Е.А. Кленов и В.Г. Малов[4], но их позиция не нашла поддержки ни в научной литературе, ни в законодательстве.

Помимо прочего хотелось бы отметить, что работодатель, как лицо заинтересованное, вряд ли может беспристрастно рассмотреть дело о возложении на работника материальной ответственности. И возложение обязанности возместить ущерб может превратиться в акт мести по отношению к работнику, который посягнул на чужую собственность. Как утверждал средневековый схоласт Фома Аквинский, «вознаграждать вправе каждый, а наказывать – ни-

---

[1] Процевський В.О. Приватно-правове та публічно-правове регулювання соціально-трудових відносин : монографія / В. О. Процевський. – Х.: ХНАДУ, 2012. – С.172

[2] Процевський О.І. Методологічні засади трудового права: [монографія] / О.І. Процевський. Харків. нац. пед. ун-т ім. Г. С. Сковороди. – Харків: ХНАДУ, 2014. – С.239

[3] В.П. Литвинов-Фалинский. Фабричное законодательство и фабричная инспекция. Изд. 2-е, испр. и доп. – М.: Типография А.С.Суворина, 1904. – С.154

[4] Кленов Е.А., Малов В.Г. Материальная ответственность рабочих и служащих на предприятии. - М.: Юрид. лит., 1968. – С.143-144.

кто помимо представителя закона, который наделен полномочием причинять страдание»[1].

На основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что в современных условиях работодатель не может обладать правом возлагать на работника ограниченную материальную ответственность. Ставя перед собой целью защиту интересов работника, считаем необходимым лишить работодателя указанного права, а существующий порядок возложения на работника ограниченной материальной ответственности заменить порядком судебным.

Никита Лютов,
д.ю.н., доц., заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор НИУ «Высшая школа экономики»

ЭФФЕКТИВНОСТЬ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ТРУДОВОГО ПРАВА: ПОДХОДЫ К ПРОБЛЕМЕ ОЦЕНКИ[2]

1. Понятие эффективности норм международного трудового права

Проблема эффективности не нова для российского и зарубежного правоведения. В отечественной правовой науке проблемы эффективности права начали исследоваться начиная с 1960-х гг. Значительное количество работ, посвященных эффективности права, было издано специалистами в области теории права[3].

Довольно много было осуществлено исследований и в рамках трудового[4] и международного права[5]. При этом в последние десятилетия исследования

---

[1] Аквинский Фома. Сумма теологии. Часть II-I. Вопросы 90-114. – К.: Ника-Центр, 2010. – С.29

[2] Работа проводилась при финансовой поддержке Министерства образования и науки за счет средств государственного задания на выполнение НИР по проекту 1658.

[3] Петрухин И.Л., Батуров Г.П., Морщакова Т.Г. Теоретические основы эффективности правосудия. М.: Наука, 1979. – 392 с.; Эффективность действия правовых норм. Под ред. А.С. Пашкова, Э.А. Фомина, Л.С. Явича Л., Изд-во Ленингр. ун-та, 1977. - 143 с.; Абрамова А.А. Эффективность механизма правового регулирования. Монография. Под ред. В.В. Сорокина. Барнаул, Изд-во Алт. ун-та, 2005. - 188 с. и др.

[4] См. фундаментальную монографию В.И. Никитинского по этому вопросу: Никитинский В.И. Эффективность норм трудового права Эффективность норм трудового права. М.: Юридическая литература, 1971. – 248 с.; Процевский А.И. Эффективность действия норм трудового права // Вопросы государства и права развитого социалистического общества. Тезисы республиканской научной конференции, 24-26 сентября 1975 г. Харьков, Изд-во Харьк. юрид. ин-та, 1975. С. 153-156 и др.

[5] См.: Игнатенко Г.В. Универсальность и эффективность международного права как взаимодействующие категории. С. 3-16; Марочкин С.Ю. Проблема эффективности норм международного права. Иркутск, 1988.; Мингазов Л.Х. Эффективность норм международного права. Казань, 1999 и др.

эффективности норм трудового права за редкими исключениями почти не осуществляются[1].

В ранних отечественных работах по этому вопросу под эффективностью права понималась оптимальность, правильность и обоснованность правовых норм[2]. Однако довольно быстро такой подход был признан недостаточно четким и зависящим от заведомо субъективных оценок исследователя: мы считаем ту или иную норму обоснованной, значит она эффективна. Такое утверждение не только весьма субъективно, но и неверно, поскольку тот факт, что правовая норма сформулирована самым идеальным образом, еще не означает, что правовая норма будет успешно реализовываться на практике.

В 1970-е гг. сформировалась и стала преобладающей точка зрения о том, что эффективность права неразрывно связана с тем, как правовая норма достигает определенного результата[3]. Очевидно, что какой-либо результат немыслим без изначально поставленной цели. Таким образом, эффективность правового регулирования – это показатель того, в какой степени выполняются поставленные перед правом цели и задачи, насколько правовое регулирование достигает определенного результата. Такой подход в теории права принято называть целевой (функционально-целевой) концепцией эффективности правовых норм[4].

Эффективность права – это более широкое понятие, чем эффективность правовой нормы. Если при анализе эффективности правовой нормы достаточно оценить, в какой степени реализуются цели и задачи, поставленные правотворцем при принятии данной нормы, то анализ эффективности права включает в себя и изучение того, насколько право «справляется» с самим процессом постановки задач в рамках общих целей правового регулирования, т.е. вырабатывает правовые нормы. Но вряд ли анализ эффективности правовых норм можно считать полноценным, если абстрагироваться от того, как и какие нормы вырабатываются.

Очевидно, что оценка эффективности права в первую очередь зависит того, каким образом сформулированы его цели. Поскольку разные субъекты права по-разному формулируют цели правового регулирования, ориентируясь на соб-

---

[1] Кирсанов Р.В. Экономические и правовые факторы, определяющие эффективность труда государственных служащих // Международные юридические чтения. Материалы научно-практической конференции (17 апреля 2003 года). Омск, 2003. С. 221-225; Куренной А.М. Новый Трудовой кодекс: быть или не быть? // Трудовое право в России и за рубежом, №1, 2012. С. 3; Жильцов М.А. Дефекты трудового права. Монография. Екатеринбург, 2010.

[2] См.: Керимов Д.А. Свобода, право и законность в социалистическом обществе. М.: Госюриздат, 1960. С. 143 и др.

[3] См. об этом: Общая теория государства и права. Академический курс. Том 3. Под ред. М.Н. Марченко. Автор главы «эффективность правового воздействия» – А.В. Малько. С. 110-111

[4] Жинкин С.А. Эффективность права: антропологическое и ценностное измерение. Автореферат диссертации ... д.ю.н. Краснодар, 2009. С. 4.

ственные интересы и мировоззрение, оценка эффективности права не может быть свободной от некоторой доли субъективизма.

Самой очевидной отправной точкой для понимания целей и задач международного трудового права (МТП) можно считать Устав и важнейшие декларации, принятые МОТ, одна из которых (Филадельфийская декларация 1944 г., являющаяся приложением к Уставу МОТ) прямо в названии заявляет о постановке целей и задач, правда, не перед МТП в целом, а перед его важнейшим участником – МОТ. Но сама МОТ, во-первых, далеко не исчерпывает своей деятельностью всего международного нормотворчества в сфере труда, и, во-вторых, существуют серьезные дискуссии в отношении того, насколько МОТ политически нейтральна.

Тем не менее, с учетом масштабов деятельности МОТ и представительности данной организации, можно говорить, что цели, поставленные МКТ перед МОТ в ст. III Филадельфийской декларации 1944 г., хотя бы отчасти совпадают с целями МТП. Как заявлено в этой статье, МОТ принимает на себя торжественное обязательство способствовать принятию странами мира программ, имеющих десять перечисленных в этой статье целей. Все эти цели так или иначе связаны с обеспечением трудовых и социальных прав человека. Они понимаются довольно широко и касаются не только непосредственно трудовых отношений, но и социального обеспечения, жизненного уровня, питания, жилища, равных возможностей и др. Сами по себе эти цели сформулированы настолько общим образом и политически нейтрально, что их можно распространить и в отношении других субъектов международного нормотворчества в сфере труда.

Но очевидно, что достижение этих общих целей достигается (или не достигается) очень широким спектром средств, выходящих за рамки МТП. Это и национальное трудовое законодательство отдельных стран, и различные внеправовые действия государств, социальных партнеров, международных организаций и т.д. В отношении МТП можно говорить об эффективности в более узком плане: как способности субъектов МТП, во-первых, вырабатывать нормы, закрепляющие права человека в сфере труда на международном уровне, т.е. ставить перед собой цели правового регулирования и, во-вторых, обеспечивать их применение, т.е. добиваться результатов. Для анализа эффективности в таком понимании мы предлагаем пользоваться системой критериев и факторов эффективности норм МТП.

Ранее применительно к МТП проблема обычно исследовалась в более узком ключе: как эффективность контроля за соблюдением международных трудовых стандартов (МТС). При этом, поскольку в узком смысле МТП – это отрасль международного права, ей свойственны и проблемы эффективности международного права, которая считается одной из наиболее острых и широко обсуждаемых в международно-правовой науке. Хотя такой авторитетный специалист по международному праву как И.И. Лукашук и считает, что в от-

личие от того, что было в прошлом, современное международное право – это наиболее эффективная правовая система[1], представляется, что национальному праву по эффективности оно все же уступает. Если на уровне государства применима достаточно простая схема контроля за соблюдением законодательства: есть нарушение, есть ответственность (наказание или компенсация) за это нарушение, то на международном уровне эту схему «в чистом виде» использовать затруднительно. Система международных отношений в сфере труда с учетом действующей системы международного права носит координационный, а не субординационный характер. Соответственно и контроль за выполнением норм МТП не только, а, зачастую, и не столько с юридическими механизмами, сколько с политическим и экономическим «весом» того или иного государства, что не может не сказываться самым негативным образом на эффективности международного права в целом.

Но поскольку в широком смысле МТП не исчерпывается системой классического международного права, анализ эффективности норм МТП дополнительно осложнен и рядом специфических элементов, характерных для негосударственных отношений в сфере труда, выходящих за национальные границы. Поэтому такой анализ сложен вдвойне.

Из-за сложности и субъективности понятия эффективности права, специалисты чаще анализируют не статическое состояние этого понятия применительно к той или иной правовой системе, отрасли права, группе правовых норм или праву в целом (т.е. эффективно или неэффективно право), а динамические его аспекты. То есть анализу подвергаются факторы, содействующие или препятствующие эффективности права. Факторы, снижающие эффективность, принято называть препятствиями, антистимулами, ограничениями, дефектами и т.д.

Применительно к трудовому праву нередко в качестве некоей аксиомы заявляется о том, что главное препятствие для эффективности трудового права (а также трудовых отношений и даже экономики в целом) – это недостаток гибкости в правовом регулировании труда.

На международном уровне аргументация о гибкости используется в качестве контраргумента против принятия новых международных норм и ратификаций действующих соглашений по этому вопросу. Наиболее активно в этом отношении выступают представители работодателей и более бедные – развивающиеся – страны. При том, что избыточная жесткость правового регулирования труда, безусловно, может негативно сказаться на эффективности национальных трудовых норм и МТС, гибкость нельзя рассматривать как самоцель правового регулирования труда. Ведь абсолютная гибкость в данном вопросе, по сути, означает полный отказ от правового регулирования, что, в свою очередь,

[1] Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. Учебник. М.: Волтерс-Клувер, 2008. С. 48.

сделает бессмысленной саму постановку вопроса об эффективности МТП. Насколько печальны для общества последствия полного отсутствия трудового права, хорошо видно на примере стран Запада в течение XIX в. – начала XX в., а также нынешних развивающихся стран. Поэтому гибкость трудового права и МТП в настоящей работе будет рассматриваться *исключительно* в контексте эффективного обеспечения достижения целей и задач МТП.

2. Существующие методики оценки эффективности норм МТП

Попытки оценки эффективности норм МТП стали проводиться в последние годы. Пионером в этом отношении стали США, где действующее при Департаменте труда Бюро по международным трудовым делам начало в начале 2000-х гг. разрабатывать специальную базу данных по мониторингу МТС (так, как они понимаются в США) – WebMILS[1]. В результате проведенной Бюро работы в интернете размещены ссылки на многочисленные источники, касающиеся МТС и национального трудового законодательства применительно к разным странам. В базе данных также содержится предложение по оценке стран по простой шкале «некоторые проблемы/ существенные проблемы/ значительные проблемы» с вариантами динамики «ухудшение-стабильно-улучшение». Для оценки предложено довольно много относительно узких параметров, касающихся «международных» трудовых стандартов. Но собственной оценки со стороны авторов ни в отношении конкретных стран, ни в отношении эффективности МТС в целом не предлагается.

В отношении попыток «измерить» эффективность применения норм МТП более интересна деятельность МОТ. Еще в начале 1990-х в связи с предполагаемой проблемой «перепроизводства» конвенций МОТ Э. Кордова разработал[2] методику анализа эффективности применения конвенций. Система основывается на соотношении общего количества ратифицированных страной конвенций и сделанных этому государству замечаний КЭ в связи с их нарушениями. Государства были поделены на пять категорий в зависимости от количества ратифицированных конвенций. Только в самой «бедной на ратификации» из оцениваемых категорий было одинаковое количество стран с высоким и невысоким уровнем нарушений, в остальных группах преобладал высокий уровень нарушений. Позже эта методика была доработана Б. Хэпплом по состоянию на конец 2003 г.[3] Его анализ показал, что абсолютное большинство (117 против 45) членов МОТ допускает высокий уровень нарушения норм МТП. Эту методику нельзя назвать в полной мере информативной, потому что пропорция

[1] United States Department of Labor. Bureau of International Labor Affairs. WebMILS Database: http://webapps.dol.gov/webmils/default.aspx.

[2] Córdova E. Some Reflections on the Overproduction of International Labour Standards // Comparative Labour Law Journal. 1993. Vol. 14. P. 138-145.

[3] Hepple B. Labour Laws and Global Trade. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005. P. 40-41.

государств, имеющих высокий или низкий уровень нарушений, зависит от произвольно установленной «планки» – если ее опустить «ниже», то и количество государств-нарушителей будет меньше.

В 2004 г. МОТ провела специальный научный семинар по проблеме подходов к оценке соблюдения МТС, в котором участвовали не только специалисты МОТ, но и «внешние» ученые, результатом чего стало издание в 2007 г. интересной коллективной монографии, посвященной методологии формирования качественных индикаторов трудовых стандартов[1]. Авторы разных глав монографии предложили свои подходы к выработке сравнительных индикаторов оценки трудовых стандартов. Методики выработки индикаторов у разных авторов существенно различаются, но объединяет все эти индикаторы то, что при оценке сравниваются между собой различные национальные системы трудового права. То есть, основываясь на индикаторах, можно с той или иной степенью достоверности сделать вывод о том, что в стране «А» трудовое законодательство и правоприменительная практика находятся на более высоком уровне, чем в стране «Б» или «В» и лучше соответствуют нормам МТП. Но выявить степень воздействия на внутреннее право именно норм МТП при таком подходе нельзя: качественное трудовое законодательство и эффективная практика его применения в конкретной стране могут существовать и по чисто внутренним причинам. И в этом смысле предложенные индикаторы принципиально не отличаются от уже существующих индексов трудового законодательства, разработанных в рамках Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР)[2], Всемирного банка[3], самой МОТ[4], неправительственными организациями[5].

В некоторой степени исключением можно назвать исследование В.Р. Беннинга[6], посвященное разработке индекса пробелов фундаментальных трудовых прав. Его исследование представляет собой усложненную и значительно усовершенствованную методику Э. Кордовы, доработанной Б. Хэпплом (см.

---

[1] Qualitative Indicators of Labour Standards: Comparative Methods and Applications. D. Kucera (ed.). Dordrecht: Springer, 2007.

[2] OECD Indicators of Employment Protection, 2008. http://www.oecd.org/document/11/0,3746,en_2649_37457_42695243_1_1_1_37457,00.html.

[3] The International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank. Doing Business 2012: Doing a Business in a More Transparent World. Washington, 2012. http://www.doingbusiness.org/~/media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB12-FullReport.pdf.

[4] См.: Employment Protection Legislation Database (EPLex). See: http://www.ilo.org/dyn/eplex/termmain.home?p_lang=en. См. об этом индексе также: Muller A. Employment protection legislation tested by the economic crisis: a global review of the regulation of collective dismissals for economic reasons // ILO. Dialogue in brief, No. 3, September, 2011.

[5] Например, неправительственная организация из США «Веритэ», оказывающая консультационные услуги для потенциальных инвесторов, желающих продемонстрировать социальную ответственность. См.: Verité: Fair Labor. Worldwide. http://www.verite.org/.

[6] Böhning W.R. Towards an Index of Core Rights Gaps // Qualitative Indicators of Labour Standards: Comparative Methods and Applications. D. Kucera (ed.). P. 211-236.

выше). Исключение из общего правила методика В.Р. Беннинга представляет собой потому, что в нем анализируется, во-первых, готовность государств принимать на себя обязательства по фундаментальным правам в сфере труда, и, во-вторых, готовность исполнять соответствующие обязательства. Соответственно, пробелы (или нарушения), по его методике, делятся на пробелы присоединения и пробелы исполнения. Пробелы присоединения (англ. – *adherence gaps*) оцениваются по трем параметрам: А) ратификация всех восьми фундаментальных конвенций МОТ, либо отсутствие ратификации каких-либо из них; Б) доклады государств по ратифицированным фундаментальным конвенциям, либо отсутствие докладов; В) Доклады государств на основании Декларации 1998 г., либо отсутствие докладов. Пробелы исполнения (англ. – *compliance gaps*) оцениваются исходя из деятельности основных контрольных органов МОТ – Комитета экспертов МОТ по применению конвенций и рекомендаций (КЭ) и Комитета по свободе объединения (КСО). В качестве обстоятельств, негативно сказывающихся на рейтинге государства по данному параметру, он выделяет замечания и прямые запросы КЭ, а также промежуточные доклады КСО. Позитивно влияют на рейтинг выражения одобрения, либо интереса со стороны КЭ. Как видно из описания компонентов данного индекса, на его основе можно с большей или меньшей степенью достоверности получить сравнительную информацию о том, насколько то или иное государство проявляет готовность брать на себя обязательства по основополагающим принципам и правам в сфере труда и выполнять их затем путем реализации в законотворческой и правоприменительной практике. Серьезным и редким для такого рода индексов достоинством коэффициентов, предложенных В.Р. Беннингом, можно назвать их открытость и репродуцируемость, т.е. возможность воспроизведения любым другим человеком на основе подсчета по предложенному алгоритму.

Но, к сожалению, общей оценки эффективности или отсутствия эффективности норм МТП, безотносительно сравнительного положения отдельных государств, данный индекс также не дает и не может дать.

Тем не менее, представляется, что методика В.Р. Бённинга – это лучшее, что имеется «в арсенале» оценки применения норм МТП, и с помощью его индексов можно составить для себя некоторое представление, во-первых, о том, в каких странах лучше «работают» основополагающие нормы МТП, а также увидеть некоторую динамику в этом отношении. Первый интересный результат, который обращает на себя внимание при изучении сравнительных таблиц индекса, – это то, что четко выявляемая корреляция между уровнем ВВП на душу населения и количеством ратификаций, при учете качества соблюдения государствами основополагающих норм в сфере труда пропадает.

Еще одно важное наблюдение заключается в том, что в периоды с 1996 по 1999 и с 2000 гг. повысился уровень принятия государствами на себя обязательств, но уровень соблюдения государствами основополагающих норм МТП

заметно снизился[1]. Эта тревожная тенденция заставила самого автора назвать монографию, посвященную своему индексу, «Трудовые права в кризисе». Сам автор в качестве объяснения данной негативной тенденции называет проблемы глобализации и «гонки на дно» между государствами[2]. К этой фундаментальной и, несомненно, имеющей место, причине можно прибавить и окончание Холодной войны, которое сказалось как на бывших социалистических странах, ставших проводить неолиберальные политические и правовые реформы, так и на странах с давними традициями рыночной экономики, которые теперь не имеют стимула для демонстрации собственному населению преимуществ капитализма перед социализмом.

Данный индекс может быть очень полезен для повышения эффективности контроля за соблюдением основополагающих прав в сфере труда. Его польза заключается в том, что в силу относительной беспристрастности КЭ и КСО, с его помощью можно выделить государства, в которых существуют наибольшие проблемы с присоединением и соблюдением норм МТП.

Но, к сожалению, для общей оценки эффективности норм МТП этот рейтинг также не подходит, поскольку непонятна важнейшая вещь: большое количество замечаний и критики в отношении государств – это показатель эффективности или неэффективности норм МТП? Ответ на этот вопрос зависит от сугубо субъективной оценки деятельности контрольных органов.

Интересен и другой измеритель МТС, разрабатываемый МОТ с начала 2000-х гг.[3] – Индекс достойного труда. Он разработан в качестве меры по реализации программы «Достойный труд», инициированной в 1999 г. Генеральным директором МБТ[4]. Методология анализа была доработана к 2010 г.[5] Качество отношений в сфере труда с точки зрения «Достойного труда» МОТ оценивает по десяти параметрам, включающим: 1) возможности в области занятости; 2) адекватный заработок и продуктивную занятость; 3) достойное рабочее время; 4) совмещение работы, личной и семейной жизни; 5) виды труда, которые должны быть искоренены; 6) стабильность занятости; 7) равные возможности и обращение в области труда и занятости; 8) безопасная производственная среда; 9) социальную защиту; 10) социальный диалог, представительство работников и работодателей. Для этих показателей введен 21 индикатор, касающийся юриди-

---

[1] См. об этом подробнее: Böhning W.R. Op. cit. P. 91-120.

[2] Ibid. P. 118-120, 180-181.

[3] См.: Anker A., Chernyshev I., Egger Ph. et al. Measuring Decent Work with Statistical Indicators. ILO Policy Integration Department Paper. 2002. http://www.ila.org.pe/proyectos/observatorio/material/anker.pdf ; Ghai D. Decent Work: Concept and Indicators // International Labour Review. 2003. Vol. 142. № 2. P. 113-145.

[4] International Labour Conference. 87th Session, Geneva, June 1999. Decent Work. http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm.

[5] ILO. Governing Body, 310th Session, Geneva, March 2011. Report of the Director-General. Fifth Supplementary Report: Measuring decent work. ILO Doc. No. GB.310/17/5. Geneva: ILO, 2011.

ческих рамок, в том числе наличия ратификаций соответствующих конвенций МОТ, замечаний контрольных органов и др., а также 58 статистических показателей[1]. Система оценки состояния достойного труда оказалась настолько сложной, что к настоящему времени МОТ осуществила измерение индексов всего лишь в отношении нескольких государств[2], причем характеристика каждой страны – это отдельная брошюра объемом более 80 страниц. Для удобства восприятия базовой информации на основе этих брошюр выпущены отдельные короткие резюме, но в них содержится лишь статистическая информация. Представления о «работе» норм МТП и внутреннего законодательства эти резюме не дают. Составление полного измерения индексов в отношении всех государств-членов МОТ, несомненно, даст интересный материал для сравнительного анализа. Но и по завершении этой работы, к сожалению, информация об индикаторах достойного труда не сможет быть полноценной базой для комплексного анализа эффективности реализации МТС в целом, поскольку его итогом будет не комплексная картина, а сопоставление отдельных стран.

3. Методология общей оценки эффективности норм МТП

Как видно из описанных выше методик оценки МТС, осуществлявшихся различными авторами и структурами, им присущи два свойства, которые делают данные методики неподходящими для решения задач, поставленных в нашем исследовании. Во-первых, в соответствии с данными методиками оценивается не эффективность МТП как целостного правового явления, а сопоставляются различные государства на предмет того, лучше или хуже они «справляются» с выполнением МТС. Во-вторых, данные методики не учитывают такого важного критерия эффективности как выработка МТС. Ведь в отсутствие МТС бессмысленно говорить и об эффективности МТП.

Определяя эффективность норм трудового права, В.И. Никитинский использовал понятие показателя эффективности, под которым он понимал «... соотношение между количественными характеристиками объекта воздействия, по состоянию которого представляется возможным судить о степени достижения цели данного правового предписания»[3], причем в качестве критерия определения конкретных показателей эффективности он использовал цель правового предписания[4]. Представляется, что для МТП определение «количественных характеристик объекта воздействия» возможно определить далеко не

---

[1] См. специальное руководство, выпущенное МОТ в отношении индикаторов: ILO. Decent work indicators: concepts and definitions: ILO manual – First Version. Geneva: ILO, 2012. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_183859.pdf.

[2] См.: ILO. Policy Integration Department (INTEGRATION). Measuring Decent Work. http://www.ilo.org/integration/themes/mdw/lang--en/index.htm.

[3] Никитинский В.И. Эффективность норм трудового права. С. 100.

[4] Там же.

всегда. Цель правового предписания применительно к МТП тоже однозначно определить зачастую достаточно проблематично. Для выработки подходов к эффективности норм МТП мы оперируем понятием критериев и факторов эффективности. Под *критериями* мы понимаем определенные показатели, признаки[1], по которым, собственно, оценивается эффективность норм МТП. Под *факторами*[2] понимаются обстоятельства, оказывающие то или иное позитивное или негативное влияние на эффективность норм МТП.

С некоторой долей условности можно говорить о внешних и внутренних *критериях* эффективности норм МТП. Внешние критерии эффективности связаны с международно-правовым аспектом функционирования МТП, в то время как внутренние критерии связаны с взаимодействием между МТП и системами внутреннего права отдельных стран. Под внешними критериями при этом понимается, во-первых, выработка МТС, и, во-вторых, готовность субъектов МТП принимать на себя обязательства в отношении норм.

Вопрос соблюдения МТС – это, без сомнения, самая большая проблема, связанная с их эффективностью. Соблюдение государствами МТС можно анализировать в двух аспектах: насколько этим стандартам соответствует, во-первых, национальное законодательство и, во-вторых, правоприменительная практика. Оба эти аспекта можно пытаться рассматривать и в статическом состоянии (на настоящий момент), и в динамическом – с точки зрения происходящих в этом отношении изменений. Но в обоих случаях получить какую бы то ни было четкую картину, дающую оценку качества соблюдения МТС, почти невозможно.

Теоретически, наиболее полное представление об эффективности реализации МТС можно составить, если сравнить законодательство и правоприменительную практику в сфере труда каждого государства и соответствующие МТС. Но эта задача слишком грандиозна по своему объему, чтобы можно было решить ее даже немалыми силами МОТ. Только анализу соответствия российского трудового законодательства посвящена вся следующая глава настоящего исследования, но и она не может претендовать на то, что в ней исчерпывающе рассмотрены все несоответствия внутреннего российского законодательства МТС. Но уже из нее видно, что решения контрольных органов МОТ и других международных органов, отвечающих за применение МТС, упускают из поля зрения подавляющее большинство несоответствий, которые хорошо видны на национальном уровне. А для того чтобы составить представление об общей картине эффективности применения МТС, желательно увидеть, как ситуация изменяется в течение достаточно длительного периода времени. В отношении

---

[1] Критерий – признак, на основании которого производится оценка, определение или классификация чего-либо; мерило. См.: Большой словарь русского языка под ред. С.А. Кузнецова. СПб.: Норинт, 2000. С. 471.

[2] Фактор – существенное обстоятельство, способствующее какому-либо процессу, явлению. См.: там же, С.1414.

правоприменительной практики ситуация еще более сложная, поскольку обобщение этих данных чрезвычайно затруднено, а для развивающихся стран – зачастую просто невозможно.

Поэтому представляется, что наиболее реалистичной задачей, связанной с анализом эффективности применения норм МТП, будет оценка *факторов*, влияющих негативным или позитивным образом на их реализацию в национальном законодательстве и практике.

Важнейшей системной характеристикой норм МТП можно назвать их гибкость, которая проявляется и в текстуальном содержании норм, и в большом удельном весе «мягкого права» и в отношении контрольных органов международных организаций к выполнению норм МТП государствами. Соответственно, гибкость норм МТП как фактор, безусловно, влияющий на их эффективность, рассматривается в трех аспектах: как гибкость содержания, формы и применения МТС.

Существенная проблема контрольных механизмов за соблюдением МТС заключается в естественной децентрализованности МТП: поскольку международное право координационно по своей природе, а не субординационно, то нет и единого субъекта, уполномоченного контролировать соблюдение всех международно-закрепленных прав человека в сфере труда. Соответственно, координационный характер международных отношений рассматривается нами в качестве важного фактора, влияющего на эффективность норм МТП.

В качестве других факторов, влияющих на эффективность норм МТП нами рассматриваются: перегруженность контрольных органов МОТ; сложность и нечеткость международных контрольных процедур; проблемы, связанные с политической мотивацией основных субъектов МТП, выходящей за рамки, собственно, отношений в сфере труда, и воздействие процесса глобализации и регионализации на МТП, а также связь МТП и международной торговли.

В схематическом виде совокупность критериев и факторов эффективности норм МТП может быть представлена как эффективность выработки, эффективность принятия обязательств и эффективность соблюдения норм МТП.

В рамках настоящей публикации дать общую оценку эффективности норм МТП невозможно даже схематично[1]. Кроме того, вряд ли уместно оценивать эффективность такого сложного правового явления с помощью примитивных линейных оценок «эффективно-неэффективно». Скорее, предлагаемые факторы и критерии эффективности могут помочь выявить уязвимые места в отношении выработки и применения МТС и предложить направления их устранения, а также наметить возможности и перспективы усиления МТП в отдельных областях.

[1] Подробнее об этом см.: Лютов Н.Л. Эффективность норм международного трудового права. М.: Проспект, 2014. – 328 с.

Лариса Макаренко,
кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
старший науковий співробітник відділу теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

СОЦІАЛЬНІ НОРМИ ЯК НОРМАТИВНА СИСТЕМА КУЛЬТУРИ

Правовій культурі властиві загальні закономірності розвитку культури, водночас вона володіє своїми внутрішньо властивими їй закономірностями. На формування правової культури суспільства та окремої особи впливають правова культура суспільства в попередню епоху, національні особливості народу і його історичні традиції. Правова культура розвивається в тісному зв'язку з успадкованими від попередніх епох поняттями та уявленнями. Водночас, на правову культуру впливають інші суспільства зі своєю культурою, правом, правовими відносинами і правосвідомістю.

На певному етапі розвитку суспільства виникає потреба в упорядкуванні відносин, що склалися. Неможливо уявити людське суспільство без регулювання поведінки людей за допомогою визначених зразків, моделей, масштабів. З них і складаються в результаті багаторазового використання норми, на які в подальшому орієнтується суспільство. У будь-якому суспільстві утворюється власна система соціального регулювання, в якій виділяється декілька різновидів норм. Існує два підходи щодо розуміння терміна «норма»: по-перше, звичайний природний стан об'єкта, процесу, відносин, системи; по-друге, правило поведінки, пов'язане з волею та свідомістю людини, що виникає у процесі культурного розвитку і соціальної організації суспільства[1].

Г. Шершеневич стверджував, що там, «де є суспільство, там повинні бути і правила співжиття, або соціальні норми. Соціальні норми визначають поведінку людини у суспільстві, а отже, й ставлення людини до інших людей ...»[2]. Дійсно, суспільство завжди потребувало норм, які оцінюють і регулюють поведінку людей, однак місце і роль деяких норм на окремих етапах історичного розвитку суттєво різняться.

Норми-правила, які діють у людському суспільстві, умовно поділяють на такі групи: *природні норми* – існують у вигляді сформованих знань про нормальний, природний стан об'єкта, що визначається його природою[3]; *технічні норми* - вироблені на основі знання природних норм правила поведінки та роботи з

---

[1] Алексеев С. С. Государство и право : [начальный курс] / С. С. Алексеев. - [3-е изд., перераб. и доп.]. – М. : Юрид. лит., 1996. – С. 51-53.

[2] Шершеневич Г. Ф. Общая теория права: Часть теоретическая. Философия права / Г. Ф. Шершеневич. - М. : Издание Бр. Башмаковых, 1910. - Т. 1: Вып. 1-4. – С. 625.

[3] Крестовська Н. М. Теорія держави і права : [Елементарний курс] / Н. М. Крестовська, Л. Г. Матвєєва. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2007. – С. 192.

технічними і природними об'єктами[1]; *соціальні норми* (правові, релігійні, корпоративні, політичні тощо) – правила поведінки, що базуються на природних нормах або створюються у зв'язку з їх дією; повторювані та стійкі суспільні зв'язки, що виникають у процесі діяльності людей з обміну матеріальними і духовними благами і виражають потребу соціальної системи у саморегуляції[2].

Безумовно, людське суспільство, як і будь-яка інша складна система, може нормально функціонувати та розвиватися лише на основі певних правил, з-поміж яких обирається один з багатьох важливих варіантів поведінки того або іншого суб'єкта. Поведінка людини має вираз в актах, тобто у діях: діяльності чи бездіяльності. Протягом свого розвитку суспільство виробило широку систему засобів та способів регламентації поведінки людей. Соціальна поведінка має комунікативне спрямування, має певний зміст, що співвідноситься з існуючими соціальними цінностями. Різні акти поведінки (внутрішні та зовнішні) складаються у суспільні відносини, які можуть мати матеріальний та духовний характер, бути випадковими та закономірними, індивідуальними та груповими (колективними)[3].

Зокрема, поняття «соціальна норма» вживається в двох основних значеннях: норма *як існуюче правило поведінки*, що сформувалося у суспільній свідомості; норма *як стереотип поведінки*, який ще не сформульований у суспільній свідомості. При цьому існує двоїстість соціальних норм, їх існування одночасно і у вигляді реалії, і у вигляді ідеальних образів, що дозволяє інтерпретувати соціальні норми як суб'єктивне привласнення реальної міри, як основу для наступного суб'єктивного використання норм як засіб пізнання та практичного оволодіння дійсністю[4].

Цілком очевидно, що соціальні норми є загальними правилами поведінки в суспільстві, тобто визначають, якою має бути поведінка індивіда з погляду інтересів суспільства. Одна із досить важливих особливостей впливу соціальних норм на діяльність і суспільні відносини полягає в тому, що їх дотримання забезпечується різними формами примусу, починаючи від суспільних (норм моралі) і закінчуючи державними (норми права). Вони, норми, виконують у суспільстві важливі функції: 1) є зразками та еталонами; 2) інтегрують індивідів у групи в суспільство; 3) регулюють процес соціалізації; 4) контролюють поведінку[5].

---

[1] Загальна теорія держави і права / [за ред. В. В. Копєйчикова]. – К. : Юрінком, 1997. – С. 148.

[2] Проблемы общей теории права и государства : [учебник] / [под ред. В. С. Нерсесянца]. – М. : НОРМА, 2006. – С. 200.

[3] Філософський енциклопедичний словник / [редкол.: В. І. Шинкарук (голова) та ін.]. – К. : Абрис, 2002. – С. 486-487.

[4] Правовий звичай як джерело українського права IX-XIX ст. / [за ред. І. Б. Усенка]. – К. : Наукова думка, 2006. – С. 74-75.

[5] Калакура Я. С. Українська культура: цивілізаційний вимір / Я. С. Калакура, О. О. Рафальський, М. Ф. Юрій. - К. : ІПіЕНД ім. І. Ф. Кураса НАН України, 2015. - С. 42.

У стабільному суспільстві система соціальних норм підтримує суспільний порядок, створює умови для відтворення існуючих відносин і ненасильницького вирішення соціальних конфліктів. Ця стабільність може перерости у застій, штучне стримування розвитку, коли звичаю або традиції віддається перевага щодо нових і прогресивних змін, а будь-яке нововведення пригнічується силою авторитету суспільства і (або) держави. Проте, у сфері соціальних норм відбуваються процеси та явища, що призводять до гострих протиріч і конфліктів, до виникнення масових рухів, до релігійних або громадянських війн, до розпаду суспільства та його перебудови на нових соціокультурних підвалинах[1].

Соціальні норми утворюють нормативну систему культури, базовими елементами якої є звичаї, традиції, моральні та правові норми. Історично першими соціальними нормами були звичаї. Норми звичаїв – це правила поведінки, які внаслідок багаторазового застосування входять у звичку людей, регулюючи таким чином їх поведінку. В своїй основі звичай – це схвалений суспільством зразок поведінки людей, який рекомендується виконувати. «Роби як інші!» - основне правило звичаю. Зразок поведінки стає звичаєм лише тоді, коли внаслідок довгого повторення він стає поведінковим стереотипом, звичкою.

Зі звичаями тісно пов'язані традиції, тобто ті елементи соціальної і культурної спадщини, що складались історично і передаються від покоління до покоління та зберігаються в певному суспільстві протягом тривалого часу. Без сумніву, в основі традицій лежать звичаї, проте їх слід розрізняти. Звичай виражає горизонтальний, одномоментний зріз культури, а традиція відображає вертикальну вісь часу, те, що існувало в минулому, існує в теперішньому і очевидно існуватиме в майбутньому. Традиції – це механізм відтворення, процес передачі (трансляції) від покоління до покоління культурних норм і форм (мови, цінностей тощо)[2].

Як зазначав Г. Шершеневич, «помітне місце серед соціальних норм займають норми права, які відрізняються тим, що дотримання їх забезпечується державою»[3]. Як зазначають В. Марчук та Л. Ніколаєва[4], необхідність правових норм обумовлена принципом доповнюваності, а саме: необхідністю регулювати відносини, які не охоплені іншими системами соціальних норм; необхідністю встановлення правил, які не можуть бути вироблені в рамках інших соціальних норм в силу різноманітності суб'єктів відносин, що обумовлено міграцією населення. В цих умовах починають даватися ознаки відмінності за віросповіданням, за звичаями, мораллю, традиціями, правилами пристойності, за приналежністю до різних соціальних груп тощо і всі ці «природні» регулятори не

---

[1] Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / О. Э. Лейст ; под ред. В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2008. – С. 187.

[2] Калакура Я. С. Вказана праця. - С. 42.

[3] Шершеневич Г. Ф. Вказана праця. – С. 640.

[4] Марчук В. М. Нариси з теорії права : [Навчальний посібник] / В. М. Марчук, Л. В. Ніколаєва. – К. : Істина, 2004. – С. 53.

спрацьовують; необхідністю підтримання соціальних правил (вимог) заходами, які не можуть бути забезпечені іншими соціальними нормами, а лише нормами права, тобто в разі потреби – засобами державно-примусового характеру.

Таким чином, культура певного суспільства є цілісним утворенням. Внутрішня цілісність культури виявляється у вигляді стійкої визначеності сприйняття світу, оцінки явищ, переконань, вірувань, цінностей та норм поведінки.

Ярослав Мельник,
к.ю.н., докторант Інституту законодавства Верховної Ради України

ЕФЕКТИВНІСТЬ ТА БЕЗПЕКА ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ НОРМ

Цивільні процесуальні норми зумовлені юридичною природою як приватного так і публічного права, а їх процесуальний характер, повинен забезпечити ефективне врегулювання правовідносин, які виникають між судом та учасниками процесу. Відсутність належного забезпечення ефективної реалізації норм права вказує на наявність прогалин процесуального законодавства. Адже такі обставини пояснюють виникнення колізій, ускладнень та несприятливих умов, які позначаються на нездатності процесуального законодавства забезпечити ним врегулювання цивільних процесуальних правовідносин між судом та учасниками процесу в цивільному судочинстві. Як наслідок, це й позначається не найкращим чином на правовому регулюванні та визначеності статусу суб'єкта, чіткості об'єкту чи то прав та обов'язків.

Отже, не важко помітити, що цивільні процесуальні правовідносини у такому режимі реалізації зумовлюються виникненням права на безпеку в цивільному судочинстві, оскільки вказують на потребу усунення колізій та прогалин цивільного процесуального законодавства щодо тих обставин, які призводять до порушення чи ускладнення процесу розгляду та вирішення цивільної справи, неможливості досягнути мети цивільного судочинства, які і втрати ефективності його здійснення,[1] тощо.

Аналізуючи дефеніційні особливості цивільного процесуального законодавства на предмет місця у ньому феномену «безпеки», можливо вказати на те, що ряд цивільних процесуальних норм прямо містять вказівки про процедуру та режим потреби «забезпеченності» цивільного судочинства, чи то належними умовами для реалізації прав та забезпечення їх рівності. А ряд окремих статей, вказують і на потенційні потреби в уникненні загроз при здійсненні цивільного судочинства у той чи інший спосіб (ст.ст.5, 6, 90, 92–94 ЦПК України, тощо).

[1] Мельник Я.Я. Підстави виникнення права на процесуальну безпеку в цивільному судочинстві// Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – № 1.— 2016. – С.132

Варто й предметно вказати на те, що застосування законодавцем слів «забезпечення», «забезпечує», «охорона», «сприяє», «роз'яснює», «захист», «публічний порядок», «здійснює», тощо, має доволі різний рівень правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин, процесуально-правової навантаженності та юридичної сили. Адже такі обставини вказують на конкретність потреби забезпечити захищеність та охорону процесуальних чи то матеріальних прав учасників цивільного судочинства, гарантувати статус процесуального суб'єкта, тощо. А відтак, діалектика категорій, які пов'язані із феноменом «безпека» безпосередньо *(а)*комплексно вказують на зв'язок із правом на безпеку в учасників процесу; *(б)*уособлюють їх органічну єдність із системою цивільного судочинства, ієрархічністю та послідовністю у ній процесуальних інститутів, як процесуальних норм та відображають послідовність впливу «забезпеченості» і «безпеки» на проявлення їх в порядку розгляду і вирішення цивільної справи, тощо; *(в)*стають також предметом наповнення змісту цивільної процесуальної форми, як і об'єктом правового регулювання цивільних процесуальних правовідносин, тощо.[1] В той же час, якщо сутність *«права на безпеку»* якраз і зводиться до забезпечення судом можливостей охорони прав, свобод та інтересів, а також усунення загроз, несприятливих наслідків та конфліктів під час здійснення цивільного судочинства.[2] Даний зміст притаманний й цивільним процесуальним правовідносинам безпеки за їх суттю.[3]

З огляду на це, не можливо не вказати і на те, що *норма цивільного процесуального права* є *обов'язковою підставою появи процесуальних правовідносин*, а *відсутність такої* свідчить про те, *що суд і інші суб'єкти не мають права вчиняти дії, не передбачені законом, і навпаки*[4] Однак, вважається, що *особливість цивільних процесуальних норм* полягає в тому, що рівень їхньої правової обов'язковості різний: вони можуть бути обов'язковими не для всіх суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин, а лише для якої-небудь однієї групи учасників.[5] А самі ц*ивільні процесуальні норми* залежно від їхньої спрямованості, утримування й нормативних джерел прийнято підрозділяти на *дефінітивні, регулятивні, орга-*

---

[1] Мельник Я. Дефініційні особливості нормативного закріплення феномену категорії «безпеки» в джерелах (формах) цивільного процесуального права /Я.Я.Мельник // Електронне наукове фахове видання «Юридичний науковий електронний журнал». – № 1.— 2016. – С.31./ [Електронний ресурс]. — URL: http://lsej.org.ua/1_2016/9.pdf.

[2] Мельник Я. Право на процесуальну безпеку в цивільному судочинстві [Текст] / Я.Я.Мельник // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – № 6.— 2015. – С.102.

[3] Мельник Я. Цивільні процесуальні правовідносини правової безпеки в цивільному судочинстві [Текст] /Я.Я.Мельник // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право. – № 37.— 2016. – С.24.

[4] Афанасьев С.Ф., Зайцев А.И. Гражданский процесс. (Серия учебно-методических комплексов). – М.: Норма, 2004. – С.108.

[5] Калмацкий В.С., Медведев Ю.В. Гражданское процессуальное право: Учебное пособие. - Уфа: РИО БашГУ, 2003 – С.19-20.

нізаційні й *охоронні*.[1] Тому, з огляду на це, відстежується й охоронний характер норм цивільного процесуального права, що пояснює його генетичний зв'язок із нормами, які характеризують процесуальні правовідносини безпеки та право на безпеку. Відтак, *безпека цивільної процесуальної норми зводиться до того, аби така передбачала можливість чіткі межі, чіткі права та обов'язки учасників процесу, унеможливлювала її реалізацію для зловживання правом,* тощо.

Слід також погодитись із думкою С.О.Гейц у тому, що високий рівень узагальнень, що містять у собі норми-дефініції процесуального права, є передумовою того, що у цих нормах слід визначати основні поняття, без яких процес стає неможливим як явище[2] Однак не можна погодитись із позицією цієї вченої у тому, що значна кількість понять протягом тривалого часу існування і застосування відповідних процесуальних норм стали загально прийнятими і не викликають суперечностей у розумінні їхнього змісту, а тому не потребують свого визначення у нормах-дефініціях.[3] Адже коли питання стосується потреби визначення в нормах ряду дефініцій понять, які є вкрай важливим процесуальним інструментарієм для створення умов щодо не тільки реалізації належних змагально-диспозитивних засад цивільного судочинства, але й права на безпеку, як і потребою виникнення, зміни та припинення правовідносин цього типу. *До прикладу,* ми можемо вести насамперед вести мову про інституту «відмови від визнання обставин в цивільному процесі» за ст.178 ЦПК України, де законодавець оперує термінологією «помилка». Однак, незважаючи на це, така тісно пов'язується законодавцем із рядом додаткових обставин, як ото із істотністю, яка опосередковується термінами «обман», «насильство», «погроза», «тяжкі обставини», чи то «обставинами, які виникли у результаті зловмисної домовленості її представника з другою стороною».[4] Як наслідок, такі обставини пояснюють зв'язок із ефективністю норм процесуального права, як і з їх адекватністю їх складової – санкції. Відомо, що **санкція** – *складова частина норми, яка у разі її невиконання, зазначає заходи відновлення порушеного права та покарання правопорушника*.[5] Звісно, у цивільному судочинстві, санкції як правило

---

[1] Калмацкий В.С., Медведев Ю.В. Гражданское процессуальное право: Учебное пособие. - Уфа: РИО БашГУ, 2003 – С.20.

[2] Гейц С.О. Норми кримінально-процесуального права : Автореф.дис. ... канд. юрид. наук 12.00.09/ Гейц Світлана Олександрівна. – Харків, 2008. – С.6./ [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.lib.ua-ru.net/diss/cont/350445.html

[3] Гейц С.О. Норми кримінально-процесуального права : Автореф.дис. ... канд. юрид. наук 12.00.09/ Гейц Світлана Олександрівна. – Харків, 2008. – С.6./[Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.lib.ua-ru.net/diss/cont/350445.html

[4] Мельник Я.Я. Інститут відмови від визнання обставин в цивільному процесі за ст.178 ЦПК України, як реалізація права на процесуальну безпеку [Текст] / Я. Я. Мельник // Актуальні питання державотворення в Україні: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (20 травня 2016 року) / Редкол.: д.ю.н. І. С. Гриценко (голова), к.ю.н. І. С. Сахарук (відп. ред.) та ін. – В 3-х томах. – Том 3. – К.: ВПЦ «Київський університет», 2016. – С.87

[5] Скакун О.Ф. Теорія держави і права.: Підручник / Пер. з рос. - Харків: Консум, 2006. – С.285

пов'язують із заходами процесуального примусу, оскільки генетично пов'язані із цивільною процесуальною відповідальністю. Тому, в контексті бодай наведеного прикладу за змістом ст.178 ЦПК України слід задатися питанням не тільки про необхідність визначення та деталізації процесуальної термінології законодавця, але й потреби чіткого передбачення норм, які б визначали санкції в контексті конкретних правопорушень, механізм їх застосування, тощо.

Висновки. Таким чином, із вищевикладеного можемо вказати на деякі практичні та теоретичні обставини для посилення ефективності дії цивільних процесуальних норм завдяки удосконалення позицій норм, що характеризуються безпековими елементами, а саме: слід усунути прогалини щодо відсутності чітких орієнтирів визначення процесуального порядку перевірки відмови від обставин, що були визнанні у попередньому судовому засіданні – від понятійного апарату до механізму його реалізації (ст.178 ЦПК України); слід передбачити відповідні санкції для забезпечення права на безпеку в цивільному судочинстві. А саме, це стосується насамперед розширеного, послідовного та методологічно доцільного корегування інституту заходів процесуального примусу в цивільному судочинстві; виписати понятійний апараті права на безпеку в цивільному судочинстві та його правовідносин, режиму; та зрештою, передбачити дієвий механізм звернення Верховного Суду України до Конституційного Суду України з приводу звернення судів інших інстанцій щодо колізій законодавця (ст.8 ЦПК України).

Марія Менджул,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри міжнародного приватного права, правосуддя та адвокатури ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

ПРИНЦИП РІВНОСТІ В ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН В УМОВАХ ПОРУШЕННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ЦІЛІСНОСТІ УКРАЇНИ

Дія принципів права в умовах порушення територіальної цілісності України шляхом окупації АРК і військових дій в Донецькій та Луганській областях, потребує наукового дослідження. Безумовно, предметом багатьох сучасних праць є аналіз дії принципів міжнародного права, а також наслідки їх порушення з боку РФ[1]. Водночас дія принципів при здійсненні прав та свобод

[1] Задорожній О.В. Порушення агресивною війною Російської Федерації проти України основних принципів міжнародного права: монографія / О.В. Задорожній. – Київ, 2015. - 712 с.; Макарчук В. С. Нацистська політика оволодіння Судетами (1938 р.) та кримська авантюра Путіна (2014 р.): аспекти міжнародного права та суспільної моралі / В. С. Макарчук // Україно-грецький міжнародний науковий юридичний журнал «Порівняльно-правові дослідження». – 2014. - № 1. – С. 24-44.; Донбас і Крим: ціна повернення : монографія / за заг. ред. В. П. Горбуліна, О. С. Власюка, Е. М. Лібанової, О. М. Ляшенко. – К. : НІСД, 2015. – 474 с.

громадянами України, в тому числі внутрішньо переміщеними особами, не достатньо досліджена.

Ми зупинимося на проблемі дії принципу рівності в правовому регулюванні сімейних відносин в умовах порушення територіальної цілісності України. З лютого 2014 р. до цього часу окупований РФ Крим, триває військовий конфлікт між українськими Збройними силами України з одного боку та організованими і керованими з РФ незаконними збройними формуваннями Донецької і Луганської «народних республік». Директор Національного інституту стратегічних досліджень академік НАН України В. Горбулін зауважив, що за час неоголошеної війни Україна втратила близько 20 відсотків економічного потенціалу. Виробництво промислової продукції в Донецькій і Луганській областях скоротилося, зупинившись на рівні 20–25 відсотків порівняно з 2013 роком. Постраждала транспортна інфраструктура, в тому числі аеропорти Донецька й Луганська, розрив логістичних зв'язків на 1700 кілометрах, руйнування автомобільних доріг та залізниць. Приблизні збитки сягають майже 5 мільярдів гривень.

Крім того, в Україні згідно офіційної статистики Державної міграційної служби на кінець квітня 2016 р. з тимчасово окупованої території та районів проведення АТО переселено 1 млн. 30,9 тис. осіб (639,3 тис. сімей). Проте за даними ООН близько 2,3 млн. осіб вимушено залишили свої домівки у зоні конфлікту і виїхали в інші регіони України та за кордон.[1]

Безперечно в умовах відсутності з боку української влади не тільки контролю, але і доступу до території АРК та частини Донецької та Луганської областей, виникає проблема здійснення прав громадянами України, що проживають на цих територіях, а також у осіб, які вимушено залишили окуповану територію.

Щодо принципу рівності, то він є одним з основних принципів права взагалі, і сімейного права зокрема. На це вказує ряд науковців, з позицією яких ми погоджуємося, в тому числі О.А. Явор відзначає, що високим ступенем верховенства наділені загальносімейні принципи, до яких відноситься і принцип юридичної рівності жінки та чоловіка у сімейних відносинах, шлюбі та сім'ї.[2]

Принцип рівності покладений в основу правового регулювання сімейних відносин Сімейним кодексом України (далі – СК України). Відповідно до ч. 5 ст. 7 СК України, учасник сімейних відносин не може мати привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, статі, політичних, релігійних та інших переконань, етнічного та соціального походження, матеріального стану, місця проживання, за мовними та іншими ознаками. Крім того, ч. 6 згаданої статті

---

[1] Сировий О.В., ЧураєваА.С. Засоби міжнародно-правового врегулювання збройного конфлікту на Сході України / Сировий О.В., ЧураєваА.С. // Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. - № 6. – С. 233

[2] Явор О.А. Загальні засади регулювання сімейних відносин :традиційний та сучасний підходи / О.А. Явор // Вісник Академії адвокатури України. – 2012. - № 3 (25). – С. 259.

встановлює, що жінка та чоловік мають рівні права і обов'язки у сімейних відносинах, шлюбі та сім'ї.

Після внесення змін до СК України 15 березня 2012 р., вирівняно шлюбний вік для чоловіків та жінок, який на разі становить вісімнадцять років. Принцип одношлюбності поширюється однаково як на чоловіків, так і жінок (ст. 25 СК України). Встановлюються однакові права та обов'язки для наречених (статті 30, 31, 35 СК України). Гарантується рівність в особистих немайнових правах та обов'язках чоловіка і жінки, в тому числі: права на індивідуальність, права на фізичний та духовний розвиток, права на зміну прізвища, права на розподіл обов'язків та спільне вирішення питань життя сім'ї, обов'язку турбуватися про сім'ю, права на свободу та особисту недоторканність (статті 51 - 56 СК України). Також для жінки гарантується право на материнство (ст. 49 СК України), для чоловіка – право на батьківство (ст. 50 СК України).

Принцип рівності покладено в основу правового регулювання права особистої приватної власності дружини, чоловіка (статті 57 – 59 СК України), права спільної сумісної власності подружжя (статті 60 – 73 СК України). Також однакове правове закріплення підстав набуття, порядку здійснення права на майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя та жінки і чоловіка, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі (ст. 74 СК України).

Мати, батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини, незалежно від того, чи перебували вони у шлюбі між собою. Розірвання шлюбу між батьками, проживання їх окремо від дитини не впливає на обсяг їхніх прав і не звільняє від обов'язків щодо дитини (ст. 141 СК України). Діти мають рівні права та обов'язки щодо батьків, незалежно від того, чи перебували їхні батьки у шлюбі між собою (ст. 142 СК України). Крім того, принцип рівності лежить в основі правового регулювання сімейних відносин інших членів сім'ї та родичів.

Виходячи з цього, а також з положень ст. 24 Конституції України, ст. 14 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» не може бути будь-якої дискримінації при здійсненні сімейних прав громадянами України, які проживають на окупованій території, внутрішньо переміщеними особами (далі – ВПО) та іншими громадяни України, що постійно проживають в Україні.

Для гарантування прав громадян на окупованій території 15 квітня 2014 р. був прийнятий Закон України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України». Водночас, даний закон не містить окремої норми, яка б регулювала особливості здійснення сімейних прав осіб, що проживають на окупованій території.

Гарантії прав, свобод та законних інтересів осіб, які переселилися з тимчасово окупованої території України, з місць збройних конфліктів та які перебувають на території України на законних підставах, визначаються Законом України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб». В

ньому, на відміну від Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», в статті 9 гарантується ВПО: право на єдність родини; сприяння органами державної виконавчої влади, органами місцевого самоврядування та суб'єктами приватного права у пошуку та возз'єднанні членів сімей, які втратили зв'язок внаслідок внутрішнього переміщення; право на інформацію про долю та місцезнаходження зниклих членів сім'ї та близьких родичів; проведення державної реєстрації актів цивільного стану, внесення змін до актових записів цивільного стану, їх поновлення та анулювання за місцем перебування.

Місія з оцінки стану справ із дотриманням прав людини в Криму[1] за результатами моніторингу в 2015 р., встановила, що велика кількість сімей мала проблеми із отриманням українських свідоцтв про народження для своїх новонароджених дітей, щоб останні могли отримати громадянство України.[2] Очевидно, що проблема виникає з державною реєстрацією актів цивільного стану як у ВПО, так і у громадян, які проживають на тимчасово окупованій території України. Це підтверджується і судовою практикою, зокрема рішенням Охтирського міськрайонного суду Сумської області від 18 травня 2016 року про встановлення факту народження у м. Євпаторія АРК[3], рішенням Заводського районного суду м. Запоріжжя від 1 серпня 2016 р. про встановлення факту смерті на тимчасово окупованій території України[4] та ін.

Саме тому, з метою забезпечення принципу рівності та для спрощення процедури державної реєстрації актів цивільного стану громадянами України, що проживають на окупованій території, на нашу думку, необхідно статтю 7 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» доповнити новою частиною: «Громадяни України, які проживають на тимчасово окупованій території України, мають право зареєструвати акти цивільного стану у будь-якому відділі державної реєстрації актів цивільного стану України за їх вибором».

---

[1] На запрошення уряду України Бюро демократичних інститутів та прав людини ОБСЄ та Верховний Комісар ОБСЄ у справах національних меншин спільно провели місію оцінювання ситуації з дотриманням прав людини у Криму(HRAM), що тривала з 6 по 18 липня 2015р.

[2] Звіт Місії з оцінки стану справ із дотриманням прав людини в Криму (6-18 липня 2015 року). / [Електронний ресурс]. – режим доступу: http://www.osce.org/uk/odihr/180606?download=true. – 2015. – С. 28.

[3] Рішення Охтирського міськрайонного суду Сумської області від 18 травня 2016 року у справі № 583/1586/16-ц / [Електронний ресурс]. – режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57751804

[4] Рішення Заводського районного суду м. Запоріжжя від 1 серпня 2016 р. у справі № 332/2537/16-ц / [Електронний ресурс]. – режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59343642

Ірина Михайлова,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри трудового,
земельного та господарського права
Хмельницького університету управління та права

ДИСКРИМІНАЦІЙНА ПОЛІТИКА В СФЕРІ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В ПЕРІОД СТАНОВЛЕННЯ РАДЯНСЬКОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ*

Розвиток пенсійного забезпечення в Україні в період становлення радянської влади ознаменувався формуванням абсолютно нової пенсійної системи, спрямованої на захист та підтримку усіх без винятку працюючих, військовослужбовців та збіднілого селянства, адже основною метою тогочасної влади повинні були стати заходи щодо належного сприйняття суспільством їхньої державної політики. Як стверджував В. Г. Шарпатий, сам факт проголошення державою пенсійного забезпечення населення виконував дві важливі функції: стабілізації суспільного миру і формування у свідомості широких мас лояльного ставлення до радянської політичної системи влади[1].

Однак, політика радянської влади була далека від досконалості, відтак це негативно впливало на соціальне забезпечення суспільства загалом, і на пенсійне забезпечення, зокрема. Так, урядом УСРР, майже протягом двох років з моменту створення радянської держави, не було вжито будь-яких мір щодо врегулювання питань в сфері пенсійного забезпечення. На відміну від УСРР в РСФРР вже були перші спроби передбачити на нормативному, загальнодержавному рівні пенсійне забезпечення різних соціальних верств населення залежно від класової приналежності. Так, 31 жовтня 1918 року на території РСФРР було прийнято Положення про соціальне забезпечення працюючих[2]. Одним із визначених в положенні видів соціального забезпечення були пенсії внаслідок постійної втрати працездатності через каліцтво, хворобу та старість[3], тобто інвалідність і старість не розглядались як самостійні ризики. Таким чином, пенсії по старості та по інвалідності були об'єднані у єдину групу пенсій «у разі постійної втрати працездатності». Пенсії по втраті годувальника взагалі не передбачались. Тим не менше, на думку Н. П. Коробенко саме це положення

[1] * Публікація містить результати досліджень, проведених при грантовій підтримці Держаного фонду фундаментальних досліджень за конкурсним проектом "Правове регулювання пенсійного забезпечення в Україні та Республіці Білорусь: становлення, сучасний стан, перспективи розвитку і взаємодії" № 22742

[1] Шарпатий В.Г. Соціальне забезпечення в УРСР (20-30-ті роки) / В.Г. Шарпатий – К.: Ніка-Центр, 2006. – С.219

[2] О социальном обеспечении трудящихся: Декрет Совнаркома от 31.10.1918 г. // СУ РСФСР. – 1918. – № 89. – Ст. 906

[3] Мельничук О.А. Соціальне страхування в радянській Україні (20-30-ті рр. XX ст.) / О.А. Мельничук – Вінниця: «Едельвейс і К», 2009. – С.296

заклало основу більш системного правового регулювання відносин у сфері пенсійного забезпечення та стало першим радянським кодифікованим актом у галузі соціального забезпечення[1].

Першими офіційними документами, які були прийняті на території тодішньої УСРР в сфері пенсійного забезпечення були Декрет РНК УСРР «Про передання пенсійних відділень у підпорядкування Народного Комісаріату Соціального Забезпечення» від 28 лютого 1919 р. та Декрет РНК УСРР від 16 квітня 1919 р. «Про врегулювання пенсійної справи»[2]. Саме в змісті останнього передбачались три види пенсій: для інвалідів, вдів та сиріт. Старість, як вбачається за прикладом вище згадуваного положення РСФРР «Про соціальне забезпечення працюючих», також не визнавалась окремою підставою пенсійного забезпечення, а була однією із причин отримання «інвалідної пенсії». Варто зауважити, що в подальшому зміст нормативно-правових актів стосовно пенсійного забезпечення суттєво не відрізнявся від актів прийнятих в РСРФР, що перш за все, було пов'язано з підпорядкуванням України радянській Росії.

Проголосивши рівне право усіх на пенсійне забезпечення, радянською владою було виділено окремі категорії населення, які позбавлялись права на пенсію. Важливим підтвердженням цього факту є прийняття першої Конституції УСРР. Саме Конституція УСРР 1919 р.[3], сповідуючи класовий підхід у визначенні правового положення населення, відкидала принцип рівності громадян держави. У першому розділі Конституції «Загальні положення» визначалися основні завдання диктатури пролетаріату — здійснення переходу від буржуазного ладу до соціалізму шляхом проведення революційних перетворень і придушення контрреволюційних намірів з боку заможних класів. В змісті другої Конституції УСРР 1929 р.[4] в І поділі «Засади» також вказувалось, що «..ця Конституція визначає основні завдання та форми організації диктатури пролетаріату, що ставить перед собою за мету остаточно подолати буржуазію..».

З цього приводу І. В. Оклей зазначає, що у тих умовах право на пенсійне забезпечення не було загальним, його не мали колишні поміщики, фабриканти, заводчики, офіцери білої армії, працівники поліції, вищі чиновники, позбавлені виборчих прав та ін. Тим, хто займав керівні посади за царського

---

[1] Коробенко Н. П. Пенсійне забезпечення по інвалідності в солідарній пенсійній системі України: дис. канд. юрид. наук: 12.00.05 / Коробенко Наталя Петрівна. – К., 2010. – С.17

[2] Про врегулювання пенсійної справи: Декрет РНК УСРР від 16 квітня 1919 р. // СУ УССР. – 1919. – № 37. – Ст. 453

[3] Конституция УССР от 10 марта 1919 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://xn--p1abag.xn--p1ai/konstitutsiya-ussr/3-konstitutsiya-ukrainskoj-ssr-1919-goda.html

[4] Конституція УСРР від 15 травня 1929 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://static.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1929.html

або білого уряду, але не був позбавлений виборчих прав, служба на цих посадах не зараховувалась до стажу для призначення пенсії[1].

Так, на початку 30-х років була видана низка підзаконних актів, що позбавляли права на пенсійне забезпечення осіб, які до революції володіли засобами виробництва, поміщиків, вищих чиновників і т.д. Ці дискримінаційні заходи пояснювались «загостренням класової боротьби», опором політиці колективізації, саботажем на промислових підприємствах та іншими проявами невдоволення радянською владою з боку «залишків експлуататорських класів». Зокрема, згідно з «Інструкцією» НКЗС УСРР від 17 липня 1931 р. право на пенсійне забезпечення не мали: позбавлені виборчих прав, «вичищені» внаслідок партчисток із забороною займати керівні посади в державних установах, засуджені вироком суду[2].

Окрім того, радянська влада заперечувала релігію та вела атеїстичну політику. Більшовики вважали, що релігія несумісна з марксистською політико-правовою ідеологією, тому всіма можливими способами намагались її викорінити. Одним із таких способів, було позбавлення пенсійного забезпечення церковнослужителів, теологів, службовців духовних відомств, отож матеріальне забезпечення цих осіб залежало лише від пожертв мирян.

Таким чином, пенсійне забезпечення на той час не мало загального, всеохоплюючого характеру. І, дійсно, державне соціальне забезпечення у формі пенсій поширювалось лише на загальну чисельність соціально знедолених людей і тієї категорії, яка внаслідок медичної експертизи та висновків соціальних служб здобула відповідний статус: інваліди імперіалістичної та громадянської війни, сім'ї полеглих військовослужбовців, червоноармійців, родини курсантів радпартшкіл, інваліди праці, дефективні елементи (сліпі, глухі), особи, що мали заслуги перед республікою, жертви контрреволюції і бандитизму, стихійного лиха[3].

Отож, радянська держава того часу надавала пенсії невластиву їй функцію, а саме функцію покарання, каральну за попередню діяльність або за переконання[4]. У зв'язку з веденням такої дискримінаційної політики, можливості отримати пенсію позбавлялась величезна кількість осіб, які на думку представників радянської влади, відносились до привілейованих верст суспільства та перешкоджали будувати соціалізм (комунізм) в державі.

---

[1] Оклей І. В. Правове регулювання пенсійного забезпечення та надання соціальних послуг в системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування: дис. канд. юрид. наук: 12.00.05 / Оклей Ілляна Вікорівна. – Х., 2008. – С.21

[2] Шарпатий В.Г. Соціальне забезпечення в УРСР (20-30-ті роки) / В.Г. Шарпатий – К.: Ніка-Центр, 2006. – С.172

[3] Шарпатий В.Г. Соціальне забезпечення в УРСР (20-30-ті роки) / В.Г. Шарпатий – К.: Ніка-Центр, 2006. – С.154

[4] Шумило М.М. Правове регулювання пенсійного забезпечення державних службовців. монографія / М.М. Шумило. – К. : Ніка-Центр, 2010. – С.52

Мирослава Муляр,
здобувач кафедри цивільного і трудового права
Київського університету права НАН України

ОЦІНКА КРЕДИТОСРОМОЖОСТІ ПОЗИЧАЛЬНИКА ЯК ПЕРЕДУМОВА УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ СПОЖИВЧОГО КРЕДИТУ: ПРОБЛЕМИ ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Проблема ефективності правового регулювання не є новою для української правової науки, разом з тим питання ефективності правого регулювання є дискусійним в юридичній літературі. Більшість вчених розділяють позицію, що ефективність правового регулювання оцінюється з точки зору співвідношення мети правового регулювання, завдань та отриманих результатів. Так, відповідно до функціонально –цільової концепції, ефективність правового регулювання є показником того, якою мірою виконуються поставлені перед правом цілі і завдання, наскільки правове регулювання досягає певного результату. Крім згаданої концепції існує низка інших, наприклад, причинно-функціонально-цільова концепція: під час оцінювання ефективності правової норми враховуються соціально корисний характер результату її дії. У своєму дисертаційному досліджені «Правове регулювання та шляхи підвищення його ефективності» О.М. Мельник робить висновок, що ефективність правового регулювання можна визначити як результативну характеристику його дії, яка свідчить про здатність вирішувати відповідні соціально-правові проблеми[1]. На думку І.О. Гуменюк, встановлення ефективності норми права неможливо без оцінки її соціальних наслідків.[2]

Логічно, що без чітко визначеної мети неможливо досягти певного результату. Разом з тим, навіть чітко визначена соціальна мета та завдання правового регулювання будь - яких суспільних відносин не завжди мають ефективний результат. Задля цього, як вірно визначає Т. Тарахонич, потрібні певні умови (адекватність правового регулювання різним видам інтересів; досконаліть законодавства та правозастосовчої діяльності; рівень правової культури суспільства та окремої особи, стан законності тощо)[3]. Саме досконаліть законодавства, правозастосовної практики та правової свідомості суспільства ряд науков-

---

[1] Мельник О.М. Правове регулювання та шляхи підвищення його ефективності: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень»/ Мельник Олена Миколаївна; Інститут держави і права ім.В.М.Корецького.– К., 2004.– с.18

[2] І.О. Гуменюк. Зміст поняття «ефективність» норм законодавства про соціальний захист // Актуальні проблеми держави і права – 2008 – с.80 http://www.apdp.in.ua/v39/14.pdf.

[3] Тарахонич Т.І. Ефективність правового регулювання. Наукові записки. Том 26. Юридичні науки – 2004 –с. 82 http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/soc_gum/naukma/law/2004_26/17_tarahonych_ti.pdf.

ців вважають основними критеріями ефективності норм права[1]. На думку О.О. Кульчій, основним критерієм оцінки ефективності правового регулювання є здатність системи права та її елементів виконувати покладені на них функції[2]. Проте, як справедливо зазначає О. Мельник, на сьогодні є всі підстави стверджувати, що чинниками, які негативно впливають на ефективність чинного українського законодавства, є: низька соціально-правова якість законів; неадекватність законів соціально-політичним реаліям; нездатність законодавства забезпечити узгодження суспільних інтересів.[3]

В науковій літературі західноєвропейських країн після всесвітньої фінансової кризи 2008 року розповсюдженою стала позиція, що основною метою регулювання законодавства про споживче кредитування повинно стати запобігання та недопущення надмірної заборгованості[4]. Одним із чинників надмірної заборгованості, що проявився під час фінансової кризи, була неналежна оцінка кредитоспроможності позичальника. Отже, в контексті запобігання та недопущення надмірної заборгованості важливим є встановлення ефективного правового регулювання оцінки кредитоспроможності позичальника при споживчому кредитуванні. Адже, адекватна оцінка кредитоспроможності позичальника є надійним механізмом повернення кредиту та запобіжним заходом надмірної заборгованості на майбутнє.

Слід відзначити, що протягом останніх років сфера споживчого кредитування багатьох країн зазнала реформування, що обумовлено як прийняттям Європейським парламентом 23 квітня 2008 року Директиви 2008/48/ЄС «Про кредитні договори для споживачів» та про скасування Директиви Ради Директива 87/102 ЄС (далі – Директива 2008/48ЄС)[5], так і оперативною організацією антикризових заходів більшістю країн світу.

Фінансова криза виявила ряд недоліків в регулюванні діяльності ринку споживчого кредитування, що у своїй більшості були пов'язані з безвідповідаль-

---

[1] Аракелян М.Р. Эфективность права как фактор, определяющий состояние правозащитной деятельности государства (теоретический аспект). – с. 17 – 26 http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/App/2012_44/Arakelyan.pdf.

[2] Кульчій О.О. Підвищення ефективності правового регулювання договірних відносин обов'язкового страхування відповідальності автовласників // Право і суспільство. №6 частина 3/2015.

[3] Мельник О.М. Правове регулювання та шляхи підвищення його ефективності: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень»/ Мельник Олена Миколаївна; Інститут держави і права ім.В.М.Корецького.–К., 2004.– с.20

[4] Наприклад: Irina Domurath. A Map of Responsible Lending and Responsible Borrowing in the EU and Suggestions for a Stronger Legal Framework to Prevent Over-Indebtedness of European Consumers. Chapter 10 in «Consumer Debt and Social Exclusion in Europe, editors: Hans-W. Micklitz, Irina Domurath, Ashgate – 2015.

[5] Directive 2008/48/EC of the European parliament and of the council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:133:0066:0092:EN:PDF.

ними та недобросовісними практиками кредитування. Основними інструментами політики боротьби з надмірною заборгованістю населення для країн ЄС та США стала концепція відповідального кредитуванн та споживче право[1]. Захист прав споживачів набув неабиякого значення. Положення Директиви 2008/48 ЄС було імплементовано у двадцяти державах- членах ЄС[2] шляхом ухваленння нового законодавства про споживче кредитування, а у державах, що вже мали національну правову систему регулювання відносин у сфері споживчого кредитування, було внесено відповідні зміни до вже існуючого законодавства.

Україна відповідно до Угоди про асоціацію з ЄС № 1678 від 16.09.2014, також взяла на себе зобов'язання імплементувати положення Директиви 2008/48ЄС упродовж 3 років після її підписання.

На даний момент у Верховній Раді України знаходиться підготовлений до другого читання проект Закону України «Про споживче кредитування» № 2455, метою якого задекларовано створення такого механізму споживчого кредитування, який забезпечить захист прав та законних інтересів як споживачів, так і кредитодавців у цій сфері, створить належне конкурентне середовище на фінансовому ринку, підвищить рівень довіри населення до нього, забезпечить сприятливі умови для розвитку економіки України. Поряд із цим, проект має на меті консолідувати чинні норми щодо споживчого кредиту в одному законодавчому акті та імплементувати Директиву ЄС 2008/48 про кредитні договори для споживачів[3]. В п. 26 Директиви ЄС 2008/48 дуже точно зазначено, що в цілях розширення кредитного ринку важливо, щоб кредитори не брали участь у безвідповідальному кредитуванні або не видавали кредит без попередньої оцінки кредитоспроможності, а також щоб держави - члени ЄС проводили необхідний контроль з метою попередження такої поведінки і визначали необхідні засоби покарання кредиторів в разі вчинення ними таких дій.

Відповідно до ст. 8 Директиви 2008/48 /ЄС держави члени повинні гарантувати, що перед наданням споживчого кредиту та під час дії кредитної угоди, якщо збільшується сума кредиту кредитодавець зобов'язаний здійснити оцінку кредитоспроможності позичальника. Слід відзначити, що хоча Директива 2008/48/ ЄС залишила відкритим питання щодо надання кредиту споживачу при негативній оцінці його кредитоспроможності та не встановила конкретних санкцій за надання кредиту позичальнику з негативною оцінкою кредитоспроможності, в деяких юрисдикціях країн ЄС було встановлено конкретні дієві

[1] Irina Domurath. A Map of Responsible Lending and Responsible Borrowing in the EU and Suggestions for a Stronger Legal Framework to Prevent Over-Indebtedness of European Consumers. Chapter 10 in «Consumer Debt and Social Exclusion in Europe, editors: Hans-W. Micklitz, Irina Domurath, Ashgate – 2015.

[2] Report from the commission to the European Parliament and the council on the implementation of Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers. Brussels, 14.5.2014 // http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/ccd_implementation_report_en.pdf.

[3] Пояснювальна записка до Проекту Закону «Про споживче кредитування» № 2455. http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54521

санкції щодо оцінки кредитоспроможності позичальника. Наприклад, швейцарський Федеральний закон про споживчий кредит (FLCC) ясно визначає зобов'язання щодо оцінки фінансового стану позичальника. У випадку коли кредитодавець «серйозно» порушує своє зобов'язання провести оцінку кредитоспроможності відповідно до визначених критеріїв, викладених у статті 28 FLCC, він не тільки втрачає суму кредиту, відсотки і збори, а і має повернути споживачу вже сплачені кошти (32 Стаття (1) FLCC). Подібні санкції існують в південноафриканському законодавстві і французькій юриспруденції. Перспектива втратити всі претензії по відношенню до споживачів може мати сильний стримуючий ефект, оскільки це, по суті, позбавляє договір будь-якої сили[1].

Таким чином, країни ЄС, під впливом фінансової кризи та з метою запобігання кризових явищ у майбутньому, при імплементації положень Директиви 2008/48 /ЄС в національні законодавства навіть вийшли за межі вимог Директиви та прийняли жорсткіші правила оцінки кредитоспроможності позичальника.

Частина 1 ст. 10 Проекту Закону № 2455 «Про споживче кредитування» встановлює обов'язок кредитодавця оцінити кредитоспроможність споживача на підставі достатньої інформації, отриманої від споживача та, за необхідності, на основі інформації, законно отриманої з інших джерел. У той же час, ч. 2 цієї ж статті встановлює право, а не обов'язок кредитодавця відмовити споживачу з потенційно негативною оцінкою кредитоспроможності в укладенні договору споживчого кредиту.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 10 Проекту Закону, у разі ненадання споживачем документів чи відомостей про себе та свій фінансовий стан, що вимагаються законодавством або внутрішніми документами кредитодавця, кредитодавець має право відмовити такому споживачу в укладенні договору про споживчий кредит. Таким чином, в самому змісті правової норми, викладеній в ст. 10 Проекту Закону № 2455 «Про споживче кредитування», закладена її неефективність та невідповідність основним принципам Директиви 2008/48 /ЄС.

Основною метою оцінки кредитоспроможності позичальника за договором споживчого кредиту є визначення фінансових можливостей позичальника повернути кредит. Цілком природньо, що неможливо здійснити оцінку кредитоспроможності без документів про фінансовий стан позичальника. Встановлення обов'язку кредитодавця здійснити оцінку кредитоспроможності позичальника та одночасне надання права кредитодавцю видати кредит позичальнику без здійснення оцінки кредитоспроможності у ст. 10 законопроекту 2455 демонструє відсутність логічного зв'язку між частинами статті, а отже і відсутність чіткості і визначеності у регулюванні суспільних відносин.

За таких умов, можна констатувати, що положення Проекту Закону «Про

[1] Karin Sein and Kåre Lilleholt, «Enforcement of Security Rights in Residential Immovable Property and Consumer Protection: An Assessment of Estonian and Norwegian Law», Oslo Law Review - 2014.

споживче кредитування» і не накладає відповідальності на кредитора за безвідповідальну практику кредитування.

В цьому контексті корисно звернутися до практики Суду Європейського Союзу. Так, Судом Європейського Союзу розглядалася справа Crédit Lyonnais: суд повинен був вирішити, чи відповідають французькі санкції за порушення обов'язку щодо оцінки кредитоспроможності споживача вимогам статті 8 і 23 Директиви 2008/48/ ЄС про споживчий кредит. Також суд мав визначити чи можна вважати штраф ефективною санкцією, що перешкоджає кредиторам укладати кредитний договір без ретельного вивчення фінансового становища позичальника. Хоча стаття 8 Директиви 2008/48/ ЄС, яка зобов'язує державичлени забезпечити обов'язок кредитора оцінити кредитоспроможність позичальника, залишає значну свободу дій для держав-членів щодо того, як саме це положення повинно бути реалізовано у національних законодавствах, суд Європейського союзу вирішив, що запроваджені у французькому законодавстві штрафні санкції є не сумісними з аналогічними цілями Директиви 2008/48/ ЄС.

Отже, нормативно-правова норма статті проекту Закону № 2455 щодо оцінки кредитоспроможності позичальника за договором споживчого кредиту не відповідає як меті законопроекту, так і цілям Директиви 2008/48/ ЄС. А тому не матиме дієвого впливу на регулювання суспільних відносин у сфері споживчого кредитування.

Вікторія Надьон,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права № 2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОБОВ'ЯЗКИ ПОДРУЖЖЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ПРИ УКЛАДЕНІ ПРАВОЧИНУ(ДОГОВОРУ)

У повсякденному житті подружжя укладають правочини. Укладення правочину може відбуватися одним із подружжя, або спільно подружжям. Відповідно до цього в теорії та практиці виникає багато питань не тільки з приводу укладення, але й відповідальності сторін за правочином (договором).

СК України передбачає право подружжя на розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя (ст. 65). Дружина, чоловік розпоряджаються майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя за взаємною згодою. Дане положення стосується договорів, які подружжя або один з них укладає з іншими особами щодо майна, яке належить їм на праві спільної сумісної власності. Один із подружжя, укладаючи той чи інший договір не тільки розпоряджається спільним майном подружжя, а й створює для подружжя додаткові обов'язки. При укладенні договорів одним із подружжя вважається, що він діє за згодою другого з подружжя.

Законодавець передбачив так звану презумпцію згоди одного з подружжя на укладення другим з подружжя договорів щодо відчуження спільного майна. Однак не можна не погодитися із твердженням, що встановивши таку презумпцію, законодавець не передбачив правових наслідків укладення правочинів одним з подружжя без згоди другого з подружжя, а також не встановив критеріїв, які слугували б підставою для висновку, щоб не вважати, що той з подружжя, який є учасником правочину, діяв за згодою другого з подружжя, і якими доказами має підтверджуватися відсутність такої згоди. Не знайшло це питання однозначного вирішення ні в юридичній літературі, ні в судовій практиці[1].

В правовій доктрині європейських держав правовідносини між подружжям щодо укладення одним з них (без згоди іншого) правочинів з третіми особами зазвичай визнають відносинами представництва. Так, німецька правова доктрина визнає відносини між подружжям, які виникають при укладенні одним з них договорів в межах наданих йому законодавством повноважень, які при цьому породжують права та обов'язки для іншого з подружжя (ст. 1357 ЦУ Німеччини) відносинами законного представництва[2]. У французькій правовій доктрині такі відносини спочатку розглядалися як представництво за мовчазною довіреністю (мова йшла в цьому випадку про право дружини як обмеженої в своїй дієздатності діяти від імені чоловіка). Однак, у зв'язку з внесенням змін у ст. 220 ЦК Франції, яка надає можливість самостійно укладати договори одним із подружжя, такі відносини були визнані представництвом в силу закону[3]. В ЦК Італії (ст. 180) чітко вказується про представництво одним з подружжя іншого при здійсненні звичайного управління спільним майном. Таким чином, європейське законодавство називає правочини вчинені одним із подружжя без згоди іншого з приводу спільного майна представництвом.

Цивільне законодавство України, навпаки не визначає аналогічні правовідносини представництвом. Проаналізуємо дане положення. Відповідно до ч. 1 ст. 237 ЦК України представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. СК визначає загальне правило щодо правочинів укладених одним із подружжя відносно спільного майна, а саме вважається, що він діє в інтересах сім'ї, від власного імені. Відповідно до положень ч. 2 ст. 237 ЦК не є представником особа, яка хоч і діє в чужих інтересах, але від власного імені. Також ч. 3 ст. 238 ЦК зазначає, що представник не може вчиняти правочин від імені особи, яку він представляє, у своїх інтересах. Таким

---

[1] Цивільне право України: підручник / Д. В. Боброва, А. С. Довгерт [та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – Київ: 2004. – С.456.

[2] Эннекцерус Л. Курс германського гражданского права / Л. Эннекцерус, Т. Кипп, М. Вольф; пер. с нем. И. Б. Новицкого [и др.]; под ред. Д. М. Генкина, И. Б. Новицкого. – Москва: Изд-во иностр. Лит-ры, 1950. – Т. 1. – Полутом 2. – 1950. – С. 237.

[3] Koziol H. Welser R. Grundriss des burgerlichen Recht / H. Koziol, R. Welser. – Wien: Manz, 2006. – Vol. 1. – 13 th edition. XXXVI, 408-410.

чином, укладення правочину з приводу спільного майна одним із подружжя не є представництвом.

Представництво буде мати місце, наприклад, у випадках: втрати працездатності одним із подружжя (виключно в рамках ст. 237 ЦК); за довіреністю (ст. 244 ЦК) та в інших випадках.

Відповідно до положень СК України дружина, чоловік мають право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її/його згоди, якщо договір виходить за межі дрібного побутового. Вперше сімейне законодавство закріплює поняття дрібного побутового правочину, але не дає його визначення. Застосовуючи ст. 31 ЦК України можна зазначити, що дрібним побутовим правочином, який укладається одним із подружжя, є правочин, якщо він задовольняє побутові потреби подружжя та стосується предмета, який має невисоку вартість. Визначати вимір щодо відповідності правочину фізичному, духовному чи соціальному розвитку одного із подружжя немає потреби, бо мова йде про повністю дієздатну особу[1].

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. На питання, яке саме майно слід відносити до цінного, ні СК, ні ЦК України не дають чіткої відповіді та не містять визначення критеріїв цінності майна. На думку А. Єрух, члена Комісії з аналізу, методології та прогнозування нотаріальної практики Української нотаріальної палати, нотаріус змушений самостійно орієнтуватися у ситуації, беручи до уваги не лише реальну вартість майна, але, мабуть, і матеріальний стан сім'ї, подружжя, якому таке майно належить[2]. З цього положення слідує, що не тільки нотаріуси повинні, таким чином, розуміти термін «цінне майно», а й суди при розгляді даного питання.

Із змісту ст. 65 СК слідує, що подружжя може укладати правочини щодо майна, яке не є цінним. Згода іншого з подружжя на укладення таких правочинів може вислювлюватися в усній формі. Разом із тим, дружина та чоловік мають право на звернення до суду з позовом про визнання такого правочину недійсним, якщо його було укладено без її (його) згоди (ч. 2 ст. 65 СК). Незрозумілим залишається питання, які конкретно правочини можна віднести до цієї категорії. І. В. Жилінкова зазначала, що проблема пов'язана з відсутністю законодавчого визначення поняття «цінне майно». Внаслідок цього різниця між правочинами з цінним майном, або з таким, яке до цієї категорії не належить, має невизначений характер. Головне полягає у тому, що практично будь-який

---

[1] Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. І. В. Жилінкової. – Харків: Ксилон, 2008. – С. 227.

[2] Єрух А. Окремі потання щодо укладення правочинів із спільним майном подружжя / А. Єрух // Нотаріат, 2004. - № 12. – С. 8.

правочин може бути оскаржений другим з подружжя в суді на тій підставі, що його було вчинено без його усної згоди[1].

Протягом подружнього життя дружина та чоловік можуть брати участь не лише у речових, а й у зобов'язальних правовідносинах. Найбільше практичне значення в цьому аспекті мають правовідносини, що виникають з договору позики або кредиту. Нерідко такі договори укладає особа, яка перебуває у шлюбі, тому логічно виникає питання щодо розповсюдження зобов'язання на другого з подружжя.

Той з подружжя, хто не брав безпосередньо участі в укладенні договору, стає зобов'язаною стороною (боржником), якщо: а) договір було укладено другим із подружжя в інтересах сім'ї; б) майно, одержане за договором, використане в інтересах сім'ї.

Поєднання вказаних підстав надає можливості розглядати другого з подружжя як зобов'язану особу, незважаючи на те, що така особа не брала особисто участі в укладенні договору. З цього випливає, що закон при вирішенні цього питання закріплює не суб'єктивний, а об'єктивний підхід, оскільки не пов'язує виникнення обов'язку другого з подружжя з фактом надання ним згоди на укладення правочину. Навіть якщо другий з подружжя не знав про укладення договору він вважатиметься зобов'язаною особою, якщо об'єктивно цей договір було укладено в інтересах сім'ї та одержане майно було використано в інтересах сім'ї.

Виникає питання: «А якщо одержане майно за кредитним договором було використане в особистих інтересах одного із подружжя (не в інтересах сім'ї)? Яку відповідальність несе другий з подружжя?».

На наш погляд, другий з подружжя (який не приймав участі при укладені правочину) повинен бути звільнений від відповідальності на тій підставі, що майно, отримане одним із подружжя було використано для особистих цілей, а не в інтересах сім'ї. Відповідальність другого з подружжя мала б місце у випадку, коли б банк або інша фінансова установа з якої один із подружжя вступає у кредитні правовідносини проінформував другого з подружжя про намір одного із подружжя укласти кредитний договір та зобов'язав того з подружжя, який не виступає стороною правочину надати письмову згоду, на вчинення другим з подружжя зазначених дій. Тим самим той з подружжя, який не виступає стороною у правочині письмовою згодою приймає на себе відповідальність за солідарне виконання зобов'язання шляхом наданої згоди. Згода другого з подружжя обов'язково повинна бути, тому що виконання обов'язку, а саме повернення грошових коштів буде відбуватися зі спільного майна.

Таким чином, для того щоб обов'язки виникали у обох із подружжя при укладені правочину одним з подружжя, обов'язково повинна бути згода (усна/письмова) другого з подружжя.

---

[1] Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. І. В. Жилінкової. – Харків: Ксилон, 2008. – С. 226.

Денис Наумов,
аспірант кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ У СФЕРІ ПРАЦІ НА ТЕРИТОРІАЛЬНОМУ РІВНІ

Соціальний діалог є одним із базових принципів функціонування сучасного демократичного суспільства, важливим інструментом реалізації соціальної політики держави, засобом попередження та розв'язання соціальних конфліктів.

Під час реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, особливо актуального значення набуває ведення соціального діалогу на територіальному рівні.

Законодавство України про соціальний діалог у сфері праці базується на Конституції України і складається із законів України «Про соціальний діалог в Україні», «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності», «Про колективні договори і угоди», «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» та інших нормативно-правових актів.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про соціальний діалог в Україні», соціальний діалог являє собою процес визначення та зближення позицій, досягнення спільних домовленостей та прийняття узгоджених рішень сторонами соціального діалогу, які представляють інтереси працівників, роботодавців та органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування, з питань формування та реалізації державної соціальної та економічної політики, регулювання трудових, соціальних, економічних відносин[1].

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про соціальний діалог в Україні», соціальний діалог здійснюється на національному, галузевому, територіальному та локальному (підприємство, установа, організація) рівнях на тристоронній або двосторонній основі.

Чітке визначення територіального рівня соціального діалогу у законодавстві відсутнє. І якщо визначення національного та локального рівнів не потребують додаткового законодавчого тлумачення, то відсутність вірного визначення територіального рівня на даний час перешкоджає якісному веденню соціального діалогу.

Істотним недоліком Закону України «Про соціальний діалог в Україні» можна вважати визначення рівнів соціального діалогу у сфері праці через статус суб'єктів, які діють на відповідному рівні. В свою чергу, дослідження приписів

[1] Про соціальний діалог в України: Закон України від 23 грудня 2010 року № 2862-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – №28. – Ст. 225.

ст. 11 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»[1] та ст. 17 Закону України «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності»[2] у співвідношенні з положеннями ст. 4 Закону України «Про соціальний діалог в Україні», дає підстави для висновку, що територіальний рівень соціального діалогу має бути окреслений межами певної адміністративно-територіальної одиниці, тобто області, району, міста, районів в містах, селища або села, та межами Автономної Республіки Крим.

Аналогічний висновок випливає також з приписів інших нормативно-правових актів, зокрема тих, якими регулюється порядок здійснення окремих організаційно-правових форм соціального діалогу у сфері праці. Так, Законом України «Про колективні договори і угоди» визначено, що на територіальному рівні укладаються територіальні угоди[3]. В той самий час, відповідно до ч. 11 ст. 9 даного Закону та Порядку повідомної реєстрації галузевих (міжгалузевих) і територіальних угод, колективних договорів[4], галузеві (міжгалузеві) і територіальні (обласні та республіканська) угоди підлягають повідомній реєстрації Мінсоцполітики, а колективні договори і територіальні угоди іншого рівня - районними, районними у м. Києві та Севастополі держадміністраціями, виконавчими комітетами сільських, селищних та міських рад. Тобто, зазначені нормативно-правові акти оперують поняттям «територіальні угоди іншого рівня» (так як де-факто в Україні непоодинокі випадки укладення угод на рівні міст та районів), що підтверджує висновок про те, що в якості територіального рівня соціального діалогу можливо розглядати не тільки колективні трудові відносини в межах області чи Автономної Республіки Крим, а й в межах інших адміністративно-територіальних одиниць.

Одним із проблемних аспектів регулювання відносин соціального діалогу у сфері праці на територіальному рівні, на нашу думку, є положення Закону України «Про соціальний діалог в Україні», які стосуються створення та діяльності органів соціального діалогу. Дослідження положень ст. 17 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» дає підстави зробити висновок, що при встановленні порядку створення територіальних тристоронніх соціально-економічних рад законодавець обмежує територіальний рівень виключно Автономною Республікою Крим, областями, містами Києвом та Севастополем.

Після набрання чинності вищевказаним Законом, замість активізації ро-

---

[1] Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності: Закон України від 15 вересня 1999 року № 1045-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 45. – Ст.397.

[2] Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності: Закон України від 22 червня 2012 року № 5026-VI // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 22. – Ст.216.

[3] Про колективні договори і угоди: Закон України від 01 липня 1993 року № 3356-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 36. – Ст.361.

[4] Про порядок повідомної реєстрації галузевих (міжгалузевих) і територіальних угод, колективних договорів: Постанова Кабінету Міністрів України від 13 лютого 2013 р. № 115 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 16. – Ст. 554.

боти із ведення соціального діалогу на місцях, у ряді міст, обласних центрів та на районному рівні навпаки були ліквідовані (визнані такими, що втратили чинність розпорядження голів районних державних адміністрацій та міських голів) такі органи соціального діалогу як територіальні тристоронні соціально-економічні ради.

Необхідно зазначити, що положення ст. 17 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» не узгоджуються з приписами ч. 3 ст. 6 Закону. Так, згідно положеннями зазначеної статті Закону, на територіальному рівні для участі у колективних переговорах з укладення територіальних угод та для делегування представників до органів соціального діалогу репрезентативними є професійні спілки та їх об'єднання і організації роботодавців та їх об'єднання, які: легалізовані (зареєстровані) відповідно до закону; є обласними, місцевими профспілками, їх організаціями та об'єднаннями, створеними за територіальною ознакою, членами яких є не менше двох відсотків зайнятого населення у відповідній адміністративно-територіальній одиниці; є організаціями роботодавців, їх об'єднаннями, що діють на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці, на підприємствах членів яких працюють не менше п'яти відсотків зайнятого населення у відповідній адміністративно-територіальній одиниці.

Таким чином, відповідно до ч. 3 ст. 6 Закону України «Про соціальний діалог в України», правом делегувати представників до органів соціального діалогу на територіальному рівні наділені місцеві професійні спілки та організації роботодавців відповідної адміністративно-територіальної одиниці. В свою чергу, ст. 17 Закону України «Про соціальний діалог в Україні», незважаючи на те, що обмежує перелік органів соціального діалогу на територіальному рівні лише тристоронніми соціально-економічними радами областей, Автономної Республіки Крим, міст Києва та Севастополя, заборону на делегування до даних органів представників місцевих представницьких організацій сторін соціального діалогу не визначає. Таким чином, відповідно до положень ст. ст. 6 та 17 Закону України «Про соціальний діалог в Україні», цілком правомірною буде ситуація подвійного делегування організаціями різних рівнів (наприклад, місцевої та обласної) однієї профспілки членів до територіальної тристоронньої соціально-економічної ради, що є, на нашу думку, неприпустимим.

Крім того зазначимо, що встановлені ст. 17 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» обмеження щодо створення інших територіальних органів соціального діалогу, окрім тристоронніх соціально-економічними радами областей, Автономної Республіки Крим, міст Києва та Севастополя, суперечать практиці Міжнародної Організації Праці, відповідно до актів якої передбачена свобода вибору рівня взаємодії сторін соціального діалогу[1].

[1] Minet G. Some Aspects of Social Dialogue from an ILO Standpoint: Expert Group Meeting on Economic and Social Councils [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/ unpan031812.pdf

З огляду на все вищезазначене, з метою вдосконалення правового регулювання соціального діалогу на територіальному рівні, видається за доцільне запропонувати внести наступні зміни до Закону України «Про соціальний діалог в Україні»:

- ч. 1 ст. 4 викласти у наступній редакції: «На територіальному рівні соціальний діалог проводиться у Автономній Республіці Крим, областях, районах, містах загальнодержавного та обласного значення. У разі необхідності, при наявності репрезентативних суб'єктів, соціальний діалог може проводитись також у інших адміністративно-територіальних одиницях»;
- ч. 1 ст. 17 викласти у наступній редакції: «Для ведення соціального діалогу на територіальному рівні з рівного числа представників сторін можуть утворюватися територіальні тристоронні соціально-економічні ради (далі – територіальні ради).

Координацію організаційних заходів щодо створення територіальної ради здійснюють відповідно Рада міністрів Автономної Республіки Крим, місцеві державні адміністрації та виконавчі комітети міських рад»;

- ч. 2 ст. 17 викласти у наступній редакції: «Рішення про утворення територіальної ради та кількість її членів приймається сторонами соціального діалогу відповідного рівня та затверджується розпорядженням відповідно Ради міністрів Автономної Республіки Крим, голів місцевих державних адміністрацій та міських голів»;
- ст. 17 доповнити частиною 7, визначивши, що «Право брати участь у делегуванні представників до територіальних тристоронніх соціально-економічних рад мають репрезентативні суб'єкти соціального діалогу, статус яких відповідає адміністративно-територіальній одиниці, в межах якої діє відповідна тристороння соціально-економічна рада».

Марія Наньєва,
аспірантка кафедри трудового права та
права соціального забезпечення
Національного університету «Одеська юридична академія»

ВСТАНОВЛЕННЯ ВИМОГ ДО ПРАЦІВНИКІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Загальне правило про вимоги до працівників закріплено в частині третій ст. 22 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП), що передбачає встановлення законодавством вимог до віку, рівня освіти і стану здоров'я[1].

Термін «вимоги до працівників» є звичайним для трудового законодавства України. Він вживається в КЗпП, а про спеціальні вимоги йдеться, наприклад,

[1] Кодекс законів про працю України: Закон УРСР від 10.12.1971 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1971. – Додаток до № 50.- Ст. 375.

у ст. 40 Гірничного закону[1] (спеціальні вимоги працівників гірничих підприємств), ст.42 Закону України «Про банки і банківську діяльність»[2] (вимоги до керівників банку), ст. 17 Закону України «Про автомобільний транспорт»[3] (вимоги до персоналу автомобільного транспорту) тощо.

Законами як нормативно-правовими актами вищої юридичної сили можуть передбачатись будь-які вимоги до працівників, які приймаються на роботу. Але при цьому в законах не можуть закріплюватись такі вимоги, що суперечать ст. 24 Конституції України[4], яка забороняє надання привілеїв або встановлення обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання за мовними або іншими ознаками.

Основним актом, в якому закріплюються вимоги до працівників, є Довідник кваліфікаційних характеристик професій працівників, що віднесений до нормативно-технічних актів, які, на відміну від актів законодавства (нормативно-правових актів), у Міністерстві юстиції України не реєструються і офіційно не оприлюднюються. Втім, у Довіднику кваліфікаційних характеристик професій працівників формулюються положення, що безпосередньо визначають зміст прав та обов'язків сторін трудових правовідносин.

На думку Н.М. Лукашевої, на даний час відсутня достатня визначеність стосовно вимог до працівників, які можуть встановлюватись в нормативно-правових актах і локальних нормативних актах роботодавця. Тому необхідно до Трудового кодексу України внести такі положення, які б усунули існуючу невизначеність. Доцільно також було б встановити, що окремі випуски Довідника кваліфікаційних характеристик професій працівників підлягають реєстрації в Міністерстві юстиції та офіційній публікації[5].

Вимоги до працівників можна класифікувати за різними критеріями:

- професійні вимоги;
- вимоги до здоров'я працівників;
- інші вимоги (вимоги до фізичної підготовки, моральні вимоги, вимоги з довіри до працівників, вимога з наявності громадянства, тощо).

Н.М. Лукашева об'єднує в понятті професійних якостей такі якості працівників: 1) рівень освіти; 2) освітньо-кваліфікаційний рівень; 3) рівень квалі-

---

[1] Гірничний закон України від 06.10.1999 р., прийнятий Верховною Радою України // Офіційний вісник України. – 1999. - №43. - Ст.2125.

[2] Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 р. // Офіційний вісник України. – 2001. - №1-2. – Ст. 1.

[3] Про автомобільний транспорт: Закон України від 05.04.2001 р. // Офіційний вісник України. – 2001. - №17. – Ст. 719.

[4] Конституція України: прийнята на V сесії Верховної Ради України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. - №30. – Ст.141.

[5] Лукашева Н.М. Правове забезпечення вимог до працівників та їх юридичне значення / Н.М. Лукашева // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць, 2005. - Вип. 25. - С. 353,354.

фікації; 4) наявність нормативно передбаченої спеціальної підготовки, в тому числі з питань охорони праці та пожежної безпеки; 5) стаж або досвід роботи; 6) володіння державною мовою; 7) інші ділові та особисті якості[1].

Вимоги до здоров'я працівників встановлюються через те, що неналежний стан здоров'я веде до нездатності виконувати роботу за відповідною професією. Критерії відповідності працівника виконуваній роботі регулюються значним обсягом спеціального нормативного матеріалу.

Ціла низка законів передбачає моральні вимоги до працівників та претендентів на посади. Переважно зазначається на здатність чи спроможність працівників чи претендентів на посади виконувати свої трудові обов'язки за моральними якостями. В інших випадках вимагається наявність високих моральних якостей.

У законодавстві зустрічаються зазначення і на інші якості працівників або особливості їх правового статусу, інші особливості працівників. Такими є стать, вік, громадянство, проживання в Україні, наявність права голосу, наявність організаторських здібностей, наявність дієздатності, відсутність судимості тощо.

Встановленню вимог до працівників присвячено ст. 27 проекту Трудового кодексу України. Відповідно до частини першої зазначеної статті вимоги до працівників встановлюються законодавством із дотриманням вимог щодо недопущення дискримінації у сфері праці. Ці вимоги можуть стосуватися наявності у працівника відповідної освіти, професійної підготовки, досвіду трудової діяльності, віку тощо. Роботодавці можуть встановлювати вимоги, що не суперечать законодавству та безпосередньо пов'язані з професійною діяльністю працівника.

В інших частинах ст. 27 передбачені важливі положення щодо встановлення лише законом обов'язковості наявності громадянства України та знання державної мови як умова виконання роботи за певними посадами може встановлюватися, рекомендаційного характеру вимог до працівників, які встановлюються кваліфікаційними характеристиками, якщо законодавством не визначена їх обов'язковість, можливості встановлення законодавством вимоги щодо допуску працівників до окремих видів робіт лише за наявності документа про присвоєння відповідної кваліфікації, а також можливості встановлення законом складання присяги стосовно окремих категорій працівників.

Включення спеціальних норм про вимоги до працівників до проекту Трудового кодексу України є його перевагою порівняно з чинним КЗпП. Водночас доцільно було у ст. 27 проекту конкретизувати визначення вимог до працівників, розширивши змістовно, що входить до професійних вимог до працівників (наявність фактичних знань та вмінь, стаж і досвід роботи, освітньо-кваліфікаційний рівень, робітнича кваліфікація тощо), передбачити окремі

---

[1] Лукашева Н.М. Класифікація вимог до працівників за трудовим правом України // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Юридические науки. – Том 19 (58), № 1. – Симферополь, 2006. – С. 160.

вимоги до працівників, які можуть встановлюватися роботодавцем, якщо того потребує зайняття відповідної посади.

Роман Неколяк,
аспірант відділу проблем державного управління та адміністративного права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СВОБОДИ НАУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Свободу наукової діяльності слід розглядати з точки зору основних прав людини та соціальної функції науки і наукової політики держави.

Забезпечення реалізації права людини і громадянина на свободу наукової творчості є актуальним питанням, виходячи з потреб сучасного стану українського суспільства щодо розвитку наукового та науково-технічного потенціалу, отримання нових знань і технологій, забезпечення інноваційного розвитку держави та якісного життя людини.

Розвинуті, високотехнологічні країни створюють сприятливі умови для свободи наукової діяльності, враховуючи специфіку цієї діяльності.

Загальна декларація прав людини утверджує «1. Кожна людина має право вільно брати участь у культурному житті суспільства, втішатися мистецтвом, брати участь у науковому прогресі і користуватися його благами. 2. Кожна людина має право на захист її моральних і матеріальних інтересів, що є результатом наукових, літературних або художніх праць, автором яких вона є».[1]

Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права містить положення згідно з яким «держави, які беруть участь у цьому Пакті, зобов'язуються поважати свободу, безумовно необхідну для наукових досліджень і творчої діяльності».[2]

Стаття 54 Конституції України гарантує громадянам свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності; ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, встановленими законом.[3]

Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність» відносить ви-

---

[1] 1. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. //Офіційний вісник України. – 2008. – № 93, ст. 3103.

[2] Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16.12.1966 р. // http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_042

[3] Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України, 1996, N 30 (23.07.96), ст. 141 Офіційний вісник України, 2010, N 72/1 (01.10.2010), ст. 2598

знання свободи наукової творчості до основних принципів державного управління та регулювання у сфері наукової і науково-технічної діяльності. (стаття 46).[1]

Свобода науки включає: свободу наукової творчості і право інтелектуальної власності на результати наукової діяльності, соціальну відповідальність вченого.

Свобода наукової творчості забезпечується наданням можливості вільного вибору професії, сфери наукової діяльності та створенням сприятливих умов для розвитку. Право на свободу наукової діяльності забезпечується також визначеним соціально-правовим статусом наукового працівника.

Наукова діяльність – це інтелектуальний пошук і творчий процес, який не піддається точному обліку робочого часу, ефективність наукової діяльності не завжди вдається точно спрогнозувати та обчислити. Тому важливими є положення Закону «Про наукову і науково-технічну діяльність», що визначають порядок та умови застосування гнучкого режиму робочого часу та дистанційного режиму праці.

Крім того, науковий працівник має право прийняти вмотивоване рішення про відмову від участі в науковій (науково-технічній) діяльності, результати якої можуть порушити права самого наукового працівника або іншої людини, суспільства, завдати шкоди навколишньому природному середовищу або порушити етичні норми наукового співтовариства (п.2 частини третьої статті 6 Закону).

Це право кореспондується з соціальною відповідальністю вченого. Відповідно до частини третьої статті 5 Закону вчений під час провадження наукової, науково-технічної, науково-організаційної та науково-педагогічної діяльності зобов'язаний: не завдавати шкоди здоров'ю та життю людини, навколишньому природному середовищу; додержуватися етичних норм наукового співтовариства, неухильно дотримуватися норм права інтелектуальної власності.

Проблема соціальної відповідальності вченого набуває особливої гостроти в умовах мілітаризації науки. Враховуючи сучасне становище України та важливість, спрямованих на підтримку національної безпеки та оборони України, напрямків наукових досліджень, можна припустити, що такі наукові дослідження матимуть вплив на інноваційний розвиток. Однак, першочерговим завданням для науковців є пошук вирішення проблем, які стоять перед світовим співтовариством мирним шляхом.

Носієм конституційного права на свободу наукової творчості є як науковий працівник, так і науковий колектив.

Реалізація конституційного права людини і громадянина на свободу науко-

[1] «Про наукову і науково-технічну діяльність». Закон України. № 848-VIII від 26.11.2015. Відомості Верховної Ради України від 15.01.2016. 2016 р., № 3, стор. 5, стаття 25.

вої творчості в цілому та його складових елементів зокрема в межах наукових установ здійснюється через їхні безпосередні права.[1]

Свобода наукової діяльності включає академічну свободу, автономію та незалежність академій наук, університетів, наукових установ.

Згідно з пунктом 3 частини 1 статті 1 Закону України «Про вищу освіту» академічна свобода - самостійність і незалежність учасників освітнього процесу під час провадження педагогічної, науково-педагогічної, наукової та/або інноваційної діяльності, що здійснюється на принципах свободи слова і творчості, поширення знань та інформації, проведення наукових досліджень і використання їх результатів та реалізується з урахуванням обмежень, встановлених законом.

Автономія вищого навчального закладу - самостійність, незалежність і відповідальність вищого навчального закладу у прийнятті рішень стосовно розвитку академічних свобод, організації освітнього процесу, наукових досліджень, внутрішнього управління, економічної та іншої діяльності, самостійного добору і розстановки кадрів у межах, встановлених цим Законом (пункт 1 частини 1 статті 1 Закону України «Про вищу освіту»).[2]

Як бачимо, закон визначає академічну свободу, як самостійність і незалежність учасників освітнього процесу, тобто їх свободу здійснювати свою професійну діяльність без втручання з боку вищого навчального закладу, а також свободу академічної діяльності вищого навчального закладу від втручання уряду.

Відповідно до пункту 5 частини першої статті 3 Закону України «Про вищу освіту» формування і реалізація державної політики у сфері вищої освіти забезпечуються, зокрема, шляхом: розвитку автономії вищих навчальних закладів та академічної свободи учасників освітнього процесу. Автономія вищого навчального закладу зумовлює необхідність таких самоорганізації та саморегулювання, які є відкритими до критики, служать громадському інтересові, встановленню істини стосовно викликів, що постають перед державою і суспільством, здійснюються прозоро та публічно.

Державне управління у сфері наукової діяльності повинне здійснюватись у відповідності до законодавства та не порушувати свободи наукової діяльності та самоврядності наукових установ.

Законодавчо гарантується свобода та самоврядність академій наук та наукових установ.

Стаття 17 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» проголошує, що державне управління науковою та науково-технічною діяльністю

---

[1] Шемшученко Ю.С., Мілова Т. М. Свобода наукової творчості як конституційне право людини і громадянина / Ю. Шемшученко, Т. Мілова // Вісн. НАН України. — 2008. — N 3. — С. 36-43.

[2] «Про вищу освіту». Закон України № 1556-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2014, № 37-38, ст.2004.

Національної академії наук України здійснюється згідно із законодавством, не порушуючи її самоврядності та свободи наукової творчості.[1]

Свобода наукової діяльності наукових установ забезпечується матеріально-технічною базою їх діяльності, встановленим порядком обрання керівника установи, самостійним встановленням порядку використанням коштів, правом створювати структурні підрозділи та дослідні виробництва.

Враховуючи викладене, можемо дійти висновку, що в Україні створена законодавча основа для свободи наукової діяльності. Однак забезпечення реальної свободи наукової творчості, автономії університетів та наукових установ потребує часу та достатніх фінансових ресурсів. Важливою складовою є повага до людини, яка має право на вільну наукову творчість, захист результатів свого наукового пошуку, що забезпечується належними гарантіями, в тому числі і гідною оплатою.

Свобода наукової діяльності - це гармонійний розвиток людини і основа соціально-економічного зростання держави. Створення нових знань неможливе без свободи наукової творчості. Вільні інноваційні науковці мають стати лідерами в академічному середовищі, вільні університети поєднувати якісне навчання з сучасним рівнем вільних наукових досліджень.

Анастасія Нерсесян,
аспірантка першого року навчання
НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

ШЛЯХИ ГАРМОНІЗАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА І ЗАКОНОДАВСТВА ЄС В КОНТЕКСТІ ПАТЕНТУВАННЯ ЖИВОЇ МАТЕРІЇ

Останнім часом питання гармонізації українського законодавства до законодавства ЄС в контексті підписаної Угоди про асоціацію постає все частіше і частіше. Саме тому наукове дослідження деяких актуальних галузей законодавства Євросоюзу стає більш нагальним. Однією зі сфер, де така гармонізація є вкрай необхідною, є патентування живої матерії.

Власне, перш ніж говорити про гармонізацію законодавства України до законодавства Європейського Союзу в контексті патентування живої матерії, варто зазначити, що ж саме розуміється під цим поняттям. На даний час вчені тлумачать живу матерію наступним чином: на молекулярному рівні живою матерією називаються специфічні для живих організмів класи органічних сполук (білки, жири, вуглеводи, нуклеїнові кислоти тощо), їх взаємодія між собою і з неорганічними компонентами, роль в обміні речовин та енергії в організмі, зберіганні й передачі спадкової інформації; на клітинному рівні - це клітини

[1] «Про наукову і науково-технічну діяльність». Закон України. № 848-VIII від 26.11.2015. Відомості Верховної Ради України від 15.01.2016. 2016 р., № 3, стор. 5, стаття 25.

і одноклітинні організми; тканинний рівень визначає живу матерію як тканини, що об'єднують клітини певної будови, розмірів, розташування тощо; органний рівень представлений органами організмів, в той час як організмовий рівень представлений одноклітинними і багатоклітинними організмами рослин, тварин, грибів і бактерій. Звичайно, цей перелік не є вичерпним, проте в контексті визначення, запропонованого європейськими вченими та вченими зі Сполучених Штатів (які, власне, вперше запропонували цю сентенцію) найважливішими для остаточного формування поняття живої матерії є саме ці рівні її організації.

На превеликий жаль, у законодавстві України з питань патентування живої матерії є чимало прогалин. Тому досвід Європейського Союзу буде надзвичайно корисним та дієвим. Саме через це питання інтеграції законодавчих актів зарубіжних країн до законодавства України завжди поставало настільки гостро.

Одним із основних документів, який розглядається в рамках гармонізації законодавства України до європейського є власне Угода про асоціацію України з ЄС, що була підписана у 2014 році. Цей документ спрямований на створення асоціації, поступове зближення між Україною та ЄС на основі спільних цінностей, поглиблення економічних та торговельних відносин, зокрема шляхом створення зони вільної торгівлі, посилення співробітництва у сфері юстиції, свободи і безпеки. Закріплюються основні принципи, які лежатимуть в основі асоціації, передусім забезпечення прав людини та основоположних свобод, повага до принципу верховенства права, дотримання принципів суверенітету і територіальної цілісності, непорушності кордонів і незалежності. Згідно з даною Угодою, Україна зобов'язується прийняти загальні європейські цілі та принципи, сприяти співробітництву у сфері закордонних справ та політики безпеки, юстиції, економіки та торгівлі, фінансів та врегулювання багатьох інших питань[1]. Звичайно, даний документ не містить конкретних вказівок щодо гармонізації законодавства України до європейського саме в контексті живої матерії, проте, якщо мова йде про таку гармонізацію, не згадати його неможливо.

Наступним важливим документом, що вже безпосередньо стосується питань живої матерії та потребує уваги є Директива 98/44/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 6 липня 1998 року про правову охорону біотехнологічних винаходів. У даній Директиві, звичайно, не звучить поняття «жива матерія» як таке, проте дуже чітко окреслюється в контексті слів «біотехнологія» та «генна інженерія». Документ зазначає, що дані явища відіграють важливу роль, що дедалі зростає, у широкому діапазоні галузей промисловості, та захист

[1] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторонни // Сторінка «Законодавство України» офіційного веб-сайту Верховної Ради України [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/984_011/print1451106919480510

біотехнологічних винаходів безсумнівно матиме фундаментальне значення для промислового розвитку Співтовариства. У Директиві визначається патентоспроможність біотехнологій, обсяг об'єктів, що не підлягають патентуванню (а саме процеси клонування людських істот; процеси змінювання через зародкову лінію генетичної тотожності людських істот; використання людських ембріонів з промисловою або комерційною метою; процеси змінювання генетичної тотожності тварин, які можуть завдати ним страждань без будь-якої суттєвої медичної користі для людини або тварин, а також тварин, що виникають внаслідок таких процесів), етичні аспекти патентування біотехнологій, обсяг захисту, що надається патентом, зазначається необхідність обов'язкового перехресного ліцензування, можливість депонування, доступу та повторного депонування біологічного матеріалу[1]. Завдяки імплементації положень даного документу у законодавство України з'являється можливість подальшого правового врегулювання питань патентування як біотехнологій в цілому, так і власне живої матерії, що є предметом аналізу даної статті.

Також важливим документом в галузі патентування живої матерії є Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (Конвенція про права людини та біомедицину, підписана в Ов'єдо 4 квітня 1997 року), що висвітлює етичні аспекти, що безумовно враховуються при патентуванні. У даній Конвенції йдеться про захист гідності і тотожності всіх людей та гарантії кожній особі - без дискримінації - повагу до її недоторканості та інших прав і основних свобод щодо застосування біології та медицини, визначається, що будь-яке втручання у сферу здоров'я, включаючи наукові дослідження, повинно здійснюватися згідно із відповідними професійними обов'язками та стандартами та тільки після добровільної та свідомої згоди на нього відповідної особи. Також дана Конвенція визначає коло осіб, що підлягають захисту (наприклад, особи які неспроможні дати згоду, або які страждають на психічні розлади, особи, на яких проводяться наукові дослідження, які неспроможні дати згоду на дослідження, які неспроможні дати згоду на видалення органу тощо). Але одним з найважливіших в контексті даної статті є питання щодо втручання в геном людини. У Конвенції зазначається, що втручання з метою видозміни геному людини може здійснюватися лише у профілактичних, діагностичних або лікувальних цілях, і тільки якщо воно не має на меті внести будь-яку видозміну у геном нащадків[2]. Таким чином, дана Конвенція через призму захисту прав людини щодо застосування біології та медицини окреслює

[1] Directive 98/44/Ec of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions // EUR-Lex Access to European Union law [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1998/44/oj

[2] Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (Конвенція про права людини та біомедицину, підписана в Ов'єдо 4 квітня 1997 року) // Сторінка «Законодавство України» офіційного веб-сайту Верховної Ради України [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_334/print1475208469729379

коло етичних питань, які мають бути враховані при дослідженнях живої матерії з метою подальшого її патентування.

Окрему увагу варто приділити Додатковому Протоколу до Конвенції про захист прав та гідності людини щодо застосування біології та медицини (Конвенція про права людини та біомедицину), який стосується заборони клонування людей. У ньому зазначається, що будь-яке втручання, спрямоване на створення людини, генетично ідентичної до іншої людини - живої чи мертвої, заборонено[1]. Таким чином, завдяки нормам даного Протоколу врегульовується питання щодо неможливості клонування і, відповідно, подальшого патентування результатів досліджень, що проводяться під час процесу клонування людини з метою подальшого комерційного застосування останніх.

Зрозуміло, перелік джерел європейського права, гармонізації з якими потребує національне законодавство, є значно ширшим, ніж ті, що зазначені вище. Втім, саме імплементація норм цих документів дасть Україні змогу наблизитись до європейських стандартів нормативного визначення поняття живої матерії та правового регулювання можливості її патентування.

Dr. Jarosław Niesiołowski,
Uniwersytet Gdański
Katedra Teorii i Filozofii Państwa i Prawa

O RODZAJACH EFEKTYWNOŚCI PRAWA / ПРО ВИДИ ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВА

Наукова праця зосереджена на трьох основних видах ефективності норм права в польській теорії права. Тобто бехевіористської ефективності (коли поведінка особи співпадає із нормою закону), фінальна (кінцева) ефективність (коли поведінка особи планується, її очікувані наслідки визначені законом), аксіологічна ефективність (коли поведінка особи визначена законом і співпадає із цінностями, які превалюють у суспільстві). Крім того, у роботі розкриваються наукові проблеми, пов'язані з відомими типами ефективність закону.

Zagadnienia dotyczące skuteczności działania niezależnie od dziedziny, w której ma miejsce należą do prakseologii, czyli nauki o skutecznym działaniu. Działaniem skutecznym jest takie działanie, które prowadzi do skutku zamierzonego jako cel. Działa więc skutecznie każdy, kto osiąga skutek zgodny z założonym celem[2].

[1] Додатковий протокол до Конвенції про захист прав та гідності людини щодо застосування біології та медицини (Конвенція про права людини та біомедицину), який стосується заборони клонування людей
від 12.01.98 р. // Ліга. Закон. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU98247.html

[2] Por. A. Kojder, Skuteczność prawa [w:] Socjologia prawa – Główne problemy i postacie, red. A. Kojder, Z. Cywiński Warszawa 2014, s. 434.

Kwestia efektywności prawa należy do podstawowych problemów prawoznawstwa. Nie ulega wątpliwości, iż dyscypliną naukową predysponowaną do badań w zakresie efektywności prawa jest socjologia prawa oraz psychologia społeczna, które dysponują stosownymi narzędziami metodologicznymi. Nie mniej wydaje się, iż zagadnienie to winno być przedmiotem badań również teorii prawa, która to nauka winna stworzyć podwaliny pojęciowe i terminologiczne w zakresie problematyki efektywności prawa. Również filozofia prawa ma tu swoje zadanie do spełnienia przede wszystkim w zakresie badań nad skutecznością aksjologiczną prawa. Niniejszy artykuł stanowi próbę uporządkowania podstawowych pojęć i terminologii związanej z efektywnością prawa.

Termin efektywność prawa (ang. *Effectiveness of the law,* niem. *Wirksamkeit des Rechts*) jest synonimem terminu skuteczność prawa i obu tych określeń w niniejszej pracy będę używał zamiennie. Istotę problemu można by sprowadzić do stwierdzenia, że prawo jest efektywne (skuteczne), gdy adresaci norm prawnych zachowują się zgodnie z ich treścią. Nie ulega jednak wątpliwości, iż byłoby to znaczne uproszczenie, albowiem problematyka efektywności prawa wiąże się z całym szeregiem zagadnień, które w niniejszej pracy tylko zasygnalizuję.

Na wstępie należy stwierdzić, iż o skuteczności prawa można mówić w trzech podstawowych znaczeniach. W polskiej nauce prawa niemal powszechnie wyróżnia się: skuteczność behawioralną prawa, skuteczność finalną prawa, skuteczność aksjologiczną prawa[1].

Skuteczność behawioralna polega na tym, że adresaci norm prawnych zachowują się w sposób zgodny z prawem. Często w takim przypadku pisze się, iż adresaci przestrzegają prawa w sposób świadomy, zachowując się zgodnie z jego treścią, co przeciwstawia się pojęciu realizacji prawa, kiedy to adresaci zachowują się w sposób zgodny z prawem nie mając wiedzy o treści regulacji prawnej[2]. Podstawowym problemem badawczym związanym z wyróżnioną skutecznością jest odpowiedź na pytanie, dlaczego adresaci norm prawnych zachowują się w sposób zgodny z prawem, względnie dlaczego adresaci nie zachowują się w sposób zgodny z prawem. Winno to być przedmiotem badań socjologii prawa, względnie psychologii społecznej. Nie sposób w tym miejscu omówić wszystkich czynników wpływających na fakt, iż adresaci norm zachowują się w sposób zgodny z ich treścią. Niewątpliwie warunkiem podstawowym zachowań zgodnych z prawem jest znajomość prawa i tu pojawia się cały szereg problemów badawczych. Nie ulega wątpliwości, iż obecnie adresaci norm prawnych czerpią wiedzę przede wszystkim z mediów oraz źródeł internetowych. Nadto należy wyróżnić cały szereg innych czynników mających wpływ na przestrzegania prawa, na przykład można tu wskazać materialną treść prawa, rozpowszechnione postawy wobec prawa[3], system sankcji i gratyfikacji, do których odwołuje się system prawa.

---

[1] Por. W. Lang [w:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, Teoria Państwa i Prawa, Warszawa 1979, s. 448.

[2] Por. K. Pałecki, Prawoznawstwo – Zarys wykładu, Warszawa 2003, s. 137.

[3] Najczęściej w literaturze wyróżnia się trzy podstawowe postawy wobec prawa: postawę legalistyczną wyrażającą się posłuchem wobec prawa, bo jest to prawo, postawę oportunistyczną

Skuteczność finalna prawa polega na tym, iż za pomocą prawa realizowane są pewne, założone i pożądane cele społeczne. Należy zwrócić uwagę, iż skuteczność finalna uzależniona jest od skuteczności behawioralnej, albowiem określone cele mogą być realizowane tylko w przypadku gdy adresaci zachowują się w sposób zgodny z prawem. Zagadnienie skuteczności finalnej niewątpliwie ma związek z polityką prawa. Wokół zagadnień polityki prawa znaczenia samego terminu, problematyki rozważań, stosunku do innych nauk społecznych i dyscyplin prawnych, a w reszcie wokół faktycznej przydatności, realizowania wysuwanych przez nią postulatów istnieje wciąż jeszcze wiele niejasności i nieporozumień[1]. Polityka prawa może być rozumiana jako określona dyscyplina naukowa, bardziej postulowana niż realnie istniejąca, której przedmiotem badań ma być odpowiedź na pytanie jak za pomocą prawa realizować pewne założone cele społeczne lub jako działalność praktyczna polegająca na wykorzystaniu prawa jako środka do realizacji założonych celów[2]. Nie ulega wątpliwości, iż w ramach polityki prawa można wyróżnić politykę stanowienia prawa, politykę stosowania prawa, politykę wykonywania prawa[3]. W każdej z wyróżnionych grup polityki prawa występują odrębne, specyficzne problemy. Tak na przykład w zakresie polityki stanowienia prawa istotnym będzie określenie celów, do których prawo powinno dążyć. Nie mniej ważnym jest diagnoza skutków ubocznych zarówno pozytywnych, jak i negatywnych związanych z realizacją celów[4]. Wydaje się, iż określenie celów prawa nie powinno być domeną wąskiej grupy polityków, lecz szerszego gremium społecznego, które winno dać wyraz swoim poglądom w postaci konsultacji społecznej. W zakresie stanowienia prawa istotną rolę odgrywać będzie materialna treść prawa, jak również forma prawa, które to elementy mają istotne znaczenie z punktu widzenia skuteczności prawa. Ograniczenia skuteczności prawa w dziedzinie jego stanowienia są spowodowane głównie przez trzy czynniki: nieadekwatność prawotwórczej aksjologii do społecznego poczucia sprawiedliwości, błędy techniki legislacyjnej, błędy techniki kodyfikacyjnej. Rozmijanie

wyrażającą się posłuchem wobec prawa ze względu na rachunek zysków i strat, postawę konformistyczną wyrażającą się posłuchem wobec prawa, ze względu na zachowania innych członków społeczeństwa (teoria naśladownictwa, człowiek radar). Dla współczesnych społeczeństw europejskich charakterystyczną wydaje się postawa oportunistyczna i konformistyczna. Por. J. Jabłońska-Bonca, Podstawy prawa dla ekonomistów, Warszawa 2000, s. 95.

[1] Por. M. Borucka-Arctowa, O społecznym działaniu prawa, Warszawa 1967.

[2] Por. J. Niesiołowski, Polityka prawa [w:] Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa – 100 podstawowych pojęć, red. J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 233 – 234.

[3] Por. J. Niesiołowski, O rodzajach polityki prawa, RPEiS, 1994, z.4.

[4] Tak na przykład regulacja prawna wprowadzona ostatnio w Polsce (500+) przewidująca świadczenie na każde drugie i kolejne dziecko 500,00 zł miesięcznie, niewątpliwie jak wynika z oficjalnych oświadczeń ma na celu przyrost demograficzny w Polsce. Jednak realizacja wymienionego celu wątpliwie pociąga za sobą skutki uboczne pozytywne – zwiększenie popytu na rynku wewnętrznym, jak również skutki uboczne negatywne w postaci braków na rynku pracy (kobiety rezygnują z pracy czy zwiększenie deficytu budżetowego). Innym przykładem jest regulacja prawna dotycząca ustalenia najniższego wynagrodzenia, jak również kwoty minimalnej związanej z wykonywaniem czynności na podstawie umów cywilnoprawnych ma na celu zapewnienie godziwej egzystencji znacznym grupom społecznym, jednak wywołuje też negatywne skutki uboczne w postaci wzrostu bezrobocia, czy wykonywania pracy w tak zwanej „szarej strefie".

się wartości zawartych w regulacjach prawnych z wartościami społeczne uznanymi osłabia prestiż prawa, rodzi postawy prawnego i życiowego oportunizmu i nihilizmu. Błędy techniki legislacyjnej osłabiające skuteczność oddziaływania aktów prawnych, to przede wszystkim: brak dostatecznej wiedzy o regulowanej materii, brak wyraźnie określonych celów, które chce się osiągnąć, brak analizy bliższych i dalszych skutków interwencji prawnej, redagowanie wadliwych przepisów. Błędy techniki kodyfikacyjnej to: niespójność przepisów, niewłaściwe uporządkowanie przepisów[1]. Jeśli chodzi o politykę stosowania prawa istotnym wydaje się właściwy dobór kadr stosujących prawo oraz formułowanie celów, które w zakresie tej polityki winny być realizowane. Istotnym wydaje się również poświęcenie uwagi polityce wykonywania prawa, która do chwili obecnej nie była przedmiotem szerszych badań w Polsce. Pisząc o polityce wykonywania prawa mam na myśli wykonywanie orzeczeń sądowych, decyzji administracyjnych, gdzie powstaje cały szereg problemów i prawo okazuje się nieefektywne[2].

Skuteczność aksjologiczna prawa polega na tym, że prawo wyraża lub realizuje pewne wartości uznane za ważne i cenne przez większość członków danego społeczeństwa lub duże grupy społeczne. Pojawiają się tu dwie kwestie, to jest formułowania w treści prawa określonych wartości. Ma to zwykle miejsce w postaci, tak zwanych zasad prawa. Druga kwestia to realizacja tych wartości, jak również innych wartości nie wyrażonych bezpośrednio w kategoriach prawnych, a uznanych przez daną społeczność. Brak realizacji owych wartości powoduje, że prawo może okazać się nieefektywne, a nawet prowadzić do buntu i oporu wobec prawa. Wartości, o których pisałem mogą być bardzo różne i mieć różny charakter poczynając od pewnych wartości materialnych, a kończąc na wartościach niematerialnych. Niewątpliwie we współczesnych społeczeństwach europejskich taką wartością będzie demokracja oraz zespół instytucji zabezpieczających demokrację, znajdujących swój wyraz w zasadzie państwa prawa, określającej sposób działania współczesnych państw demokratycznych[3]. Jeżeli prawo nie wyraża lub nie realizuje wartości uznanych przez większość członków danego społeczeństwa to możemy mówić o tak zwanej nieskuteczności aksjologicznej prawa.

Kończąc rozważania należy wskazać, iż skuteczność prawa osłabiają nie tylko czynniki prawne, wyżej sygnalizowane lecz również czynniki pozaprawne. Wskazać

---

[1] Por. A. Kojder, op.cit., s. 435 – 436.

[2] Typowym przykładem w Polsce braku efektywności wykonywania prawa są orzeczenia sądowe ustalające kwestie władzy rodzicielskiej i kontakty z dziećmi w przypadku orzeczenia rozwodu. Bardzo często zdarza się że małżonek, któremu przyznana została władza rodzicielska i ustalone zostały kontakty z dziećmi nie może realizować władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem na skutek utrudnień ze strony drugiego małżonka. Prawo w takich sytuacjach wielokrotnie okazuje się nieefektywne.

[3] Współcześnie w Polsce obserwujemy konflikt związany z Trybunałem Konstytucyjnym. Istotą sporu wydaje się kwestia czy przy pomocy ustaw zwykłych można zmienić regulacje konstytucyjne dotyczące istoty działania Trybunału Konstytucyjnego, będącego strażnikiem Konstytucji. Znaczące grupy społeczne wyrażają swój sprzeciw wobec regulacji ustawowych, uznając że regulacje te są sprzeczne z aksjologią wynikającą z przyjętą zasadą państwa prawa, czy zasadą trójpodziału władzy.

tu można na kulturę prawną danego społeczeństwa, która w znacznej mierze determinowana jest przez czynniki historyczne. Mały społeczny autorytet i respekt dla porządku ustrojowego instytucji państwowych i partii politycznych. Rozbieżność między społecznym poczuciem sprawiedliwości a obowiązującym prawem. Społeczne przeświadczenie, że wiele naruszeń prawa nie spotka się z żadną reakcją. Społeczne przyzwolenie dla działań antyprawnych, na przykład korupcja. Wszystkie wymienione czynniki pozaprawne niewątpliwie osłabiają efektywność prawa[1].

Należy zgodzić się z poglądem, iż kwestia mierzalności efektywności prawa w ramach danych dziedzin prawa czy poszczególnych instytucji, nawet przy wykorzystaniu współczesnych metod psychosocjologicznych jest sprawą niezmiernie trudną, ze względu chociażby na zmienność prawa, nieobiektywne statystyki czy skomplikowany charakter regulacji prawnych[2]. Badanie empiryczne skuteczności norm prawnych w znaczeniu behawioralnym powoduje szereg trudności, albowiem wymaga stwierdzenia czy wiadomość o normie prawnej dotarła do adresata, czy wiadomość ta stanowiła bodziec do określonego zachowania i czy stanowiła jedyny bodziec, albowiem prawo nie działa w próżni, a współdziała z innymi systemami normatywnymi[3].

Ганна Огнев'юк,
к.ю.н., асистент кафедри інтелектуальної власності
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЛЕГІТИМНІ ОЧІКУВАННЯ ТА ЇХ ВПЛИВ НА ВИЗНАЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ НОРМ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

З моменту проголошення незалежності перед нашою державою постало завдання створити систему правових норм, які регулюватимуть суспільні відносини на принципово інших засадах, ніж це було в радянський період. Наближення українського законодавства до європейського та прагнення відповідати міжнародним стандартам в забезпеченні прав і свобод громадян мало наслідком зосередження наукової дискусії щодо ефективності правових норм переважно в площині правотворчості. Разом з тим це є лише одним з аспектів ефективності правових норм. Підтримуючи позицію М.П. Рабіновіча, Т.І.Тарахонич зазначає, що критерієм оцінки ефективності правового регулювання є співвідношення мети та реальних результатів такого регулювання[4].

Дослідниками відзначається, що ефективність норм права розглядалась здебільшого не як самостійна проблема, а в контексті питання підвищення якості нормативних актів, розширення соціальної бази правотворчості та до-

[1] A. Kojder, op.cit., s. 436.

[2] Ibidem.

[3] W. Lang, op.cit., s. 449.

[4] Тарахонич Т.І. Ефективність правового регулювання (питання теорії)/ Т.І. Тарахонич// Часопис Київського університету права. – 2010. - №2. – С. 12.

тримання вимог законодавчої техніки[1]. Однак досягнення цілей, задля яких правова норма створювалась, пов'язане з його реалізацією. Саме в процесі реалізації правових норм стає зрозумілою їх дійсна, реальна ефективність. Вона, як зазначає Жинкін С.А., може бути вище прогнозованої під дією обставин, які законодавець не передбачав, тоді має місце випадкова ефективність. Однак частіше за все дійсна ефективність правової норми нижча від тієї, до якої прагнув правотворчий орган[2]. Тому розглядати ефективність правових норм слід з врахуванням як правотворчого так і правозастосовчого його аспектів.

Ефективність правових норм розглядають, як правило, не як самостійну категорію, а в межах дослідження окремої галузі права. Однак ефективність правових норм можна визначити і відносно міжгалузевих правових категорій, зокрема, особливого значення ефективність правових норм набуває в контексті юридичної відповідальності.

Виконуючи мету забезпечення дотримання прав і свобод людини, охорони існуючого правопорядку юридична відповідальність самим фактом свого існування слугує забезпеченню ефективності правових норм. Наявність правових норм, що визначають юридичу відповідальність, відіграє попереджувальну роль, запобігаючи вчиненню правопорушення, формуючи засади правомірної поведінки під страхом негативних наслідків від здійснення останньої. В цьому контексі важливого значення набувають легітимні очікування особи, усвідомлення нею змісту правової норми і наслідків її порушення. По відношенню до кримінально-правових норм І. Рощина зазначає, що від правильного розуміння змісту закону багато в чому залежить не тільки законність і обгрунтованість притягнення особи до кримінальної відповідальності, а і ефективність її в запобіганні злочинам[3]. Підтримуючи цю позицію слід наголосити на тому, що ефективність правових норм юридичної відповідальності слід оцінювати виходячи із поняття юридичної відповідальності. Таким чином ефективність правової норми, що передбачає юридичну відповідальність можна визначити, застосувавши обидва підходи до визначення юридичної відповідальності – у її позитивному та негативному значенні. Ефективність правової норми юридичної відповідальності в її традиційному розумінні як реакції держави на вчинення протиправного діяння слід оцінювати з позицій виконання нею компенсаційної, правовідновлювальної та каральної функцій. Натомість, якщо застосовувати більш розширений підхід до розуміння юридичної відповідальності (в її позитивному значенні), то ефективність норми юридичної відповідальності

---

[1] Пунченко С.И. Вопросы исследования социальной эффективности права и его норм/ С.И.Пунченко //Научные проблемы гуманитарных исследований. -2011. – Выпуск 10. - С. 197.

[2] Жинкин С.А. Некоторые проблемы классификации видов эффективности норм права / С.А. Жинкин // Проблемы в Российском законодательстве. – 2008. - №1. – С. 66

[3] Рощина І. Структурні елементи норм кримінального права та їх ефективність у запобіганні злочинам/ І.Рощина// Часопис Академії адвокатури України. – 2010. - №6. – С.6.

визначається по відношенню до необмеженого кола осіб, що проявляється у спонуканні їх під загрозою застосування санкцій до свідомої, правомірної та відповідальної поведінки. При цьому підході прослідковуються функції юридичної відповідальності превентивна та виховна. Наявність таких норм юридичної відповідальності заохочує, стимулює правомірну діяльність осіб, які передбачаючи наслідки своєї неправомірної поведінки, утримуються від вчинення правопорушення. Відтак застосування юридичної відповідальності в її негативному аспекті (значенні), тобто припинення правопорушення і притягнення до відповідальності правопорушника без сумніву справлятиме непрямий вплив на значно більшу кількість (неозначене коло) осіб, і ефективність правової норми юридичної відповідальності слід оцінювати з врахуванням цього показника.

Із застосуванням більш широкого підходу до розуміння юридичної відповіальності постає актуальна для України проблема – невідповідність легітимних очікувань особи від засосування правової норми юридичної відповідальності. Принцип захисту легітимних очікувань широко використовуваний у практиці Європейського Суду і є складовою принципу правової визначеності. Легітимні очікування в частині застосування юридичної відповідальності проявляються в тому, що особа виходячи із змісту правової норми, який вона тлумачить самостійно, спираючись на власні знання (як пересічного громадянина) і практику застосування цієї правової норми, справедливо розраховує на певну реакцію з боку державних органів на свої дії. Якщо такі очікування особи несправедливо порушуються і до неї застосовуються заходи, які особа не могла спаведливо передбачити, це може бути підставою для оскарження дій органу владних повноважень. Завгородня В.М. вказує на обмеження даного принципу, зазначаючи, що не можуть бути визнані легітимними і підлягати захисту очікування осіб, що діють поза межами нормальної практики, осіб, що намагаються скористатись прогалинами у правовій системі чи отримати спекулятивну вигоду[1]. Відтак визначення легітимних очікувань особи від вчинення дій, що підпадають під дію норм юридичної відповідальності слугує визначенню ефектиності такої норми. При чому мова йде не тільки про легітимні очікування однієї особи, відносно якої міри юридичної відповідальності застосовуються, а і більшого кола осіб, які формуючи свою поведінку спираються на уявлення про наслідки своїх дій сформовані на основі легітимних очікувань та власного праворозуміння.

В цьому аспекті втсановлення змісту правової норми особою, яка підпадає під її дію є важливим чинником, що впливає на ефективність правових норм юридичної відповідальності. Оскільки неправильне розуміння пересічною особою змісту правової норми формує хибне уявлення про правомірність чи неправомірність своїх дій, може слугувати фактором збільшення кількості

[1] Завгородня В.М. Принцип захисту легітимних очікувань в адміністративному праві ЄС та перспективи його впровадження в Україні / В.М.Завгородня// Правовий вісник Української академії банківської справи. – 2013. - №2 (9). - С. 28.

правопорушень через неусвідомлення особою цієї різниці. Легітимні очікування, відтак, відіграють значну роль в оцінці ефективності юридичної відповідальності.

Ольга Оропай,
аспірантка кафедри кримінально-правових дисциплін,
Факультету №2, Національної академії внутрішніх справ,
головний спеціаліст відділу судової статистики,
узагальнення судової практики та систематизації законодавства
Апеляційного суду міста Києва

ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 150 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ У ПРОТИДІЇ ЕКСПЛУАТАЦІЇ ДІТЕЙ

Кримінальний кодекс України має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам[1]. Саме тому 05 квітня 2001 року, вперше в історії українського державотворення у Кримінальному кодексі України (у ст.150) було передбачено кримінальну відповідальність за експлуатацію дітей.

З моменту прийняття даної статті минуло майже 15 років, протягом яких дана стаття зазнала змін, а також викликала певні дискусії і суперечності серед науковців.

На думку Хавронюка М.І. та Калмикова Д.О. саме відсутність ґрунтованого наукового аналізу відповідних діянь, які мали місце в реальному житті і підлягали невідкладній криміналізації, стала причиною того, що із самого початку конструкція відповідних складів злочинів мала серйозні вади[2].

Тому, в даній роботі ми спробуємо проаналізувати ефективність статті 150 КК України на основі декількох складових ефективності, а саме: мети прийняття даної норми, повноти відображення в нормі особливостей злочину сучасного періоду, застосування статті на практиці та досягнення певного результату. Однак, необхідно пам'ятати, що це лише декілька складових ефективності, адже науковцями пропонуються різні погляди щодо розуміння ефективності норми права.

В першу чергу хотілося б сказати, що питанням які стосуються експлуатації дітей присвячено дисертаційні роботи таких науковців як: І.М. Доляновської, О.В. Паньчук, Д.О. Калмикова, а також окремі праці науковців: М.Л. Бажанова,

---

[1] Кримінальний кодекс України: станом на 8 жовтня 2016 р. / Верховна Рада України. - Офіц. вид. - С. : ФОП Соколик Б.В., 2016 - 168 с.

[2] М.І. Хавронюк, Д.О. Калмиков. Деякі питання удосконалення відповідальності за злочини проти волі дитини [Електронний ресурс]. Законопроект / Блог Хавронюка М.І. - Режим доступу: http://www.zakonoproekt.org.ua/deyaki-pitannya-udoskonalennya-vidpovidaljnosti-za-zlochini-proti-voli-ditini.aspx

Т.В. Варфоломеевої, М.Й. Коржанського, В.А. Козак, В.О. Корнієнко, А.М. Орлеана, М.І. Хавронюка, та інших.

Ще у 1959 році у Декларації прав дитини, пізніше у 1989 році у Конвенції «Про права дитини», прийнятих Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй, було закріплено положення про те, що дитина внаслідок фізичної та розумової незрілості потребує спеціальної охорони й піклування.

Стаття 34 Конвенції про права дитини передбачає захист дітей від усіх форм сексуальної експлуатації та сексуальних розбещень. А у статті 36 Конвенції зазначається: «Держави-учасниці захищають дитину від усіх форм експлуатації, що завдають шкоди будь-якому аспекту добробуту дитини[1]».

Україна, як демократична правова держава не залишилась осторонь, закріпивши в ч. 2 ст. 52 Конституції України положення про те, що будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються за законом, а у ст. 43 категорично заборонено використання примусової праці дітей і праці дітей на небезпечних для їхнього здоров'я роботах. Однак це не забезпечувало належного захисту дітей від протизаконного використання праці (за даними Міжнародної організації праці). Тому, зрозумівши неспроможність існуючих правових засобів ефективно протидіяти незаконному використанню праці дітей у Кримінальному кодексі України, у 2001 році у ст. 150 уперше було передбачено кримінальну відповідальність за експлуатацію дітей, які не досягли віку, з якого дозволяється працевлаштування, шляхом використання їх праці з метою отримання прибутку.

Водночас, незважаючи на правильне рішення українських парламентаріїв щодо боротьби із суспільно небезпечним використанням праці дітей засобами кримінально-правового впливу, назвати цю боротьбу ефективною навряд чи можна[2].

Досить часто законодавство України потребує удосконалення і певних змін (не є винятком і ст. 150 КК України), які викликані певними життєвими потребами і обставинами. Однак, як показує практика законодавець досить часто вносить ці зміни поверхнево, спричиняючи цим ще більше недоліків і невідповідності. Так, наприклад назва ст. 150 не відповідає диспозиції цієї ж статті: у диспозиції вживається слово «дитини», а назва звучить у множині «дітей». Це викликано тим, що ще у 2001 році і назва, і диспозиція містили слово «дітей», проте Верховна Рада України прийнявши 5 липня 2011 року Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо злочинів проти волі, честі та гідності особи», внесла зміни в диспозицію ч. 1 ст. 150 КК України замінивши слово «дітей» словом «дитини», «забувши» при цьому про назву

---

[1] Конвенція про права дитини: схвалена резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 21 грудня 1995 року. №995_021 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_021

[2] Калмиков Д.О. Кримінальна відповідальність за експлуатацію дітей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Д.О. Калмиков. – Київ, 2011. – 20 с.

статті, що викликало в свою чергу недолік даної статті та обговорення з боку науковців.

Ще одним цікавим фактом є відсутність у національному законодавстві чіткого визначення терміна «експлуатація дітей». Як зазначає Д.О. Калмиков: порівнюючи ж зміст поняття «експлуатація дітей», уживаного в назві ст. 150 КК України, з аналогічними визначеннями цього явища, що існують у загальнотеоретичних, кримінологічних та нормативних джерелах, ми встановили, що між ними не існує відповідності[1]. Все це призвело до різного розуміння терміна «експлуатація», та до проблем під час тлумачення положень ст. 150 КК України та застосування на практиці.

Невідповідність диспозиції ч.1 ст. 150 КК України змісту експлуатації дітей також не залишилась поза увагою. Досі не вирішено питання про те, що ж є основним безпосереднім об'єктом даного злочину. Існують різні позиції науковців, які вважають, що це: особиста свобода, фізичне і психічне здоров'я дитини[2], а інші, що це: воля, честь, гідність[3], освітній рівень, трудові права дітей та інше. На мою думку, об'єктом експлуатації дітей в контексті ст. 150 КК України є трудові права дитини, що випливає зі змісту даної статті. А тому, вважаю за необхідне змінити назву статті на «Трудова експлуатація дітей».

Говорячи про повноту відображення в нормі особливостей злочину сучасного періоду, ми бачимо, що існують певні недоліки (в даній роботі наведено лише деякі), на які неодноразово вказували науковці, однак дані питання досі не вирішені.

Згідно з оцінками Міжнародної організації праці External reference, близько 218 мільйонів дітей віком від 5 до 17 років займаються працею, неприйнятною для їхнього віку. Майже дві третіх від цього числа дітей потерпають від найважчих форм експлуатації: від праці в комерційних фермерських господарствах, де їх змушують працювати понаднормово, до перебування практично в рабстві.

Нажаль, станом на сьогодні, ба навіть на 2015 рік відсутні офіційні статистичні дані щодо кількості дітей України, які потерпіли в результаті експлуатації. За даними нової доповіді МОП (у 2013 році), боротьба з дитячою працею рухається в правильному напрямі, проте за нинішніх її темпах досягнення мети зі скасування найгірших форм дитячої праці до 2016 року перебуває під загрозою. У новій доповіді Міжнародної організації праці «Оцінка прогресу в боротьбі з дитячою працею – глобальні оцінні дані та тенденції в 2000-2012 рр.» (Marking

---

[1] Калмиков Д. О. «Експлуатація дітей»: проблема уніфікації доктринального та нормативного визначення змісту / Д. О. Калмиков // Право і суспільство. – 2010. – № 1. – С. 117–124.

[2] Кримінальне право України. Особлива частина : підручник / [Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін.] ; за ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – [4-е вид., переробл. і допов.]. – К. : Право, 2010. – С. 87;

[3] Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [А. М. Бойко, Л. П. Брич, В. К. Грищук та ін.] ; за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – [7-ме вид., переробл. і допов.]. – К. : Юридична думка, 2010. – С. 366.

progress against child labour - Global estimates and trends 2000-2012), зазначається, що з 2000 року кількість працюючих дітей у світі скоротилася на третину – з 248 млн. до 168 млн. Проте, навіть таких швидких темпів зниження їхньої чисельності недостатньо для досягнення мети скасування найгірших форм дитячої праці до 2016 року, яку спільно сформулювали країни при сприянні МОП[1].

Отже, не зважаючи на певні зрушення, що спостерігається за останні роки у справі протидії різних форм експлуатації дітей в Україні, кримінальне законодавство України належним чином не захищає потерпілих та багато з питань залишаються невирішеними (недоліки ст. 150 КК України, ідентифікація потерпілих дітей та надання необхідної допомоги у їх реабілітації та реінтеграції, більш тісна співпраця між службами, а також між державами регіону та краще забезпечення виконання законів, що покликані протидіяти попиту на експлуатацію дітей).

Як зазначав Ч. Беккаріа, щоб запобігти злочинам, треба зробити так, щоб закони були ясні та прості, щоб усі сили нації були зосереджені на їх захисті й не були використані навіть частково для того, щоб їх розтоптати. Зробити, щоб вони захищали не стільки стани, скільки самих людей. Зробити, щоб вони вселяли шанобливий страх людям і люди боялись тільки їх[2].

Олег Панасюк,
к.ю.н., доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения Киевского университета имени Тараса Шевченко

ЭТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ *ТРУДО*ПРАВООБРАЗОВАНИЯ КАК УСЛОВИЕ ЕГО ЭФФЕКТИВНОСТИ[3]

1. Эффективность является одним из важных критериев научного оценивания трудового права и важнейшим средством его развития. Принято считать, что источником информации об эффективности правовых норм служит правоприменительная практика[4]. При этом соотносятся два условно самостоятельных объекта – *цель*, которую призвано достигать трудовое право и которую отражает

[1] Кількість працюючих дітей у світі скоротилася на третину [Електронний ресурс]: УНІАН. Інформаційне агентство. Зарубіжні новини. - Режим доступу: http://health.unian.ua/worldnews/835171-kilkist-pratsyuyuchih-ditey-u-sviti-skorotilasya-na-tretinu.html

[2] Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / Ч. Беккариа. — М.: БИМПА, 1995.— С. 232.

[3] Основная задача данного изложения состоит в определении некоторых этических оснований трудовых отношений для четкого отграничения предмета трудового права. Постановки подобной задачи и ее решению во многом содействовало знакомство со статьей Синайского В. И. «Пушкин о праве», напечатанной в журнале Русского юридического общества в Латвии «Закон и Суд». – 1937 – № 2. //Источник – http://seminariumhumanitatis.positiv.lv/21%20almanax/21alm%20puskin%20oprave.htm

[4] Никитинский В. И. Эффективность норм трудового права. – М.: ЮЛ, 1971. – 248 с. – С. 6.

содержание его норм, и *результат*, который действием норм трудового права достигается фактически.

Такой подход позволяет установить степень достижения цели субъектом правотворческой деятельности, т. е. определить финальную эффективность трудового права. Кроме того, оценивается так называемая «мотивационная эффективность»[1] норм трудового права, иллюстрирующая соблюдение участниками рудовых правоотношений предписаний, содержащихся в нормах.

В обоих случаях определение эффективности трудового права связано со стадией правоприменения. И до тех пор, пока вопрос о целях правового регулирования не приобретает проблемного характера этого вполне достаточно для оценки действия трудового права.

В свое время О. В. Смирнов указал на то, что юридическая сторона эффективности организации труда на предприятии определяется *правильностью* выбора правовой цели и средств, с помощью которых регулируется и поддерживается уровень организации труда[2].

Выбор цели трудоправового регулирования (в т. ч. ее правильности) предшествует правоприменительной стадии, связан со всеми сферами общественной жизни, составляет содержание этапа формирования трудового права наравне с текстуальным закреплением содержания норм.

Этот методологический этап называется *правообразованием*, под которым понимается взаимодействие объективных и субъективных факторов общественного развития, формирующее коллективное или индивидуальное правосознание, а также правотворческую волю для дальнейшей ее объективации в виде закона в широком смысле слова[3].

Пользуясь аналогией, таким же способом следует определить понятие «*трудо* – правообразование» как самостоятельной часть методологии трудового права.

2. Цель (цели) трудового права, отражая в правовой форме цель (цели) трудовых отношений[4], предопределенную (ые) условиями жизни общества, привносит в процесс формирования трудового права осознанность и преднамеренность (Бегичев Б. К.), уменьшая влияние на него случайности или стихийности.

Одной из сфер общественной жизни, которая «генерирует» цели трудового права является сфера мировоззрения и ценностных ориентаций.

В этой сфере общественной жизни формируется определенный *этос* (греч. *ἦθος* нрав, характер) отношений работника и работодателя. *Этос* составляют

---

[1] Никитинский В.И. там же. – С. 101.

[2] Смирнов О. В. Эффективность правового регулирования организации труда на предприятии. – М.: ЮЛ, 1968. – С. 26.

[3] Степанян В. В. Теоретические проблемы правообразования в соц. обществе. – Ереван, изд –во АН Армянск. ССР, 1986. – 183 с. – С. 28 – 29.

[4] Бегичев, Б. К. Цели советского трудового права// Правоведение. – 1980. – № 5. – С. 43.

те идеи (правила), которые возникают из взаимодействия участников трудовых отношений (из их совместного участия в (общественной) организации труда) и способствуют стабильности этих отношений, в т. ч. за счет придания им правовой формы.

Этос трудовых отношений изучается специальной философской дисциплиной этикой, средствами которой обеспечивается формирование цели (целей) трудового права. Совместно с другими факторами правообразования это придает целостность (идентичность), отраслевую самостоятельность трудовому праву.

Кроме того, *этос* трудовых отношений формирует конкретные правовые связи (элементарные правовые соединения прав и обязанностей), из которых, при наличии определенных условий, образовываются трудовые правоотношения.

Наличие собственного *этоса* трудовых отношений не исключает влияния на них, а, значит, на их правовое регулирование этических норм и правил, формирующих этосы других отношений, составляющих предметы регулирования других отраслей права. Тем не менее, следование *собственному этосу* трудовых отношений есть непременное условие «самосохранения» трудового права особенно на этапе активного развития, накопления вызовов трудоправовой реальности.

Поддержание собственного *этоса* трудовых отношений способствует устойчивости цели (целей) трудового права, что обеспечивает устойчивость его функций, а, значит, и его самостоятельное существование. Изменения собственного этоса, в т. ч. вследствие заимствования этических основ других отраслей права, ведут к противоположному эффекту.

3. Все изложенное выше имеет практическое отражение в современном трудовом праве.

Фактом является то обстоятельство, что под действием различных объективных и субъективных факторов степень противоречивости трудового растет.

Это проявляется в нигилистическом отношении к его целям, в т. ч. в виде пересмотра *этоса* трудовых отношений. Примером, подобной ситуации служат активные явные или скрытые попытки «переноса» гражданско – правового регулирования в сферу трудового права. Так, практически без критической оценки в трудоправовое регулирование «реинкарнировалась» фактически юридически безсодержательная конструкция *найма* как рыночной модели отношений работника и работодателя. Практически общепринятым увлечением стали «поиски» договорных начал в регулировании трудовых отношений порой в ущерб их природе и традиции их правового регулирования.

При этом воздействие на *этос* трудовых отношений, не изменившийся с момента его обособления в качестве основы (фактора) трудоправообразования, во многих случаях имеет неконтролируемый характер.

Данное обстоятельство требует акцентирования особенностей *этоса* трудовых отношений, чему в немалой мере могут способствовать некоторые научные выводы Синайского В. П.

В указанной статье Синайский В. П. указывает на четкое разграничение этических оснований у различных правовых действий. Так, на примере повести Пушкина А.С. «Гробовщик» о недобросовестном исполнителе заказа – гробовщике, Синайский В. П. делает вывод о том, что добрая совесть (Bona Fides) – внутренний мотив договорного права, «грозящий» нарушителю даже из его подсознания, неся внутреннюю санкцию договора независимо от невыгодных юридических последствий. Такое акцентирование внимания на определенном этическом обосновании содействует ее устойчивости конструкции договора, идентифицирует ее, предопределяя цель реализации мотива доброй совести в отношениях участников.

Нормы трудового права в определенной мере отражают мотив доброй совести (добросовестности) и обеспечивают его поддержание в отношениях, возникающих между работником и работодателем. Но отнести его к *этосу* трудовых отношений трудно, поскольку сам факт появления трудового права как сферы специального регулирования указывает на отсутствие у законодателя надежды на добросовестность участников. Это обстоятельство в значительной мере определяет право на вмешательство государства в отношения работника и работодателя.

В статье также определен этический мотив, который реализуется как целеполагающая составляющая *этоса* трудовых отношений, так же определен Синайским В.П. в *идеи достоинства* человека, охранение которого обеспечивает общественный порядок (благоустройство жизни) и возвышение которого есть обязанность власти (государства). Данный мотив отражается во властной природе трудовых отношений (в связи власти и подчинения), отмеченной Талем Л.С. как правообразовующий фактор.

Цель сформулированных при этом норм трудового права заключается в обеспечение личного достоинства работника, его достойного труда, достойной жизни его и членов его семьи и т.п., непосредственно отражая указанное этическое основание и создавая возможность оценки эффективность трудового права.

Martins Osis,
Mg. iur., PhD cand.
Lecturer, Faculty of Law
University of Latvia (Riga, Latvia)

SOME REMARKS ABOUT SEQUENCE IN CIVIL PROCEDURE / ДЕЯКІ ЗАУВАГИ ЩОДО ПОСЛІДОВНОСТІ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Дуже добре відоме таке призначення цивільного процесу як приведення в життя норм матеріального права і захист прав та інтересів осіб. Загалом це і є основною причиною існування цивільного процесу. Немає жодних сумнівів в тому, що ефективність закону багато в чому залежить від ефективності форм і інстру-

ментів, які використовуються для її реалізації. У даній статті йдеться про деякі зауваження з приводу послідовності в цивільному процесі як одного з критеріїв, який впливає на рівень ефективності закону як з точки зору матеріальних і процедурних аспектів. Приклади із законів і нормативних актів, для ілюстрації деяких недоліків послідовності в цивільному процесі, будуть з різних країн Східної Європи без будь-якого політичного підтексту.

The understanding of the sequence in civil procedure

Effectiveness of the law is a topic discussed in different forums from time to time.[1] Largely, it can be explained from at least two points of view. First, effectiveness of law is a handy topic to bring together experts from various fields of law. Second and most important, the lack of effectiveness, more or less, is the main reason to analyse effectiveness and quality of legal acts. Every procedure is set up to be a logical combination of various activities to achieve the intended target. The ultimate goal of a civil procedure is to resolve a dispute between individuals[2] by judgement or otherwise provided by law. Effective resolution of a dispute stands for effectiveness of law in a broader sense and effective procedural regulation as well. Thus effectiveness could be analysed form at least two closely interrelated perspectives. This article, as mentioned before, will address sequence in civil procedure only as one aspect of procedural effectiveness as a part of effectiveness of the law in broader sense. What is sequence in civil procedure? We acknowledged that civil procedure is a combination of various activities to effectively resolve disputes. The sequence in civil procedure, following previous theses, is a logical chain which arranges the combination of various activities in the most proper way. For instance, if somebody wants to wash oneself, he/she can use a shower. Undressing before bathing is the logical sequence of actions to wash oneself under a shower. A flaw of sequence refers to an error in the logical chain and usually causes some adverse consequences. This flaw could occur as an error in existing regulation or as an error by void regulation in civil procedure.

An example of error of sequence in existing regulation is the order provided for submission of counterclaims in some countries. Rights to present a counterclaim during the preliminary court hearing,[3] before starting the examination of merits[4], during

[1] For instance: The International Scientific Conference: The Quality of Legal Acts and its Importance in Contemporary Legal Space. Riga: University of Latvia, 2012. Collection of research papers available: http://www.lu.lv/fileadmin/user_upload/lu_portal/apgads/PDF/Book_LU-JF_konference-2012.pdf

[2] Uzalec A. Goals of Civil Justice and Civil procedure in the Contemporary World. Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems. Uzalec A. (ed.) Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, Springer International Publishing Switzerland 2014, p.6.

[3] Civil Procedural Code of Ukraine. See: s. 123., part 1. Available: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=187649#LinkTarget_2757 [addressed: 10.10.2016]

[4] ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОДЕКС РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА (с.172,173). доступный: http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ru/md/md094ru.pdf

examination of merits, up to the moment of the closing of examination of merits in a first instance court[1] or even later – up to the moment of the decision/judgment in a first instance court[2], clearly has some disadvantages. If those norms are applied, the legal consequences will rather differ from intended ones. Respectively, preliminary hearing, examination of merits or other stage of proceedings clearly gets overturned by a legally authorized instrument and the case is very likely to be returned to this stage of proceedings again. It should be noted that the main objective, for example, of preliminary hearing or examination of merits is different.

Error of sequence by voiding regulation obviously is demonstrated in situations when lack of norms causes some unregulated gaps in procedural order. For example, in cases where the defendant wants to amend a counterclaim. The principle of equality[3] (equality of arms as a general prohibition to put in a position of a substantial disadvantage[4]) provides that the opportunity to amend a counterclaim must be granted, but not always such rights are specially mentioned. Of course, legislators sometimes use an indication that the provisions concerning a statement of claim apply to a counterclaim, but often there is no real regulation concerning practical aspects of amending a counterclaim (e.g., timing).[5] This means that often unadvised procedural order regarding presentation of counterclaims meats another example of the lack of sequence, i.e., the lack of regulation.

In both situations these errors are and must be eliminated by using either interpretation of existing regulation or legal methods (e.g., analogy). It should be noted that not all cases of lack of sequence are errors. The derogation from sequence could be conceived by legislator as well. For instance, Estonia (s. 437), Latvia (s.188), Moldova (s. 235), Ukraine (s. 164), and Lithuania (s. 256) provide regulation for "*replay*", which is called in different terms (e.g., "*Renewal of case hearing on the merits*"; "*Return for clarification of the circumstances of the case*"; "*Rehearing of matter*", etc.), yet containing the same core idea. Specific example of intended exception of sequence occurs as a consequence of challenge of the judge (e.g., Ukraine, s. 24).

Lack of sequence in civil procedure – consequences and solutions

Some might say that the topic of sequence in civil procedure is not worth the attention. It could be accepted only *prima facia* because attentive analysis of legal

[адресованный 10.10.2016.]

[1] Civil Procedure Law of Republic of Latvia. See: s.74. p. 4, s. 136. Available: http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/Civil_Procedure_Law.pdf [addressed: 10.10.2016]

[2] Code of Civil Procedure of Republic of Belarus. (s. 253).

[3] Rubinstein W. B. The Concept of equalty in civil procedure. Stanford/Yale Junior Faculty Forum Research Paper 01-15. Available: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=281271 [addressed: 10.10.2016].

[4] The European Court of Human Rights case law. E.g. case Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands on 27 October 1993.

[5] Code of Civil Procedure of Republic of Estonia. See: 373. p.1, 376. Available: https://www.riigiteataja.ee/en/eli/513122013001/consolide [addressed: 10.10.2016].

consequences arising out of the lack of sequence shows that the effectiveness of law suffers a lot. The lack of sequence slows down civil proceedings in the first place. Sometimes this causes delay of securing rights of individuals, but sometimes – prevents from securing rights to a full extent. There is no doubt about feasibility to get to decision/judgment despite all the derogations from proper procedural order, but a single conclusion remains unchanged – sequence of civil procedure directly ensures the level of effectiveness of law. Both material and procedural law by all means.

Considering the specific legal consequences, general guidelines of delay must be clarified. First, postponement of court hearing is the most common result of the lack of sequence. By way of the counterclaim example, it is obvious that in case the defendant presents his counterclaim during a court hearing, there basically is no other solution. The same goes for a situation where the defendant announces a request to amend his counterclaim. The above follows from the general principle that rights of fair trial cannot be illusionary[1]. Claimant and other subjects are entitled to study the counterclaim and properly prepare an opinion about it. This basically means postponement of a court hearing. Second, derogation from the sequence in civil procedure oftentimes causes a need to repeat a certain stage of proceedings one more time. For instance, this is the result when a court applies norms regarding the renewal of case hearing on the merits. Presumably, the necessity of this regulation in general is justified by granting more of effectiveness in the civil procedure. However, this does not mean that the execution of the idea of "replay" by the legislator is always in good condition. Third, the lack of sequence in many cases unnecessarily complicates the proceeding. In my view, civil procedure is like a piano and the ultimate goal is to perform the composition as good as possible. Even an outstanding performer will fail to play at his best, if the piano is not well-tuned. The piano is only a tool, but not the ultimate goal/result itself. A possible solution might be scrupulous analysis and respective amendments to the regulation.

Conclusion

The sequence in civil procedure is a logical chain which arranges the combination of various activities during civil proceedings in the most proper way. A flaw of sequence means an error in logical chain and usually causes some adverse consequences. Most frequently, these come to light in the form of delay of civil procedure and protection of the rights of individuals. A flaw of sequence generally occurs due to an error in existing regulation or by voiding it at all. The showcased examples demonstrated some similarities between different countries and some transferable experience as well. There is obviously room for improvement and presumably the solution lies in a different approach to the legislation. For instance, there could be underlined the basic principles of litigation (e.g., equity, equality, autonomy, etc.).

[1] The European Court of Human Rights case law. E.g. case *Popova v. Russia* on 21 December 2006.

Наталія Пархоменко,
доктор юридичних наук, професор,
вчений секретар
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ: ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Система законодавства, як і правова система України, сформувалась протягом останніх двадцяти п'яти років на основі системи законодавства УРСР та СРСР. Сучасний стан розвитку законодавства України характеризується колізійністю норм, наданням переваги підзаконній, відомчій та локальній нормотворчості, відсутністю заходів юридичної відповідальності щодо порушення норм права органами державної влади, що сприяє розвитку корупційності. Закони часто є результатом панування принципу політичної доцільності, а не об'єктивною потребою регулювання суспільних відносин, компромісом між різними політичними силами і тому втрачають свою ефективність вже на момент прийняття.

Велика кількість правових актів, що іноді регулюють подібні суспільні відносини, переважання приватних інтересів, відомчості, колізійність, складність і декларативність текстів правових актів, робить їх незрозумілими для суб'єктів правореалізації, - усе це призвело до посилення правового нігілізму в суспільстві, зниження рівня правової культури та правової свідомості населення, недотримання режиму законності, збільшення кількості правопорушень. Кількість справ, які щорічно розглядаються судами України, кризові явища в соціально-економічній та політичній сферах, високий рівень злочинності і т. ін., свідчить про незадовільний стан чинної системи законодавства України, проблеми його реалізації та об'єктивну потребу удосконалення, в тому числі з урахуванням європейських стандартів у цій сфері.

Слід звернути увагу й на те, що в процесі правотворчої діяльності уповноважені суб'єкти правотворчості припускаються системних помилок, не повною мірою враховуючи структурні зв'язки в системі законодавства, що призводить до колізій та дублювання нормативного масиву, диспропорцій у розвитку окремих галузей законодавства.

Серед основних негативних тенденцій розвитку законодавчого процесу в Україні слід також назвати: концептуально хибну регламентацію законодавчої процедури; відсутність єдиної правової і, зокрема, законодавчої політики в Україні, перспективних програм розвитку законодавства та планів законодавчої діяльності; нераціональне регулювання та реалізація інституту законодавчої ініціативи; низький рівень регламентної дисципліни в законодавчому процесі; фактичну відсутність аналітичної роботи парламенту; відсутність координуючого та методологічного впливу на стратегію законодавчої діяльності; недотримання вимог законодавчої техніки щодо уніфікації термінології, невідповідність

назви структурної одиниці законодавчого акта її змісту, неконкретність дефініцій, дублювання законодавчого матеріалу, недотримання правил законодавчої техніки щодо скасування положень законодавчих актів, які суперечать новому закону та ін.[1]

На стан ефективності системи законодавства України також впливає не лише зміна змісту, а й зміна сутності окремих джерел права. Ідеться про нелегітимність або часткову легітимність окремих інститутів державної влади, правові акти яких також можна визнати нелегітимними. Легітимність правових актів досягається завдяки демократичному принципу «переваги більшості» (ухвалення рішень більшістю голосів). Водночас багато законів Верховна Рада України приймає з перевагою в декілька голосів.

Таким чином існує нагальна потреба поліпшення якісного стану законодавства, що, в свою чергу, потребує комплексного, довгострокового підходу до її формування та розвитку, постійного моніторингу законодавчого забезпечення, підвищення ефективності функціонування уповноважених органів державної влади, зміцнення авторитету принципів права та правової доктрини як джерел права у законотворчому процесі.

Важливе значення для розвитку і підвищення ефективності законодавства мають економічні, соціальні, політичні, правові, ідеологічні, культурні та ін. чинники. При цьому слід зазначити, що на конституційне та адміністративне законодавство більший вплив справляють політичні фактори, на цивільне - економічні, на трудові - соціальні. Сила впливу зазначених факторів може змінюватися залежно від змін у напрямах державного та суспільного розвитку. Як наслідок економічних перетворень, у державі змінюється законодавче регулювання різних сфер суспільних відносин. Економіка може розглядатися як самостійна сфера правового регулювання, що має певні межі, та один із факторів розвитку правового регулювання. Політичні фактори (політичні події і процеси, політична практика, політичні програми та ін.) також справляють вагомий вплив на розвиток законодавства.

Сьогодні, під час кризи майже у всіх сферах суспільного життя, особливої актуальності набувають соціальні фактори розвитку законодавства. Гуманізація змісту сучасного законодавства означає проведення державою людиноцентристської політики, згідно з якою людина, її життя, інтереси і потреби мають лежати в основі регулюючого впливу законодавства. При цьому трансформуються методи правового регулювання, збільшується кількість заохочувальних, стимулюючих, уповноважуючих норм, відбувається перехід від імперативного до диспозитивного регулювання в тих сферах суспільних відносин, де це можливо і доцільно. Відповідно, розвиток змісту законодавства має відбуватися у напрямі пошуку соціальних компромісів, балансу приватних і публічних інтер-

[1] Законодавчий процес і парламентська законодавча процедура в Україні (проблеми якості, рекомендації щодо вдосконалення в контексті європейської практики): Монографія / О. В. Скрипнюк, М. О. Тсплюк, О. І. Ющик. - К.: Атіка-Н, 2010. - С. 11-20.

есів, забезпечення економічної стабільності, заохочення малого та середнього бізнесу, що сприятиме підвищенню рівня зайнятості населення.

Особливу роль у розвитку та удосконаленні законодавства відіграє власне правовий фактор, що охоплює різні явища і процеси правового життя (наприклад, стан внутрішньосистемних зв'язків законодавства; дія правових принципів; правове прогнозування та правовий моніторинг; рівень досконалості законодавчої техніки; якість юридичної освіти, її спеціалізація; зміст правосвідомості та ін.)[1]. Тому перспективним напрямом є юридичне прогнозування, яке надасть можливість передбачити різні варіанти напрямів розвитку законодавства та з'ясувати можливі наслідки його реалізації, вивчити суспільну думку, визначити стан заповнення прогалини у праві, протидіяти можливим виявленням корупції.

З огляду на це, одним із заходів підвищення ефективності законодавства є планування законотворчих робіт, яке повинно охоплювати поточну законотворчу діяльність парламенту та перспективний план законопроектних робіт. При цьому окремим кроком має бути розробка плану дій, пов'язаних з реалізацією законотворчих планів та його узгодження з планами соціально-економічного розвитку. Важливим також є гармонічне поєднання планів нормотворчості окремих органів державної влади: Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Президента України.

На нашу думку, актуальним залишається розробка та затвердження Концепції розвитку системи законодавства України на найближчі роки та віддалену перспективу. Мета цієї Концепції полягає у визначенні основних чинників, що зумовлюють розвиток системи законодавства України на сучасному етапі; формулюванні пріоритетних напрямів розвитку законодавства України; сприянні створенню цілісної системи законодавства, зумовленої об'єктивними потребами соціально-економічного розвитку України; усуненні колізій, що існують у системі нормативно-правових актів України на даному етапі її розвитку; підвищенні якісного рівня змісту нормативно-правових актів України на всіх етапах його створення: від законодавчої ініціативи до реалізації; з'ясуванні основних проблем та шляхів імплементації норм міжнародного права в законодавство України та його гармонізації із законодавством Європейського Союзу.

Довготривале планування законопідготовчої діяльності дасть можливість: державним органам, що розробляють законопроект, та науковим закладам організувати у процесі законопідготовчих робіт порівняльні дослідження; забезпечити співробітництво суб'єктів правотворчості; посилити практичну орієнтацію юридичної науки, наблизити її до практики правотворчості; підвищити наукову обгрунтованість правотворчих рішень[2]. Крім того, саме завдяки роз-

---

[1] Концепции развития российского законодательства / Под ред. Т. Я. Хабриевой и Ю. А. Тихомирова. - М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2004. - С. 42-43.

[2] Селіванов В. М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти: Монографія. - К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2002. - С. 21.

робці та реалізації такого концептуального документа у законодавця виникає можливість вибору правових засобів (заборон, стимулів, заохочень та ін.), а також використання правового інструментарію у єдності з іншими механізмами, що забезпечують державне управління[1].

Важливим в процесі забезпечення ефективності законодавства є здійснення низки заходів, серед яких: 1) загальні - проведення продуманої державної політики, що отримає підтримку громадян та стане передумовою громадянської злагоди; забезпечення принципу розподілу державної влади та ефективна діяльність органів державної влади; 2) процесуальні - об'єктивна потреба виникнення джерела права, врахування суспільної думки та інтересів, з'ясування системних зв'язків між джерелами права та іншими соціальними регуляторами; експертиза проектів, закріплення відповідальності суб'єктів правотворчості; систематизація джерел права; удосконалення планування правотворчості; розробка фінансових, організаційних та правових аспектів реалізації закону[2].

Отже, ефективна система законодавства України є об'єктивною умовою прогресивного розвитку українського суспільства, інструментом демократизації всіх сторін суспільного життя, розвитку економіки країни, забезпечення влади народу, захисту прав і свобод особистості.

Вікторія Піддубна,
к.ю.н., доцент, викладач кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЩОДО ЕФЕКТИВНОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ НОРМ ЗАКОНУ "ПРО СВОБОДУ СОВІСТІ ТА РЕЛІГІЙНІ ОРГАНІЗАЦІЇ"

Релігійні організації створюються і діють на підставі принципу відокремлення від держави. Зміст і сутність принципу відокремлення церкви від держави характеризується як правова форма взаємовідносин держави і церкви, при якій держава і її органи та представники не користуються методами державно-правового контролю або будь-якого примусу при визначенні громадянами свого ставлення до релігії, не втручаються в релігійну діяльність організацій віруючих, за умови якщо останні не порушують законів держави і встановленого в ній правового порядку, а саме не втручаються в справи держави, в політичні, економічні, соціально-культурні й інші сфери діяльності, а займаються тільки питаннями, пов'язаними із задоволенням релігійних потреб громадян.[3]

---

[1] Концепции развития российского законодательства / Под ред. Т. Я. Хабриевой и Ю. А. Тихомирова. - М.: ОАО «Издательский дом Городец», 2004. - С. 19.

[2] Концепция стабильности закона / Авт. кол.: В. П. Казимирчук, Т. В. Худойкина, С. В. Поленина и др.; Отв. ред. В.П. Казимирчук; Ин-т гос. и права РАН. - М.: Проспект, 2000. - С. 25-28.

[3] Понкин И.В. Конституционно-правовое регулирование отношений между государством и религиозными объединениями в Российской Федерации: автореф. Дис. ... канд.

До сутнісних ознак змісту принципу відокремлення релігійних організацій від держави можна віднести наступні: держава, її органи і посадові особи, органи місцевого самоврядування не втручаються у внутрішні справи законно діючих релігійних організацій, включаючи і питання їх внутрішнього ієрархічного устрою, не делегують їм державно-владні повноваження і не покладають на них функцій органів державної влади та інших державних органів; не фінансують їх діяльності, але здійснюють правове регулювання і надання їм податкових і інших пільг, фінансової, матеріальної і іншої допомоги, наприклад, в реєстрації, утриманні та охороні будівель і об'єктів, які є пам'ятками історії і культури; не втручаються в питання визначення громадянами свого ставлення до релігії; ніякі дії або рішення органів державної влади, які здійснюються в межах їх повноважень, не узгоджуються і не затверджуються релігійними організаціями; діяльність органів державної влади і органів місцевого самоврядування не супроводжується публічними релігійними обрядами і ритуалами; в державній судовій системі відсутні будь-які духовні або релігійні суди

Релігійні організації і їх органи управління не включаються до системи органів державної влади і органів місцевого самоврядування, а тому і не втручаються в діяльність зазначених органів, не виконують їх функцій; не беруть участі у виборах в органи державної влади і в органи місцевого самоврядування, а значить не мають права висувати кандидатів у депутати і на виборні посади, вести передвиборної агітації, брати участь в діяльності політичних партій і політичних рухів, надавати їм матеріальної або іншої допомоги; не мають права законодавчої ініціативи.

Проте релігійні організації не ізолюються від суспільного життя: легально здійснюють соціальну, добродійну, культурно-освітню діяльність. У світлі вищезазначеного найважливішою залишається проблема оновлення законодавства і, в першу чергу, прийняття Закону України «Про свободу совісті і релігійні організації» в новій редакції. Хоча існує декілька законопроектів у цій сфері[1], але жоден із них не розглядався у Верховній Раді, бо, по-перше, Центр порівняльного права при Міністерстві юстиції України[2] мав низку принципових зауважень щодо них; по-друге, зміст законопроектів не завжди узгоджувався з керівниками релігійних організацій.

Якщо проаналізувати положення зазначених законопроектів, то можна по-

---

юрид. наук / И.В.Понкин. - М.: Рос. Акад. гос. службы при Президенте РФ. - 2001. - 26 с.

Кочан Н. Відокремлення школи від церкви в координатах відкритого суспільства / Н.Кочан // Людина і світ. - 2000. - № 9. - с. 39-48

[1] Про свободу світогляду, віросповідання та релігійні організації [електронний ресурс]: проект Закону України від 22 грудня 2000 р.; підготовлений нар. Депутатом України В.С.Журавським // http: // oracle 2.rada.gov.ua

[2] Створений Постановою Кабінету Міністрів від 12 червня 1998 р. № 852 з метою вдосконалення роботи з підготовки проектів нормативно-правових актів з урахуванням світового досвіду.

бачити, що у зв'язку з пропозицією запровадити певні новели у сфері релігійних відносин виникають різні питання. Безумовно, детально зупинитися на усіх проблемах не можна, тому розглянемо лише окремі з них.

Перш за все це стосується питання про зміну назви чинного Закону, а саме заміни поняття «свобода совісті» на поняття «свободи «світогляду, віросповідання». Останнім часом це вже стало предметом обговорення в спеціальній літературі, і викликало дискусію. Так, Л. Ярмол, підтримуючи таку пропозицію, пояснює це тим, що ст. 35 Конституції закріплює право кожного на свободу світогляду і віросповідання, а з погляду на те, що одним із принципів нормотворення є уникнення використання в нормативно-правових актах синонімів для позначення тих самих правових реалій, є невиправданим і недоцільним використання у назві й у тексті основного закону в цій сфері терміна "свобода совісті"[1]. При цьому правник вважає, що право кожної людини вільно сповідувати ту чи іншу релігію і безперешкодно відправляти релігійні культи та обряди означає свободу віросповідання.

Проте в релігієзнавстві синтезуючою категорією є поняття "свобода совісті", яке має свою структуру і розкриває зміст через усвідомлення таких понять, як "віротерпимість", "свобода релігії", "свобода віросповідання"[2], тобто зазначені поняття тісно пов'язані між собою. Так, свобода віросповідання – це внутрішня здатність особистості, а також її правові можливості вільно без зовнішнього тиску і примусу дотримуватися принципів будь-якої релігії, віросповідання – предмета свого самовизначення; вільно відправляти публічно чи приватно релігійний культ, вільно змінювати свої релігійні уподобання. Але свобода совісті – це більш широке поняття, бо це не тільки право на вибір між релігійними цінностями, які відносяться до різних релігій.

Зміст свободи совісті виходить за межі відносин суб'єкта до релігії, оскільки совість – суб'єктивне усвідомлення відповідності або невідповідності поведінки моральним цінностям[3]. Як вірно зазначає з цього приводу М.Ю. Бабій, категорія свободи совісті через свою багатогранність і багатоваріантність у трактуваннях не завжди є зрозумілою для нефахівців. Свобода совісті – особистісно-суспільний феномен, який перебуває в нерозривному зв'язку із світоглядними координатами буття людини. Як поняття свобода совісті відображає умови, за яких можливе вільне світоглядне самовизначення особистості, її духовне становлення, розвиток, самоактуалізація[4]. Тому погодитися з пропозицією заміни

---

[1] Ярмол Л. Проблеми вдосконалення законодавства України про свободу віросповідання та релігійні організації / Л.Ярмол // Вісн. Львів. Ун-ту. - сер. Юрид. - 2000. - Вип. 35. - с. 38-40

Ярмол Л. Законодавство України про свободу світогляду, віросповідання та релігійні організації, зміни, що назріли / Л.Ярмол // Право України. - 2001. - № 2. - с. 73-76

[2] Релігієзнавство: навч. Посіб. [за ред. С.А.Бублика]. - К., 1998. - 496 с.

[3] Юридичний словник-довідник. - К.: Феміда, 1996. - 696 с.

[4] Бабій М.Ю. Свобода совісті / М.Ю.Бабій / Релігійна панорама. - 2002. - № 7. - с. 46

поняття свобода совісті на поняття свободи віросповідання не можна, бо це призведе до звуження можливостей віруючих у сфері релігійних відносин.

І ще одне зауваження на користь нашої позиції. Відомо, що національне законодавство в релігійній сфері повинно відповідати міжнародним документам. Тому конституційне право на свободу світогляду і віросповідання, проголошене в Україні, базується, як скрізь зазначається, на положеннях ст. 18 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р., в якому не йдеться безпосередньо про свободу віросповідання, світогляду, а зазначається, що кожна людина має право на *свободу* думки, *совісті* і релігії (виділено нами – В.П.). Тому і цим позиція Л. Ярмол спростовується. Щодо правового аспекту категорії «свобода совісті», то його характеризує сукупність юридичних норм, які регулюють суспільні відносини в процесі практичної реалізації особистістю права на свободу совісті. Право визначає межі, можливості і гарантії зовнішнього реалізаційного вияву свободи совісті. Нормативно-правове закріплення права на свободу совісті, визначення обсягу цього права залежить від багатьох факторів культурного і соціально-політичного життя суспільства: змісту державної ідеології, характеру політичного режиму, історичного досвіду конкретної країни, змісту вчення тих релігій, які мають найбільшу кількість послідовників на території країни, моделі державно-конфесійних відносин.

Таким чином, свобода совісті – це правовий інститут, який регулює соціальні відносини, що виникають в процесі здійснення цієї свободи. Його можна визначити як в об'єктивному, так і в суб'єктивному значенні. Сукупність норм, які визначають засоби і гарантії реалізації права на свободу совісті приводить до формування права на свободу совісті в об'єктивному розумінні. Право на свободу совісті в суб'єктивному сенсі – це гарантована державою міра можливої поведінки громадянина, яка виражається в неприпустимості втручання держави, юридичних або фізичних осіб у визначення громадянином свого ставлення до релігійних або інших духовних цінностей.

Це суб'єктивне право включає в себе декілька правомочностей. По-перше, право на позитивні дії, які виражаються в можливості управомоченої особи здійснювати юридично значущі дії з реалізації права на свободу совісті, наприклад, право на заснування релігійної організації, здійснення релігійних обрядів, заняття освітньою і видавничою діяльністю. По-друге, це право-вимога, яке полягає в можливості управомоченої особи вимагати виконання або дотримання іншими особами обов'язку в реалізації ним права на свободу совісті, наприклад, право релігійної громади вимагати від реєструючого органу виконання обов'язку зареєструвати громаду за умови виконання останньою приписів законодавства України; по-третє, право на свободу совісті – це можливість управомоченої особи привести в дію апарат державного примусу проти зобов'язаної особи, наприклад, право засновників релігійної організації оскаржити в суд відмову в державній реєстрації останньої, відмову державних органів в дозволі

на почергове користування культовою будівлею або у відведенні земельної ділянки для культової споруди тощо.

У законопроектах пропонується ввести в окремій статті визначення основних термінів і понять. Вважаємо, що це виправдано лише у разі, якщо терміни використовуються не в загальноприйнятому, а в спеціальному значенні. Тому введення доволі докладного релігієзнавчого словника до тексту законопроекту не є виправданим з точки зору нормотворчої техніки. До того ж окремі визначення понять, які наводяться в цих законопроектах, є, на наш погляд, не завжди коректними. Зокрема, це стосується визначення поняття релігійного об'єднання як вищого типу релігійних організацій, який складається з різновидів релігійних спільнот, хоча поняття "релігійна спільнота" не визначається, а вираз "вищий тип" взагалі не юридична категорія.

Принцип відокремлення церкви (релігійних організацій) від держави – це наріжний принцип у системі конфесійних відносин в Україні. А тому в оновлений Закон, на наш погляд, доцільно ввести статтю, в якій би розкривався зміст цього принципу, його складові. Проте, з погляду на зміни в конфесійних відносинах, випадки договірних форм врегулювання цих відносин у Законі слід було б виокремити положення про засади взаємовідносин держави та релігійних організацій. Тоді наголос з негативного терміна "відокремлення", який використовується здебільшого в контексті сепараційної[1] моделі державно-церковних відносин, тобто моделі, яка ґрунтується на антагоністичному ставленні держави до релігійних організацій, змістився б на позитивний термін "взаємовідносини". Саме в цьому розділі Закону повинна знайти своє місце і стаття, що визначає засади співвідношення школи і церкви, закріпивши можливість викладання в загальноосвітніх та вищих навчальних закладах релігійно-філософських, релігієзнавчих та релігійно-пізнавальних дисциплін, зокрема в юридичних вузах з метою ознайомлення майбутніх юристів із структурою і управлінням такого соціального інституту, яким є церква, курсу церковного права. Між тим зазначені дисципліни не можуть супроводжуватися релігійними обрядами і повинні носити лише інформаційний характер.

При всій складності поняття "церква" в правовому значенні – це система, що об'єднує релігійні організації. Тому некоректним з правової точки зору є вираз "церкви та релігійні організації". У законопроектах, як і в Законі, фіксуються певні види релігійних організацій: релігійні громади, управління і центри, монастирі, релігійні братства, місіонерські товариства, духовні навчальні заклади, а також об'єднання, які складаються з них, вказується мета їх створення, однак не дається визначення їх понять. Тому вважаємо за доцільне визначити у самому Законі поняття та конститутивні ознаки релігійної організації, за якими її можна відрізнити від інших організацій – нерелігійних, як це зроблено, зокрема в Законі РФ. Так, у ньому зазначається, що релігій-

[1] Сепаратизм (фр.) – прагнення до відокремлення, відособлення [150, с.389].

ним об'єднанням визнається добровільне об'єднання громадян РФ, утворене з метою спільного сповідування і поширення віри, яке наділене для реалізації цієї мети такими ознаками, як віросповідання, проведення богослужінь, інших релігійних обрядів і церемоній; навчання релігії і релігійне виховання своїх послідовників (ст. 6). раховуючи, що кожна з релігійних організацій, а саме релігійні управління (центри), релігійні братства, релігійні місії, духовні навчальні заклади, як юридичні особи виконують свої специфічні функції у сповідуванні віри, вони відрізняються одна від одної, у зв'язку з чим пропонуємо ввести на рівні закону їх визначення.

Майже у всіх законопроектах, на відміну від чинного Закону, відповідно до якого для заснування релігійної громади потрібно було 10 чоловік, пропонується збільшити мінімальну кількість засновників аж до 25 віруючих, десь наблизившись до законодавства УРСР, яке передбачало можливість утворювати релігійну громаду 20 віруючим (Положення про релігійні об'єднання в Українській РСР). Вважаємо, що запропоноване в законопроектах, слід розглядати як крок назад не тільки в порівнянні з чинним законодавством, а й з законодавством радянських часів.

Ця новела викликала гостру критику представників усіх протестантських конфесій, і під час обговорення цього питання представниками Державного комітету у справах релігій був запропонований компромісний варіант: залишити для релігійних громад віровчень вже існуючих в Україні – 10 засновників, а 25 чоловік вимагати лише при створенні релігійних громад, що належать до віровчень, невідомих в Україні. Вважаємо, що з цим слід погодитися.

Звертає на себе увагу той факт, що однією з підстав відмови в реєстрації статуту релігійної організації в законопроекті пропонується визнати можливість визнати організацію нерелігійною шляхом проведення релігієзнавчої експертизи. Між тим постає питання, яким чином, хто і у яких випадках визначатиме належність тієї чи іншої організації до релігійної. Чинний Закон не дає відповіді на всі ці запитання, хоча у ст. 30 передбачає, що таким органом виступає Державний комітет України у справах релігій, який забезпечує релігієзнавчу експертизу за участю представників релігійних організацій та відповідних спеціалістів, але в яких випадках призначається ця експертиза та порядок її проведення – не визначає.

Марія Плотнікова,
к.ю.н., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін та фінансового права Навчально-наукового інституту права Сумського державного університету

ВИКОРИСТАННЯ СТАТИСТИЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ ДЛЯ ОЦІНКИ ЕФЕКТИВНОСТІ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Аналіз сучасного стану адміністративно-правового регулювання повинен включати вивчення ефективності інституту адміністративної відповідальності. Ефективність правових норм проявляється у можливості та мірі досягнення цілей правового регулювання в певній сфері. Н.М. Оніщенко зазначає, що одним із критеріїв ефективності законодавства є якість закону, під якою науковець розуміє сукупність сутнісних характеристик і здатність закону реально задовольнити суспільні потреби та приватні інтереси[1]. Про ефективність юридичної відповідальності можна говорити, якщо вона досягає своїх цілей і виконує свої функції. Відповідно адміністративна відповідальність є ефективною, якщо досягається корисний ефект від застосування заходів адміністративної відповідальності, який може проявлятися в зменшенні вчинених правопорушень, меншій завданій шкоді, в цілому зменшення конфліктності в суспільстві.

Дослідженню ефективності адміністративної відповідальності, а також факторів, які на це впливають, сприяє вивчення результатів статистичних спостережень. Аналіз статистичних показників дає можливість визначити динаміку вчинених порушень, вплив на це окремих факторів, зокрема пов'язаних з посиленням чи пом'якшенням відповідальності за окремі порушення, змінами контрольних процедур чи попереджувальних заходів.

Порядок складання статистичної звітності по адміністративним правопорушенням визначено у Наказі Державного комітету статистики України від 26.10.2009 № 405[2]. Звіт форми № 1-АП заповнюють щороку органи (посадові особи), уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення відповідно до КУпАП та інших законів України. Окрім складів адміністративних правопорушень, передбачених в КУпАП, в звіт включаються адміністративні правопорушення, передбачені Митним кодексом та іншими нормативними актами, зокрема, рішеннями місцевих державних адміністрацій або місцевих рад та їх виконкомами.

Можна розглянути такий приклад оцінки ефективності адміністративної

---

[1] Оніщенко Н.М. Сприйняття права в умовах демократичного розвитку: проблеми, реалії, перспективи : монографія / Н. М. Оніщенко ; відп. ред. Ю.С. Шемшученко. – К. : Юридична думка, 2008. – С. 86–87.

[2] Наказ Державного комітету статистики України від 26.10.2009 № 405 "Про затвердження Інструкції щодо заповнення форми державного статистичного спостереження № 1-АП "Звіт про розгляд справ про адміністративні правопорушення та осіб, які притягнуті до адміністративної відповідальності"// Офіційний вісник України. – 2009. – № 89. – Ст. 3034.

відповідальності за даними статистики. Відповідно до ст. 51-2 КУпАП настає адміністративна відповідальність за порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності у вигляді накладення штрафу в розмірі від 10 до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян із конфіскацією незаконно виготовленої продукції, обладнання та матеріалів, які призначені для її виготовлення. За даними державної статистики за 2014 рік середній розмір штрафу за це правопорушення склав 263 грн, загальна сума штрафів за рік – 32 025 грн[1], за попередні роки середній розмір штрафу приблизно такий самий. На нашу думку, накладення штрафу такого невеликого розміру є неспіврозмірним з вигодою, яку отримує порушник. Досить типовим порушенням в даному випадку є публічне виконання музичних творів, зафіксованих у фонограмах, без укладання ліцензійних договорів. Розмір ліцензійних відрахувань значно вищий ніж середній розмір штрафу, КУпАП також не передбачає посилення відповідальності у випадку повторного порушення, тому значно простішим видається сплатити штраф, ніж привести свою діяльність у правові рамки. Деякою мірою зазначений недолік компенсується правом суду застосувати конфіскацію обладнання і матеріалів, які пов'язані з порушенням (в основному це музична апаратура), – серед розглянутих у 2014 р. такий вид стягнення застосований у 68 % справ[2]. Наведені міркування можуть бути одним з аргументів для висновку, що адміністративна відповідальність за порушення прав інтелектуальної власності не виконує належним чином виховної та каральної функції. Тобто не досягаються цілі регулювання і адміністративна відповідальність в даному випадку не є ефективною.

Проблемою для використання статистичних даних по адміністративним правопорушенням є те, що аналіз статистичної звітності по адміністративним правопорушенням може бути недоцільним через неповноту даних по ним. Наприклад, Рахункова палата при проведенні аудиту ефективності зазначила, що узагальнені звіти форми № 1-АП за 2015 рік є неповними у зв'язку з відсутністю в них усіх показників роботи підрозділів Національної поліції. Це пов'язано з тим, що Національна поліція формує цей звіт на основі даних відповідних автоматизованих інформаційних систем МВС України, проте частина даних не була внесена з причини недоопрацювання розробниками цих інформаційних систем, відповідно до змін в адміністративному законодавстві[3].

Слід також відмітити, що статистична звітність про адміністративні право-

---

[1] Адміністративні правопорушення в Україні у 2014 році : статистичний бюлетень / Державна служба статистики. – К., 2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://ukrstat.org/uk/druk/publicat/kat_u/2015/bl/04/bl_ap14.zip.

[2] Адміністративні правопорушення в Україні у 2014 році : статистичний бюлетень / Державна служба статистики. – К., 2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://ukrstat.org/uk/druk/publicat/kat_u/2015/bl/04/bl_ap14.zip.

[3] Звіт про результати аудиту ефективності виконання повноважень державними органами влади в частині надходжень до державного бюджету адміністративних штрафів у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху [Електронний ресурс] / Рахункова палата

порушення не містить інформації про застосування заходів адміністративної відповідальності до юридичних осіб. Хоча досі триває дискусія про існування інституту адміністративної відповідальності юридичних осіб, більшість вчених схиляється до думки, що саме до адміністративної відповідальності притягуються юридичні особи при порушення податкового, валютного, банківського, антимонопольного законодавства, законодавства про регулювання обігу готівки тощо. Діяльність з приводу притягнення юридичних осіб до адміністративної відповідальності реалізується великою кількістю органів публічної адміністрації, а статистична інформація про неї відсутня, тому це ускладнює оцінку ефективності адміністративної відповідальності, застосованої до юридичних осіб.

Розглядаючи приклад з порушенням прав інтелектуальної власності, слід зазначити, що окрім КУпАП заходи адміністративної відповідальності містяться в Законі України "Про авторське право і суміжні права". Так, відповідно до ч. 3 ст. 52 цього Закону України суд може накласти на порушника штраф, який сплачується до Державного бюджету України; а відповідно до ч. 4 ст. 52 суд може ухвалити рішення про вилучення чи конфіскацію всіх контрафактних примірників творів, фонограм, відеограм чи програм мовлення, а також про вилучення засобів обминання технічних засобів захисту. Рішення про застосування даних заходів адміністративної відповідальності приймається судом на свій розсуд під час розгляду цивільної справи. Однак звітність судів про розгляд справ у порядку цивільного судочинства, затверджена Наказом Державної судової адміністрації України від 05.06.2006 № 55 не містить інформації про заходи стягнення передбачені Законом України "Про авторське право і суміжні права". Таким чином, навіть зробити спробу оцінити ефективність застосування заходів адміністративної відповідальності до юридичних осіб за порушення прав інтелектуальної власності, не можливо.

Заходами адміністративної відповідальності є також штрафні санкції, передбачені Указом Президента України від 12 червня 1995 р. "Про застосування штрафних санкцій за порушення норм з регулювання обігу готівки". Щодо порушень, визначених в Указі, статистичного обліку не ведеться, тому немає інформації про те, які суб'єкти вчиняють порушення, що виступає факторами ризику. Можна лише отримати інформацію про надходження коштів від цих штрафів до Державного бюджету. Так, надходження від застосування штрафних санкцій за порушення законодавства про патентування, за порушення норм регулювання обігу готівки та про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг у 2015 р. склали 67 547 427,84 грн[1]. Отже можна визначити лише фіскальне значення цих надхо-

України. – Режим доступу: http://www.ac-rada.gov.ua/doccatalog/document/16748520/Zvit_4-6.pdf?subportal=main.

[1] Звіт про виконання державного бюджету за 2015 р. / Державна казначейська служба України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.treasury.gov.ua/main/doccatalog/document?id=311717.

джень і не можна простежити реалізацію виховної, регулятивної, превентивної, каральної та відновлювальної функцій адміністративної відповідальності.

Викладене дає підстави стверджувати, що для вивчення ефективності адміністративної відповідальності як фізичних, так і юридичних осіб можна використовувати статистичну інформацію про вчинені адміністративні правопорушення. Проте для ефективного аналізу потрібно, що б статистична звітність відображала всі одиниці даного явища. Також необхідно удосконалити методологію державних статистичних спостережень для отримання повної та достовірної інформації про застосування заходів адміністративної відповідальності до юридичних осіб, види цих порушень, визначити систему показників, яка допоможе оцінити фактори, що прияють вчиненню таких правопорушень. Дані заходи, на нашу думку, дадуть можливість раціонально підходити до оцінки ефективності адміністративної відповідальності, визначати доцільність та ефективність законодавчих змін, розробляти більш обґрунтовані пропозиції для удосконалення адміністративно-правового регулювання окремих сфер суспільних відносин.

Оксана Пожарова,
к.ю.н., асистент кафедри трудового права
та права соціального забезпечення
Національного університету «Одеська юридична академія»

НАДОМНА ТА ДОМАШНЯ ПРАЦЯ ЖІНОК: АКТИ МОП ТА ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

Останнім часом особливої актуальності набувають проблеми юридичного забезпечення права працюючих жінок на охорону материнства в умовах розвитку нетипових форм зайнятості, а саме: надомної праці, домашньої праці та ін.

Конвенція МОП № 177 про надомну працю 1996 року[1] та Рекомендація МОП № 184 щодо надомної праці[2] містять стандарти Міжнародної організації праці про надомну працю, яка відповідно до статті 1 Конвенції означає роботу, яку особа, що називає себе надомником, виконує: (1) за місцем її проживання або в інших приміщеннях за її вибором, але не у виробничих приміщеннях роботодавця; (2) за винагороду; (3) з метою виробництва товарів або послуг згідно з вказівками роботодавця, незалежно від того, хто надає обладнання, матеріали або інші ресурси, що використовуються, якщо тільки ця особа не має у своєму

[1] Конвенція МОП № 177 про надомну працю 1996 року // Конвенції та рекомендації, ухвалені Міжнародною організацією праці. 1965-1999. Т.ІІ. – Женева: Міжнародне бюро праці, 1999. – С.1477-1480.

[2] Рекомендація МОП № 184 щодо надомної праці 1996 року // Конвенції та рекомендації, ухвалені Міжнародною організацією праці. 1965-1999. Т.ІІ. – Женева: Міжнародне бюро праці, 1999. – С.1481-1486.

розпорядженні такої міри автономії та економічної незалежності, яка потрібна для того, щоб вважати її незалежним працівником відповідно до національного законодавства чи судових рішень.

Особи зі статусом найманих працівників не стають надомниками в розумінні цієї Конвенції через сам факт виконання ними від часу до часу роботи як найманими працівниками вдома, а не на своєму звичайному робочому місці. Термін «роботодавець» означає фізичну чи юридичну особу, яка безпосередньо або через посередника, незалежно від того, чи передбачені посередники в національному законодавстві, надає роботу додому в інтересах свого підприємства.

Відповідно до ст. 4 Конвенції МОП № 177 національна політика в галузі надомної праці повинна, в міру можливості, сприяти рівності у ставленні між надомниками та іншими найманими працівниками з урахуванням особливостей надомної праці і, в міру потреби, умов, які діють щодо такого самого або аналогічного виду роботи, виконуваної на підприємстві.

Частиною другою ст. 4 передбачено, що рівність у ставленні повинна заохочуватися, зокрема, щодо: a) права надомників на створення організацій або вступ до організацій за їхнім власним вибором та на участь у діяльності таких організацій; b) захисту від дискримінації в галузі праці й занять; c) захисту в галузі безпеки та гігієни праці; d) оплати праці; e) захисту шляхом встановлених законодавством систем соціального забезпечення; f) доступу до професійної підготовки; g) мінімального віку приймання на роботу чи допуску до трудової діяльності; h) захисту материнства.

Пунктом 26 Рекомендації МОП № 184 щодо надомної праці встановлено, що до надомників має застосовуватися національне законодавство в галузі захисту материнства.

Чинне трудове законодавство у частині регулювання надомної праці не відповідає міжнародним трудовим стандартам.

У чинному КЗпП України норми про надомну працю та домашню працю відсутні. Лише частиною восьмою статті 179 КЗпП передбачено, що за бажанням жінки або осіб, зазначених у частині сьомій цієї статті, у період перебування їх у відпустці для догляду за дитиною вони можуть працювати на умовах неповного робочого часу або вдома.

В Україні продовжує діяти Положення про умови праці надомників, затверджене постановою Держкомпраці СРСР і Секретаріату ВЦРПС 29 вересня 1981 року, в частині, що не суперечить законодавству України. Так, Положенням передбачено, що переважне право на укладання трудового договору про роботу на дому надається жінкам, які мають дітей віком до 15 років[1].

У проекті Трудового кодексу України також закріплено норми про роботу вдома, а саме у статті 195 «Право працівників, які перебувають у відпустці для

[1] Положение об условиях труда надомников: Утв. постановлением Госкомтруда СССР и Секретариата ВЦСПС от 29 сентября 1981 г. // Бюллетень Госкомтруда СССР. – 1982. - №1.

догляду за дитиною, на трудову діяльність», передбачено, що за бажанням працівників, зазначених у частині першій статті 194 цього Кодексу, у період перебування у відпустці для догляду за дитиною такі працівники можуть працювати на умовах неповного робочого часу або вдома.

Більш сприятливі умови для поєднання виконання трудових обов'язків з функцією материнства створюють положення статті 44 «Умова про роботу вдома» проекту Трудового кодексу України. Відповідно до частини першої зазначеної статті під час укладення трудового договору або пізніше сторони можуть домовитися про виконання працівником роботи вдома (надомну працю), якщо він має для цього необхідні умови, що відповідають вимогам охорони праці, пожежної безпеки і санітарії.

Трудовим договором про роботу вдома може бути передбачено використання працівником власного обладнання та інструментів з відповідною компенсацією за їх зношення (амортизацію), а також відшкодування інших витрат, пов'язаних з виконанням роботи вдома: плати за електроенергію, водопостачання тощо (ч.2).

Норми про працю домашніх працівників не включено до проекту Трудового кодексу України.

Стаття 14 Конвенції МОП № 189 про гідну працю домашніх працівників зобов'язує держави-члени вжити заходів, відповідно до національних законодавств і нормативно-правових актів, враховуючи специфіку домашньої праці, для забезпечення того, щоб домашні працівники користувалися умовами не менш сприятливими чим ті, у яких перебувають інші працівники в цілому, з точки зору заходів захисту систем соціального забезпечення, у тому числі відносно охорони материнства.

Україна не ратифікувала відповідні Конвенцію МОП № 177 про надомну працю 1996 року і Конвенцію МОП № 189 про гідну працю домашніх працівників 2011 року[1], положення яких спрямовані на створення сприятливих умов для поєднання трудових обов'язків жінок з функцією материнства. Ратифікація зазначених конвенцій дозволить більш повно захистити трудові права надомних і домашніх працівників. Відповідно до Плану заходів щодо забезпечення виконання положень Європейської соціальної хартії (переглянутої) на 2015-2019 року, затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 14 травня 2015 року № 450-р, заплановано на 2019 рік підготовка пропозицій щодо ратифікації Конвенції МОП № 189 про гідну працю домашніх працівників 2011 року.

З метою імплементації міжнародних трудових стандартів щодо надомної праці та домашньої праці у національну юридичну практику України необхідно ратифікувати Конвенцію МОП № 177 про надомну працю 1996 року та Конвенції МОП № 189 про гідну працю домашніх працівників 2011 року.

[1] Конвенція МОП № 189 про гідну працю домашніх працівників 2011 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_530.

Александра Пузырёва,
аспирант кафедры социального права юридического факультета Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О СОЦИАЛЬНОМ ОБСЛУЖИВАНИИ И ЕГО РЕАЛИЗАЦИЯ: ПРОБЛЕМЫ ПОВЫШЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ

Принятие в 2013 году Федерального закона № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации»[1] ознаменовало новую эпоху развития системы социального обслуживания в России. Необходимость модернизации названной сферы продиктована рядом проблем, в частности, низким уровнем доступности и качества социальных услуг, предоставляемых нуждающимся гражданам. Удовлетворению названной потребности призвана реализация комплекса мер, предусмотренных обновленным законодательством. К таковым относятся действия по привлечению в сферу социального обслуживания организаций различных форм собственности, в том числе, социально ориентированных некоммерческих организаций. На принципиально новой основе осуществляется предоставление социальных услуг. При сохранении заявительного порядка, новым Законом предусмотрена разработка для граждан индивидуальной программы социальных услуг и их оказание на основании договора, заключаемого с поставщиками социальных услуг.

Эффективный механизм правового регулирования предполагает не только беспрепятственное осуществление субъектом своих прав, но и возможность действенным образом обеспечить их защиту в случае правонарушения. Поэтому, в условиях допущения частного сектора в сферу социального обслуживания и законодательного закрепления договорного порядка предоставления таких услуг, невозможно обойти вниманием вопросы защиты прав граждан и их законных интересов.

Примерный перечень способов защиты гражданских прав закреплен статьей 12 Гражданского кодекса РФ[2]. Между тем их использование должно согласовываться с социально-обеспечительной природой правоотношений, складывающихся в сфере социального обслуживания граждан, что исключает произвольного избрания соответствующих правовых инструментов защиты.

На законодательном уровне не регламентированы вопросы, касающиеся механизма защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов, а в статье 9 Закона № 442-ФЗ содержится лишь отсылочная норма о реализации гражданами такого правомочия в соответствии с законодательством Россий-

[1] Федеральный закон от 28 декабря 2013 года № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 52 (часть I). Ст. 7007.

[2] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

ской Федерации. Таким образом, нерешенным остается вопрос о способах защиты при несвоевременном оказании гражданам социальных услуг, либо предоставлении их в ненадлежащем объеме и качестве. Достижению указанной цели способствовало бы закрепление в действующем законодательстве имущественной ответственности поставщиков. Например, соразмерное уменьшение стоимости социальных услуг при предоставлении их в ненадлежащем объеме или взыскании неустойки за нарушение сроков оказания таких услуг при возмездном социальном обслуживании.

К числу дискуссионных относится проблема присуждения гражданам компенсации морального вреда при ненадлежащем предоставлении социальных услуг. В научной литературе неоднократно выдвигался тезис о возможности возмещения морального вреда применительно к социально-обеспечительным отношениям[1]. Получение социальных услуг неразрывно связано с такими неимущественными благами как жизнь, здоровье и достоинство личности. Указанное положение согласуется с положениями статьи 25 Всеобщей декларации прав человека, гарантирующей каждому такой жизненный уровень, включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и необходимое социальное обслуживание, который необходим для поддержания здоровья и благосостояния его самого и его семьи. В этой связи по-настоящему действенной гарантией надлежащего исполнения поставщиками своих обязанностей являлось бы закрепление в Законе возможности возмещения гражданам морального вреда в таких случаях.

Однако и в отсутствии соответствующих законодательных поправок, правоприменительные органы могут использовать соответствующий правовой инструментарий, предоставленный законодательством о защите прав потребителей. При разрешении соответствующих требований, в рамках аналогии права, возможно применение положений пункта 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 17[2], согласно которому, права и законные интересы граждан, имеющих право на государственную социальную помощь и использующих в ходе ее реализации товары или услуги, подлежат защите в порядке, предусмотренном законодательством о защите прав потребителей.

Внедрение частноправовых конструкций в сферу социального обслуживания должно преследовать цель повышения уровня защищенности и гарантированности прав граждан на социальное обеспечение. В противном случае,

---

[1] См.: Федорова М.Ю. Теоретические проблемы правового регулирования социального страхования: Монография. – Омск: Омский университет, 2003; Благодир А.Л. Правовое регулирование социального обслуживания граждан: автореф дисс. ... канд. юрид. наук. Москва. 2002; Курченко О.С. Государство как субъект права социального обеспечения: дисс. ... канд. юрид. наук. Омск. 2008

[2] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 года № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» // Российская газета. 2012. 11 июля.

ненадлежащая юридическая адаптация отдельных гражданско-правовых механизмов может повлечь ущемление и нарушение прав граждан.

Правоприменительной практике известны случаи обращения поставщиков с исками к гражданам о понуждении к заключению договоров о предоставлении социальных услуг[1]. Как правило, предъявление таких требований вызвано изменением условий оплаты социального обслуживания. При разрешении подобных споров суды, руководствуясь нормами статьи 17 Закона № 442-ФЗ, части 1 статьи 421 Гражданского кодекса РФ, удовлетворяют иски поставщиков социальных услуг. Однако подобные выводы нельзя признать законными и обоснованными.

В рассматриваемой ситуации необходимо учитывать правовую природу спорных отношений. Существенным условием заключаемых между субъектами социального обслуживания договоров признается содержание индивидуальной программы предоставления социальных услуг, которая для гражданина имеет рекомендательный характер. Более того, принуждение к заключению договора возможно лишь в случаях, когда это прямо закреплено законом. В частности, такого рода обязанность установлена в отношении страховых медицинских организаций при заключении договора на оказание и оплату медицинской помощи (часть 5 статьи 39 Федерального закона «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации»[2]). Однако действующее законодательство не закрепляет подобной обязанности у получателей социальных услуг, в связи с чем понуждение гражданина к заключению соответствующего договора невозможно. В противном случае, это противоречило бы принципу добровольности получения социального обслуживания.

Юридические конструкции, используемые участниками правоотношений, складывающихся в связи с предоставлением социальных услуг, имеющие, в том числе, и частноправовую природу, призваны обеспечивать эффективность действия механизма правового регулирования. В условиях допущения негосударственного сектора в сферу социальных услуг при отсутствии специальной подготовки кадров правоохранительных органов к рассмотрению споров, имеющих межотраслевой характер, вызывает беспокойство уровень гарантированности защиты прав граждан в социальном обслуживании. Достижению цели создания высокоэффективного правового регулирования социального обслуживания, в первую очередь, способствует закрепление в законодательстве юридических гарантий реализации прав граждан на защиту законных интересов в указанной сфере.

---

[1] Апелляционное определение Верховного суда Республики Мордовия от 24 ноября 2015 года по делу № 33-2818/2015 // ИПС «Консультант-плюс»; Апелляционное определение Пермского краевого суда от 25 ноября 2015 года по делу № 33-12583/2015 // ИПС «Консультант-плюс»

[2] Федеральный закон от 29 ноября 2010 года № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 49. Ст. 6422.

Алла Радзівілл,
здобувач Київського університету права НАН України,
помічник судді Вищого спеціалізованого суду України
з розгляду цивільних і кримінальних справ

СТВОРЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО ПРЕВЕНТИВНОГО МЕХАНІЗМУ ЗАПОБІГАННЯ КАТУВАННЯМ В УКРАЇНІ

Одним з головних завдань держави у галузі кримінально-правової охорони прав людини є захист її життя і здоров'я. Заборона катування є імперативною нормою міжнародного права і, як постійно підкреслює у своїй практиці Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ), відображає одну з фундаментальних цінностей демократичного суспільства. Гарантії права людини на життя і захист від жорстокого або іншого нелюдського поводження закріплені в усіх основних міжнародних документах, починаючи від загальних принципів міжнародного права, міжнародних документів звичаєвого права до міжнародних договорів на універсальному і регіональному рівнях[1].

Так, стаття 3 Конституції України наголошує: «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»[2]. Водночас, скарги на катування і жорстоке поводження з людьми в Україні трапляються досить часто. Статистичні дані правозахисних організацій свідчать, що масштаби застосування катувань в Україні занадто високі.

Відповідно до положень статті 5 Загальної декларації прав людини 1948 року, Європейської конвенції про запобігання катуванням 1987 року та іншим міжнародно-правовим актам, ратифікованих Україною, катування, жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність поводження чи покарання суворо заборонено. Зокрема, міжнародним інструментом захисту прав людини, є Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження та покарання (англ. The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), більше відомої під назвою Конвенції ООН проти катувань[3].

---

[1] Левківська О. Впровадження в Україні позитивного досвіду зарубіжних країн щодо запобігання катуванню та іншому жорстокому поводженню з людьми в діяльності поліцейських органів [Електронний ресурс] / О. Левківська // Наука і правоохорона. - 2014. - № 1. - С. 84–91. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nip_2014_1_14

[2] Конституція України = Конституція України : [зі змін. та допов., внесеними Законом України від 1 лют. 2011 р. № 2952-VI]. – Х. : Фактор, 2011. – 118 с. – (Серія «Бібліотека законодавства»).

[3] http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx

Цікаво, що від імені Уряду Української РСР Конвенція підписана ще 27 лютого 1986 року в Нью-Йорку. Ратифікована Президією Верховної Ради Української РСР 26 січня 1987 року з такими застереженнями, зробленими при підписанні: «Українська РСР не визнає компетенцію Комітету проти катувань, визначену статтею 20 Конвенції»; «Українська РСР не вважає себе зв'язаною положеннями пункту 1 статті 30 Конвенції»[1]. Разом з тим, Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 14 березня 1989 року застереження до пункту 1 статті 30 Конвенції зняте[2].

21 липня 2006 року Україна ратифікувала Факультативний протокол до Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження та покарання. Протоколом передбачено зобов'язання країни негайно створити національний превентивний механізм щодо недопущення катувань. Цей механізм, як показує позитивний досвід, може призвести до істотного прогресу країни в боротьбі з катуванням та жорстоким поводженням в місцях обмеження свободи особи: колонії, СІЗО, ізолятори тимчасового тримання, інтернати, закриті лікарні тощо. До сьогодні, Україна не виконала це міжнародне зобов'язання[3].

Враховуючи конституційні положення та вимоги міжнародно-правових актів, а також беручи до уваги наявні в Україні факти тортур та жорстокого поводження, законодавець увів до Кримінального кодексу України 2001 року новий склад злочину – катування (ст. 127).

Вивченням питання кримінально-правової проблеми катування першими звернули увагу такі науковці, як Л. Дорош[4], Є. Фесенко[5], А. Шульга[6] та В. Павликівський, Д. Булда[7], К. Катеринчук[8], О. Денисова[9]. Проте, вивчення стан-

---

[1] Відомості Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки - 1987. - N 6. - Ст.101.

[2] Відомості Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки - 1989. - N 13. - Ст.108.

[3] Факультативный протокол к Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных, или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Руководство по предупреждению. – 2008 (266 с.). – с. 69.

[4] Дорош, Л. Катування: Кримінально-правовий аспект / Л. Дорош, О. Довгань // Право України : Респ. юрид. журнал. – 09/2004. – N 9. – С.131-134.

[5] Фесенко Є. Нова редакція статті 127 Кримінального кодексу України (науковий коментар) /Є.Фесенко/Адвокат. – 2005. - №4. с. 27-29

[6] Шульга А. Дякі питання кримінальної відповідальності за катування /а.Шульга, В. Павликівський// Юридичний радник. – 2005.-№5(7).-с. 79-83

[7] Булда Д. Деякі аспекти кримінальної відповідальності за катування/Д.Булда//Підприємництво, господарство і право. – 2005.-№7.-с. 120-123

[8] Катеринчук, К. Відмежування катування від суміжних складів злочинів / К. Катеринчук // Право України : Респ.юрид. журнал. – 09/2005. – N9. – С.59-62.

[9] Денисова О. Некоторые проблеммы состава преступления, предусмотртенного ст. 127 Уголовного кодекса Украины//Підприємництво, господарство і право. -2007.-№8.-с. 107-111.

дартів щодо протидії цьому злочину в їхніх працях не розглядалися взагалі або розглядалися недостатньо широко.

У 2014 році українськими судами було винесено більше 2 000 окремих ухвал про порушення законності під час провадження дізнання чи досудового слідства, що свідчить про надзвичайну актуальність проблеми сьогодні. Результати дослідження судової практики свідчать про необхідність розробки рекомендації щодо особливостей застосування окремих положень чинного законодавства, європейських стандартів, із використанням тлумачень та формулювань ЄСПЛ[1].

Складність цієї категорії справ полягає насамперед у різному тлумаченні самого поняття «катування». Розглянемо детальніше, що ж власне являє собою катування. Так, термін «катування» означає будь-яку дію, якою будь-якій особі навмисне заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа чи у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або третю особу, чи з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди. В цей термін не включаються біль або страждання, що виникли внаслідок лише законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи спричиняються ними випадково.

Наразі, в Україні існує декілька організацій, діяльність яких спрямована на захист прав і основних свобод людини, на припинення катувань та іншого нелюдського поводження чи покарання.

Правозахисна організація «Міжнародна амністія» включила Україну до списку 149 країн, де має місце жорстоке ставлення правоохоронців до затриманих. Правозахисники звинувачують правоохоронні органи України у катуваннях людей, що перебувають під слідством. Цей вид злочинів криє в собі підвищену суспільну небезпеку, оскільки вони спрямовані проти життя і здоров'я особи. Застосування до людини катування спричинює тяжкі наслідки для людей, що їх пережили, та викликає негативний соціальний резонанс.

На жаль, злочини катування мають підвищений рівень латентності, тому проблеми, пов'язані з боротьбою із досліджуваним видом злочинів, є актуальним. Як зазначають міжнародні організації, в Україні органи, що мають розслідувати такі злочини, як і раніше, значною мірою гальмують прогрес в запобіганні катуванням внаслідок недбалого виконання свого зобов'язання проводити розслідування заяв та іншої інформації щодо фактів катувань і жорстокого поводження. Фактична відсутність ефективного розслідування заяв

[1] Кримінально-правові та кримінологічні заходи запобігання катуванню. Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Катеринчук К.В. 2010 р.

щодо катувань і жорстокого поводження є системною проблемою для правової системи України. Це створює відчуття безкарності в правоохоронців, які вдаються до катувань, та значно сприяє тому, що катування та жорстоке поводження сприймаються багатьма з них не як злочин, а як рутинний елемент практики боротьби зі злочинністю.

Перш за все, випадки катувань не завжди стають відомими, оскільки потерпілі не звертаються до правоохоронних органів за захистом свого порушеного права, не вірячи, що винні, часто із числа самих правоохоронців, будуть встановлені й понесуть покарання, а заподіяна шкода – відшкодована. У деяких випадках постраждала особа навіть не усвідомлює, що відносно неї вчинено злочин, оскільки виконавцями насильницьких дій були працівники правоохоронних чи інших державних органів і діяли вони начебто в ім'я досягнення правомірних цілей і захисту правомірних інтересів. Сюди ж можна віднести й побоювання помсти, заподіяння шкоди собі і своїм близьким з боку осіб, дії яких оскаржені.

Зважаючи на наведене, коли особа висуває небезпідставну скаргу на жорстоке поводження з нею, яке було таким, що порушує статтю 3 Конвенції, це положення, взяте у поєднанні із загальним обов'язком держави за статтею 1 Конвенції, за своїм змістом вимагає проведення ефективного офіційного розслідування. Для того, щоб таке розслідування вважалось «ефективним», воно повинне призвести до встановлення фактів справи та до встановлення і покарання винних осіб. Державні органи влади повинні вживати усіх розумних і доступних їм заходів для отримання всіх наявних доказів, які мають стосунок до події, зокрема показів свідків та експертних висновків тощо. Будь-які недоліки у розслідуванні, які підривають можливість встановити у ході розслідування причини заподіяння тілесних ушкоджень або винних осіб, ставлять під сумнів дотримання цього стандарту, а вимоги оперативності і розумної швидкості є безумовними у цьому контексті. Для того, щоб розслідування було ефективним, особи, відповідальні за проведення слідства і ті, які його проводять, мають бути незалежними як за законом, так і на практиці. Слідство має закінчуватися обґрунтованою постановою, щоб запевнити громадськість у дотриманні принципу верховенства права. Більше того, поняття ефективного засобу юридичного захисту щодо тверджень про жорстоке поводження також включає у себе ефективний доступ заявника до процесу розслідування. Зважаючи на наведене, можна зробити висновок, що небажання органів влади забезпечити проведення ретельного розслідування скарг підозрюваних у вчиненні кримінальних правопорушень на жорстоке поводження наразі вже становить системну проблему.

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

ВИСЛУГА РОКІВ ЯК ПІДСТАВА ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ

Для забезпечення обороноздатності будь-якої країни необхідно мати потужну, сильну, ефективну та професійну армію, отож держава повинна турбуватись про соціальний захист військовослужбовців не лише під час виконання ними військового обов'язку, але й тоді, коли вони відслуживши визначений термін на благо держави, втратили в певній мірі свою професійну працездатність та заслужили право на пенсію. Таким чином, пенсійне забезпечення військовослужбовців займає важливе місце не лише в пенсійній системі України, але й є одним із пріоритетних напрямків соціальної політики держави.

Окремі аспекти пенсійного забезпечення військовослужбовців, розглядались такими науковцями, як: Н. Б. Болотіна, Н. В. Антип'єва, М. М. Клемпарський, Т. В. Колеснік-Омельченко, П. Д. Пилипенко, С. М. Прилипко, С. О. Сільченко, І. М. Сирота, Б. І. Сташків, І. А. Філіпова, Н. М. Хуторян, М. М. Шумило та ін.

Основним видом пенсійного забезпечення для військовослужбовців є пенсія за вислугою років, в основу якої покладена презумпція втрати професійної працездатності[1]. Так, на думку М. М. Клемпарського введення пенсій за вислугу років пояснюється головною специфікою професії. Після тривалого періоду певної трудової діяльності подальша робота (служба) за попередньою професією не завжди можлива і доцільна через звичайні вікові зміни та емоційні (психологічні) і фізичні навантаження. Отже, виникає необхідність звільнити таких громадян від попередньої роботи (служби), якій вони присвятили багато років, компенсувати їм значною мірою втрачений заробіток у зв'язку з переходом на іншу роботу або повним припиненням трудової діяльності[2]. На підтримку цієї думки, варто зазначити позицію Н. В. Антип'євої, яка вважає, що функції військової служби свідчать про те, що ризики, яким піддаються військовослужбовці в процесі виконання своїх посадових обов'язків, важко порівняти з ризиками, під які можуть підпадати особи, чия діяльність не пов'язана з такою небезпекою для життя і здоров'я[3]. І, дійсно, специфіка роботи вій-

[1] Синчук С.М. Проблеми законодавчого закріплення поняття непрацездатності /С.М. Синчук// Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2004. – Вип. 39. – С.374

[2] Клемпарський М. М. Правове регулювання пенсійного забезпечення працівнивік органів внутрішніх справ: дис... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Клемпарський Микола Миколайович. – Х., 2004. – С.61

[3] Проблемы правового регулирования социального обеспечения военнослужащих: монография / Н.В. Антипьева. – Омск: Изд-во Ом. гос. ун-та, 2009. – С. 288

ськовослужбовців очевидна, так як така діяльність безпосередньо стосується виконання особливо складних та небезпечних завдань, пов'язаних із захистом Батьківщини. З цього приводу О. Сайнецький вказує, що військова служба полягає у захисті суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності України і тому проявляється у виконанні поставлених завдань із можливістю застосування зброї, наявністю постійного ризику для життя і здоров'я внаслідок того, що військовослужбовці можуть брати участь у воєнних конфліктах, бойових діях та ін.[1].

Так, у статті 12 Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб» від 19 квітня 1992 року[2] передбачені обставини за яких може бути призначена пенсія за вислугу років, зокрема до них варто віднести наявність необхідної кількості вислуги років незалежно від віку або ж з врахуванням відповідного віку, однак завжди за умови звільнення зі служби. Тобто, для отримання такого виду пенсії крім вислуги років, інколи необхідно мати встановлений Законом вік, а також бути звільненим з роботи.

Розглянемо поняття «вислуги років» більш детально. На думку І. А. Філіпової вислуга років встановленої тривалості служить юридичним фактом, що дає право на пенсію незалежно від віку за умови звільнення з роботи, в зв'язку з якою призначається пенсія та є особливим видом спеціального трудового стажу[3]. З огляду на вищезазначене визначення, можна зробити висновок, що науковець розуміє вислугу років як самостійний (єдиний) юридичний факт, що є підставою виникнення пенсійних правовідносин, однак як ми вже зазначали вище стосовно військовослужбовців, окрім вислуги, ще однією важливою підставою виходу на пенсію за вислугою років є – вік. Так, Т. О. Луценко стверджує, що спеціальний стаж (вислуга років) виступає власне юридичним фактом у складі, який породжує пенсійні правовідносини за вислугою років, оскільки іноді законодавством передбачені додаткові вимоги (вік та стаж)[4]. З цього приводу, на наш погляд, правильною є точка зору П. Д. Пилипенка, який вважає вислугу років основною підставою, адже без неї пенсійні правовідносини за вислугою років не зможуть виникнути, більше того право на пенсію за вислугу років виникає при наявності повної вислуги, тобто якщо не вистачає хоча б

---

[1] Сайнецький О. Суть і особливості військової служби /О.Сайнецький// Публічне право. – 2013. – №3(11) – С.215-216

[2] Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб: Закон України від 19 квітня 1992 року № 2262-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 29. – ст.399

[3] Филипова И.А. Трудовой стаж как категория права социального обеспечения и трудового права / И.А. Филипова // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. – 2011. – № 3 (1). – С.267

[4] Луценко Т.О. Спеціальний стаж та його значення в системі пенсійного забезпечення / Т.О. Луценко// Право і безпека. – 2004. – № 3. – С. 117

одного дня стажу, такий вид пенсії не може бути призначено[1]. П. Д. Пилипенко вказує, що важливою рисою вислуги років є те, що вона, як і вік та страховий стаж, належить до основних підстав, що зумовлюють право на пенсію. Таке її значення безпосередньо випливає із законодавчої презумпції про втрату професійної працездатності чи придатності внаслідок тривалого виконання того чи іншого виду діяльності до настання віку, який дає право на пенсію за віком на загальних підставах[2].

Оскільки, вислуга років є одним із видів спеціального стажу, то її наявність дає право на певні переваги і пільги, зокрема, як вже зазначалось вище, військовослужбовцю, як правило, не потрібно досягати пенсійного віку для отримання пенсії, окрім того тривалість вислуги років суттєво знижена порівняно з загальним страховим стажем для цивільних громадян. Так, наприклад, пенсія за вислугу років, в розмірі не меншому, ніж прожитковий мінімум для непрацездатних громадян, буде виплачуватись військовому пенсіонерові за наявності від 20 до 25 років вислуги. Якщо ж говорити про осіб, умови пенсійного забезпечення яких передбачені Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»[3], то для отримання мінімальної пенсії за віком, яка встановлюється в розмірі не меншому прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність необхідно 30 років страхового стажу для жінок та 35 років для чоловіків.

Отже, вислуга років є видом спеціального стажу. Її характерними рисами є те, що: по-перше, вона може бути єдиною підставою виникнення пенсійних правовідносин за вислугою років, або ж бути однією із сукупності підстав, які дають право на цей вид пенсії; по-друге, вона завжди пов'язана з професійною втратою працездатності, а також з можливістю змінити сферу діяльності, що справляє негативний вплив на здоров'я.

Олена Радь,
к.ю.н., директор адвокатського об'єднання "Імунітет"

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ УКЛАДЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ (КОНТРАКТУ) З КЕРІВНИКАМИ ЗАКЛАДІВ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я КОМУНАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Однією з умов ефективного проведення медичної реформи в Україні є усвідомлення та готовність до впровадження політики реформування безпо-

[1] Колєснік-Омельченко Т. В. Правове регулювання пенсійного забезпечення за вислугу років педагогічних працівників: дис... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Колєснік-Омельченко Тетяна Володимирівна. – Х., 2010. – С.115

[2] Право соціального забезпечення України:Навчальний посібник / За заг.ред. П.Д. Пилипенка.- Вид. 3-є, змін. і доп. – К.: Істина, 2012. – С.58

[3] Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 09 липня 2003 року № 1058 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 49–51. – Ст. 356.

середніми виконавцями – закладами охорони здоров'я, їх керівництвом та трудовими колективами. До слова останні не завжди вповні готові до такого роду підтримки, адже впровадження нових механізмів фінансування системи охорони здоров'я, які засновані на засадах ринкових відносин передбачає потребу навиків сучасного управління бізнесом.

На ряду з прагненням до прозорості та відкритості, потреба у керівниках нової епохи стала передумовою для запровадження у деяких регіонах України практики укладення з керівниками комунальних закладів трудових договорів (контрактів) за результатами конкурсного відбору. До прикладу в Львівській області 16 лютого 2016 року Рішенням обласної ради № 73 було затверджено Положення про порядок проведення конкурсу та призначення керівників закладів, які перебувають у спільній власності територіальних громад сіл, селищ, міст Львівської області. Попри всі позитивні аспекти такого починання, зазначене Положення далеко не досконале та більшою мірою є висловленням політичної волі обласної влади ніж нормативним актом для якісного правового регулювання.

Так, згідно з п. 2 цього Положення керівником комунального закладу може бути особа, яка має вищу освіту, стаж роботи у відповідній галузі не менше п'яти років, загальний стаж роботи не менше 8 років, володіє державною мовою, відповідає встановленим кваліфікаційним вимогам та здатна за своїми діловими та моральними якостями, освітнім і професійним рівнем виконувати відповідні посадові обов'язки. Правова термінологія "відповідність кваліфікаційним вимогам", "наявність ділових та моральних якостей, освітнього та професійного рівня для виконання відповідних посадових обов'язків" також зустрічається в інших частинах цього нормативно-правового акта (п.п. 6, 7, 10, 16, 21-23, 28-30). Такі прості та закономірні вимоги все ж породжують проблеми в процесі конкретизації та встановлення їх наявності у кандидата на посаду керівника.

Відповідно до ст.16 Закону України "Про основи законодавства про охорону здоров'я України" керівником закладу охорони здоров'я незалежно від форми власності може бути призначено лише особу, яка відповідає єдиним кваліфікаційним вимогам, що встановлюються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я. Такі вимоги встановлено в Довіднику кваліфікаційних характеристик професій працівників. Випуск 78 "Охорона здоров'я", затвердженому Наказом Міністерства охорони здоров'я від 29 березня 2002 року № 117. Однак, обов'язковість застосування такого акту викликає сумніви.

Відповідно до ч. 3 п. 8 Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження Положення про Міністерство охорони здоров'я України" від 25 березня 2015 року № 267 нормативно-правові акти Міністерства охорони здоров'я підлягають державній реєстрації в установленому законодавством порядку. Єдиним актом законодавства, який закріплює порядок реєстрації нормативно-правових

актів в Україні залишається Постанова Кабінету Міністрів України "Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади" від 28 грудня 1992 р. № 731. Реєстрація здійснюється Міністерством юстиції. У своєму роз'ясненні стосовно Довідника кваліфікаційних характеристик професій працівників. Випуск 78 "Охорона здоров'я" Міністерство юстиції зазначає, що Наказ Міністерства охорони здоров'я від 29 березня 2002 року № 117 ними не реєструвався. Більше того, його вміст, тобто кваліфікаційний довідник, не належить до числа нормативно-правових актів, адже не є таким за своєю правовою природою та не може здійснювати правове регулювання трудових відносин. Водночас форма, тобто Наказ №117, в яку вкладено ці кваліфікаційні довідники, вимагає обов'язкової реєстрації Міністерством юстиції. Отже, лише за наявності такої реєстрації**,** підзаконний нормативно-правовий акт – Наказ Міністерства охорони здоров'я №117 набуває обов'язковості для неперсоніфікованого кола осіб.

Описана правова колізія полягає в конфлікті змісту та форми джерела права та виникла з суперечності між собою вищезгаданих Постанов Кабінету Міністрів України, Наказів Міністерства охорони здоров'я, ухвалених у 2002 та 2015 роках, ст. 16 Закону України "Про основи законодавства про охорону здоров'я України", законопроектів, які розроблені на виконання Національної стратегії реформування системи охорони здоров'я в Україні на 2015-2025 рр.

Вирішення цієї колізії можливе кількома правовими шляхами. Перший, видається, чи не найпростіший. Затвердити визначальні кваліфікаційні вимоги до кандидатів на посаду головного лікаря закладу охорони здоров'я не залежно від форми власності Наказом Міністерства охорони здоров'я, який зареєструвати у визначеному законодавством порядку. Фактично привести раніше ухвалені акти Міністерства охорони здоров'я у відповідність до вимог законодавства. При цьому особливу увагу потрібно приділити перегляду змісту кваліфікаційних вимог 14-тирічної давності. Адже такі не відповідають потребам часу та не забезпечують наявність у претендента навиків управління належного рівня. Однак, на нашу думку, такий спосіб все ж суперечитиме завданням та повноваженням, визначеним у п.4 Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження Положення про Міністерство охорони здоров'я України" від 25 березня 2015 року № 267.

Якщо ж погодитись з думкою, висловленою нами раніше та підтриманою Міністерством юстиції, що Довідник кваліфікаційних характеристик професій працівників. Випуск 78 "Охорона здоров'я" не повинен затверджуватись Наказом МОЗ та не підлягає реєстрації, то в такому разі він за своєю правовою природою не є актом нормативно-правового змісту, тобто фактично не є підставою для виникнення прав і обов'язків у невизначеного кола осіб. Як наслідок, носить рекомендаційний характер та не є обов'язковим до застосування власником закладу охорони здоров'я при обранні на посаду керівника закладу,

про що варто повідомити органи державної влади на місцях та органи місцевого самоврядування.

Такий спосіб вирішення спірної ситуації відповідає задекларованим новим засадам діяльності Міністерства охорони здоров'я, які базуються на принципах дерегуляції, максимального передання прав та обов'язків власникам комунальних закладів охорони здоров'я, автономізації медичних установ. Водночас свобода можливостей тягне за собою підвищення відповідальності за результати ухвалених рішень. В тому числі щодо встановлення органом місцевого самоврядування власних вимог до претендента на посаду керівника закладу та, що ще важливіше, визначення його відповідності цим вимогам. На сьогоднішній день існує проблема формування критеріїв та порядку оцінки "ділових та моральних якостей, освітнього та професійного рівня для виконання відповідних посадових обов'язків". Основною причиною наведених обставин є відсутність у службовців місцевого самоврядування навиків та досвіду у сфері сучасного HR-менеджменту. Використання органами державного управління сучасних досягнень у цій сфері, навиків та досвіду їх застосування на практиці є конче необхідним. Особливо при розумінні системних масштабів цієї проблеми. Адже переважна більшість закладів охорони здоров'я знаходиться в комунальній та державній власності, які, на жаль, продовжують очолювати головні лікарі, що відповідають суто формальним кваліфікаційним вимогам, визначеним Міністерством охорони здоров'я у 2002 році без встановлення фактичних ділових якостей та компетентності. Імплементація науково-практичних розробок визначення та встановлення компетентності претендентів на посади та керівників закладів охорони здоров'я є невід'ємною, базовою складовою медичної реформи та суттєво вплине на її хід. І це, як наслідок, неминуче спричинить підвищення якості надання медичних послуг.

Людмила Русаль,
к.ю.н., доцент кафедри права
Львівського інституту Міжрегіональної академії управління персоналом

СМЕРТЬ ПРАЦІВНИКА ЯК ЮРИДИЧНИЙ ФАКТ ПРИПИНЕННЯ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Як відомо чинний КЗпП України був прийнятий ще 1971 року, а тому частина його норм не відповідають потребам сучасного правового регулювання, незважаючи на велику кількість змін та доповнень, які були до нього прийняті. Зокрема, це стосується відсутності у змісті КЗпП такої підстави припинення трудових правовідносин як смерть працівника.

Так, смерть як юридичний факт – подія спричиняє припинення загальної (зокрема трудової) правоздатності особи та зумовлює неможливість (особою) бути учасником тих правовідносин, які невіддільно пов'язані з особою пра-

цівника. Зобов'язання як зміст таких правовідносин не може бути виконане іншою особою. Індивідуальні трудові правовідносини виникають на підставі трудового договору. «Трудовий договір є так званою угодою intuitu personae, що передбачає існування зв'язку між роботодавцем і найманим працівником, зумовленого необхідністю особистого виконання працівником роботи, визначеної угодою сторін»[1].

Смерть особи завжди є тим юридичним фактом, що зумовлює припинення правовідносин з її участю, в яких недопустимим є правонаступництво. Внаслідок смерті працівника відбувається також і припинення індивідуальних трудових правовідносин.

Чинний КЗпП України не містить норм, які регламентували б таку ситуацію. Натомість такий юридичний факт – подія, що припиняє індивідуальні трудові правовідносини, встановлений спеціальним законодавством. Деякі вказівки містяться в Інструкції про порядок ведення трудових книжок працівників з цього приводу (п. 4.3). У разі смерті працівника трудова книжка видається на руки його найближчим родичам під розписку або надсилається поштою на їх вимогу. У трудовій книжці померлого працівника у розділі «Відомості про роботу» у графі 3 записується: «Роботу припинено у зв'язку зі смертю».

Доречним тут є визначення кола тих суб'єктів, які в Інструкції позначені як найближчі родичі. З цього приводу пропонуємо внести зміни до КЗпП України: «У разі смерті працівника трудова книжка видається на руки членам його сім'ї (один з подружжя, батьки, діти, опікуни (піклувальники)). Суми заробітної плати та допомоги у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю, які належали працівникові, але не були одержані ним за життя, передаються членам його сім'ї, у разі їх відсутності – входять до складу спадщини».

Цілком очевидним є той факт, що смерть працівника є юридичним фактом-подією, що зумовлює виникнення юридичних наслідків. Вона є підставою припинення індивідуальних трудових правовідносин з найманим працівником, а тому, як видається, важливо законодавчо закріпити такий юридичний факт як підставу припинення індивідуальних трудових правовідносин.

Законодавством також передбачено випадок, коли смерть однієї особи-працівника може спричинити припинення трудового договору з іншими працівниками. Так, відповідно до ст. 16 Закону України «Про Кабінет Міністрів України»[2], смерть Прем'єр-міністра України має наслідком відставку всього складу Кабінету Міністрів України. За таких обставин більш правильним було б підставою припинення індивідуальних трудових правовідносин для інших працівників вважати закінчення строкового трудового договору.

---

[1] Пилипенко П. Д. Підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин / П. Д. Пилипенко. – К. : Знання, КОО, 2003. – с.50

[2] Про Кабінет Міністрів України : Закон України в ред. від 01.05.2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/794-18?nreg=794-18&find=1&text=%F1%EC%E5%F0%F2%FC&x=0&y=0#w11

Факт смерті працівника, відповідно до ч. 2 ст. 49 ЦК України, є актом цивільного стану. Смерть є ординарним юридичним фактом[1], який потребує лише фіксації настання. Про кожний факт реєстрації акта цивільного стану органи реєстрації актів цивільного стану видають відповідні документи встановленого зразка. В описаному випадку таким є свідоцтво про смерть, видане у встановленому порядку.

Аналогічними за правовими наслідками щодо припинення індивідуальних трудових правовідносин є належно встановлений та зафіксований факт безвісної відсутності працівника та оголошення його померлим. Індивідуальні трудові правовідносини припиняються і у випадках визнання працівника померлим за рішенням суду (ст. 46, 47 ЦК України) або безвісно відсутнім (ст. 43 ЦК України). Про це свідчать норми спеціального законодавства: така підстава припинення трудового договору передбачена для державних службовців згідно Закону України «Про державну службу», а також для посадових осіб, органів місцевого самоврядування (Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування»). Вони, хоч і не передбачені КЗпП України, використовуються як загальна підстава припинення індивідуальних трудових правовідносин.

Тому пропонуємо внести зміни до КзпП та закріпити описані вище юридичні факти як підставу припинення індивідуальних трудових правовідносин.

Працедавець може вимагати визнання працівника померлим або безвісно відсутнім також для припинення трудового договору з метою прийняття нового працівника або для припинення сплати страхових внесків за найманого працівника із загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Зважаючи на викладене вище, виправданою є запропонована у проекті Трудового кодексу України[2] ст. 104. «Припинення трудових відносин у разі смерті працівника, визнання його безвісно відсутнім або оголошення померлим»: Трудові відносини припиняються в разі смерті працівника, визнання його судом безвісно відсутнім або оголошення померлим з дня смерті або дня набрання законної сили рішенням суду. Вимоги щодо заробітної плати, гарантійних і компенсаційних виплат, що належали працівникові, пред'являються роботодавцю його спадкоємцями або особами, які понесли витрати на поховання, на підставі належно оформлених документів, що підтверджують такі витрати.

Проблема законодавчого закріплення такої підстави припинення індивідуальних трудових правовідносин породжує ще одне питання практичного застосування цієї норми. Досвід правозастосування не передбачає жодного механізму повідомлення роботодавця про смерть працівника. Доцільно, на нашу думку, передбачити обов'язок компетентних державних органів, які мають реє-

---

[1] Рожкова М. А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения / Исслед. Центр. частного права. – М. : Статут, 2009. – с.119.

[2] Проект ТК від 26.12.2014 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221

струють смерть особи, надсилати копію свідоцтва про смерть за місцем роботи такої особи і, відповідно, обов'язок суду надсилати копію судового рішення про визнання особи померлою чи безвісно відсутньою роботодавцю.

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

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ВОЛОДІННЯ ТА ВИЗНАЧЕННЯ ЙОГО МІСЦЯ У СИСТЕМІ РЕЧОВИХ ПРАВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ДЕЯКИХ КРАЇН ЄС

Категорія володіння — це складний інститут цивільного права, який поєднує в собі правовий та фактичний аспекти. Дослідженню даного питання присвячено чимало наукових робіт, у тому числі відомих українських вчених-цивілістів О.В. Дзери, С.О. Погрібного, Є.О. Харитонова, В.В. Цюри, Я.М. Шевченко та інших. Втім, проблема категорії володіння у цивільному праві України залишається невирішеною завдяки суперечностям чинного законодавства та неможливістю застосування відповідних положень, присвячених володінню.

Слід, зокрема, звернути увагу на такий суперечливий факт, згідно якого ст.395 ЦК України володіння відносить до речових прав на чуже мано, але Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 01.07.2004 №1952-IV не включає володіння до переліку речових прав, що підлягають державній реєстрації, тобто, по суті, не визнає речову природу володіння і суперечить тим самим нормативним положенням ЦК України. Зазначене проблемне питання заслуговує на ґрунтовне дослідження, основні напрями якого спробуємо визначити у тезах.

Слід підкреслити, що незважаючи на давнє походження проблематики категорії володіння, вона не втрачає своєї актуальності і, навпаки, набуває додаткових питань на сучасному етапі розвитку цивільного законодавства України. Існування категорії володіння, як зазначав професор. І.А. Покровський, «вимагає культурна правосвідомість, повага людини до людини, спокій суспільного життя, громадянський мир, а завдяки цьому навіть інтереси самих власників»[1].

Своєрідність, неординарність категорії володіння стали підставою створення теоретичного вчення про володіння. Його розробку почали ще римські

[1] Покровский И.А. Основніе проблемі гражданського права. – М.: Статут., 2009. – С.222

юристи (Gai, Labeon,Paul), але лише у 19 ст. воно набуло розвитку (тільки в одній Німеччині з 1800 по 1864 р. було надруковано понад 100 монографій присвячених володінню). Проте одностайності серед вчених не було, їх погляди часто-густо суперечили один одному.

Попри це у 19 ст. існувало два найбільш значні вчення про володіння — засновника історичної школи права німецького вченого Ф.Савіньї[1], та його опонента – німецького вченого Р.Ієринга[2]. Всі інші вчені вели полеміку на підставі їх концепцій. Ці концепції стали базовими для нормативних положень про володіння європейського цивільного законодавства.

Як підкреслює один із сучасних дослідників проблем категорії володіння С.Століар, «Володіння зайняло особливе місце у цивільному праві. Воно нібито чекало на прийняття двох основних цивільних кодексів — Французького та Німецького, щоб запропонувати не всі, а лише реально діючі концепції»[3].

Обидва кодекси засновані на концепціях володіння, основу яких склали загальновідомі теорії Ф.К. Савіньї та Р.Ієринга. Французький цивільний кодекс (далі ФЦК) приділяє особливу увагу двом елементам — animus і corpus, які є невід'ємною частиною володільницької теорії Ф.К.Савіньї, тоді як Німецьке цивільне уложення (далі НЦУ) передбачає лише corpus, слідуючи теорії Р.Ієринга.

На підставі вищезазначеного можна зробити певні висновки. Оскільки сучасне цивільне законодавство європейської системи права побудовано на нормативному матеріалі ФЦК та НЦУ і, навіть, поділяється відповідно на інституціональну та пандектну систему права, це означає, що основні положення концепцій володіння, покладені в основу відповідних нормативних положень, залишаються актуальними для проведення певних досліджень і в українській цивілістиці.

У зв'язку з цим доцільно, на нашу думку, зробити порівняльний аналіз як вказаних теорій, так і норм законодавства.

Слід підкреслити, що теорія Ф.К. Савіньї була побудована на основі вивчення та узагальнення джерел римського права. Згідно з цією теорією головними елементами володіння слід вважати "corpus" – фактичне панування над річчю, поєднане з "animus" — наміром (волею) володіти річчю для себе. Для даної теорії є характерним є досить різке розмежування між володінням і держанням (detentio). Перше являє собою "володіння для себе", друге — "володіння для іншого".

Тобто у теорії Ф.К. Савиньї категорія володіння засновувалась на двох елементах — corpus possessionis та animus possessionis і на цій основі було побудовано поняття "похідного володіння". Теорія володіння Ф.К.Савіньї містила

---

[1] Ф.К.Савиньи. Система современного римского права. – М.: Статут, 2011. – С.6 -15

[2] Иеринг Р. Об основании защиты владения.: Пер. с нем. - М, 1883. 179 с.

[3] Samuel Stoliar. Possession in the Civil Codes // International and Comparative Law Quaterly. – 1984. – Vol.33. – p. 1026-1032.

певні недоліки і суперечності, втім, незважаючи на її недосконаліть вона була сприйнята багатьма вченими того часу, такими як Г.Ф. Пухта, Б. Віндшейд, К.Г. Брунс, які незважаючи на дрібні розбіжності були єдині в тому, що володіння складається з двох елементів. Таким чином, у Європі на той час була створена школа послідовників Ф.К. Савіньї, які були представниками так званої «історичної школи права».

Найбільш суттєва критика "вольової терії" була надана Р. Ієрінгом у його монографії "Воля у володінні". У зазначеній монографії Р. Ієринг запропонував новий погляд, згідно якому кожне фактичне держання речі, незалежно від волі володільця слід вважати володінням, за винятком тих випадків, коли законодавець виходячи з будь-яких практичних міркувань оголошує таке володіння держанням. Держанням, на думку Р.Ієринга слід вважати володіння якому недоцільно надавати володільницького захисту, а саме: 1) домашнє володіння; 2) представниче володіння; 3) миттєве володіння.

На нашу думку, "вольова теорія" володіння Ф.К. Савіньї не спроможна була надати повного та несуперечливого розуміння категорії володіння, тому похідне володіння трансформувалося у більш прогресивну конструкцію "безпосереднього" володіння, що належить всім законним володільцям чужої речі. Відтак, опосередковане та безпосереднє володіння являють собою подвійну конструкцію володіння.

Конструкції подвійного володіння представлена у сучасному цивільному законодавстві пандектної системи континентального європейського права. Наприклад, ч.2 ст.33 Закону Естонії «Про речове право» встановлює «пряме» і «непряме» володіння: «особа, що володіє річчю на підставі відносин оренди, найму, охорони, застави та інших подібних відносин, які надають йому право тимчасового володіння річчю іншої особи, слід вважати прямим володільцем, а іншу особу — непрямим володільцем».

Поділ володіння на безпосереднє та опосередковане володіння вперше було закріплене в НЦУ і спрямовувалось на усунення суперечностей між визнанням володільцями тих осіб, які одержали майно на підставі договору від власника і римським принципом недопущення одночасного володіння річчю різними особами. Римське право визнавало володільцем прекриста а не власника, який передав річ у прекарне володіння. Німецьке законодавство визнавало володільцями як власника, так і орендаря. Володіння орендаря має назву безпосереднього володіння (unmittelbarer Besitz), володіння власника – опосередкованого володіння (mittelbarer Besitz) (§ 868 НЦУ) Володільницькій позов має право пред'явити як опосередкований, так і безпосередній володілець. Опосередкований у тому разі, якщо виникає необхідність відновлення безпосереднього володіння. У параграфі 869 НЦУ чітко вказано: «У разі позбавлення володіння, посередній володілець має право вимагати відновлення володіння попереднього володільця; якщо останній не може, або не хоче знов вступити до володіння, то посередній володілець має право вимагати, щоб володіння

передали йому». Аналогічна за змістом норма міститься у ст.47 Закону Естонії «Про речове право».

ЦК Нідерландів також виділяє безпосереднє та опосередковане володіння, (ст.3 :07), аналогічно здійснюється поділ володіння у цивільному законодавстві Естонії, Молдови, Литви з використанням термінів пряме і непряме володіння (ст.304 ГК Молдови, ч.2 ст.33 Закону Естонії «Про речове право», ЦК Литви)

Позитивною рисою вищезазначеної правової конструкції, на наш погляд, є той факт, що власник речі не втрачає правовий зв'язок із своєю річчю і цей правовий зв'язок має прояв у тому, що в разі порушення «безпосереднього» володіння орендаря, наймача, заставодержателя, охоронця, власник також має право на захист володіння.

Наука радянського цивільного права не визнавала володіння окремим інститутом. Володіння розглядалось як одне з повноважень власника, що може передаватися за договором іншим особам.

Деякі сучасні українські вчені-цивілісти пропонують розрізняти два основних напрямки трактування володіння – володіння у західній та східній традиціях права.[1] Західна традиція розглядає володіння як окремій, самостійний інститут. Східна правова традиція характеризується тим, що для неї не притаманно надавати захист безтитульному (фактичному) володінню від власника або іншої уповноваженої особи.

Необхідно підкреслити, що у сучасному цивільному законодавстві України відсутнє поняття володіння як окремого речового права, невизначені його види, зокрема, самостійне володіння, похідне володіння, безпосереднє або опосередковане, фактичне володіння, титульне володіння. Похідне володіння згадується лише у теоретичних джерелах, підручниках. Ним вважається володіння, що придбано від власника на підставі договору або за інших правових підстав. Але таке визначення не встановлено у законодавстві. На нашу думку слід визначитися, які саме концепції і теорії володіння мають скласти основу законодавчих конструкцій, які саме види володіння слід визначити на законодавчому рівні.

Необхідно звернути увагу і на наступну аргументацію стосовно поділу володіння на види: «Право володіння необхідно відрізняти від права на володіння. Право власності, наприклад, є правом, що обумовлює володіння. Але, якщо злодій вкраде будь-яку річ, то її законний володілець незважаючі на наявність права на володіння втрачає право володіння. Злодій, навпаки за відсутністю права на володіння набуває право володіння. Подібне право на володіння як правило слідує із зобов'язального договору, укладеному між володільцем та власником речі або з так званого обмеженого речового права»[2], — підкреслює, зокрема, сучасний німецькій вчений-цивіліст Я.Шапп. () На нашу думку, слід

[1] Погрібний С.О. Володіння у цивільному праві.- О. :Юрид літ., 2002 - С.200.

[2] Шапп Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. – М.: Изд. БЕК, 1996. – С. 24

розробити концептуальні засади поділу володіння на види з врахуванням усіх реалій розвитку суспільних відносин в Україні і обґрунтування необхідності захисту фактичного володіння.

У сучасній теорії володіння розмежування між законним та незаконним володінням не проводиться. Законне володіння виділяється з володіння-факту, а останнє, в свою чергу розглядається як загальна, більш широка категорія.

Необхідно зробити висновок, що у цивільному законодавстві України на відміну від цивільного законодавства більшості країн ЄС відсутнє поняття володіння як окремого речового права, невизначені його види, залишається не до кінця вивченою правова природа фактичного володіння та його місце у системі речових прав, відсутній поділ на похідние та самостійним володіння, опосередковане та безпосереднє.

Вважаємо, що такий підхід не дозволяє об'єднати усі положення про володіння і ставить під сумнів необхідність існування окремої глави, присвяченій володінню.

Марина Седельникова,
к.ю.н., доцент, заведующая кафедрой социального права юридического факультета Омского государственного университета им. Ф. М. Достоевского

К ВОПРОСУ О ПРОГНОЗИРУЕМОЙ ЭФФЕКТИВНОСТИ НОРМ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Социально-обеспечительные отношения, являясь по своей сути перераспределительными, обречены на теснейшую связь с экономическими процессами, происходящими в обществе. Сегодня мы наблюдаем постепенную смену базовых подходов к социальному обеспечению. Отчасти эти процессы ускорились благодаря экономическому кризису, но все же их причины, кореняться, в первую очередь, в изменении экономической модели и политических идей, ее обосновывающих.

Законодатель, находящийся в условиях перманентного дефицита денежных средств, активно апробирует новые подходы к правовому регулированию пенсионных отношений, медицинского страхования, социального обслуживания и т.д. Полагаем, что в большинстве случаев говорить о высокой эффективности новелл законодательства вряд ли возможно. Такой вывод сделан нами на основе анализа взятых в единстве оптимальности и результативности, как содержательных характеристик эффективности правовых норм.

Наиболее ярким примером последнего времени может служить предложение о введении так называемого «налога на тунеядцев». Фактически предлагается возложение обязанности уплаты страховых взносов за неработающее население на граждан, которые по причинам не имеют официального места ра-

боты, и, как следствие, дохода. Прогнозируемая эффективность данной нормы, с точки зрения законодателя, очень высока. Это позволит привлечь дополнительные денежные средства в бюджеты фондов обязательного медицинского страхования, освободив при этом от ощутимого финансового бремени бюджеты субъектов федерации. Однако при более пристальном рассмотрении ситуации возникает слишком много вопросов, первым из которых может стать следующий – какова цель принятия названной нормы? Может ли в качестве таковой выступать ликвидация дефицита бюджета Федерального фонда обязательного медицинского страхования? Как может измениться размер собираемых взносов при неизменном способе определения фиксированного платежа? Каковы будут расходы на администрирование этих взносов? На какой объем медицинской помощи смогут рассчитывать неработающие граждане, не уплатившие страховые взносы? Как это согласуется с конституционным правом граждан на бесплатную медицинскую помощь?

В попытке повысить эффективность действующих норм об обязательном медицинском страховании вышеназванным способом, законодатель может лишь усугубить ситуацию. Вместо консолидированного страхователя – органа исполнительной власти субъекта федерации – появятся миллионы индивидуальных плательщиков, взыскание страховых взносов с которых будет представлять большие сложности и потребует дополнительных затрат. Более того, лишение значительного числа граждан страны доступа к бесплатной медицинской помощи никак не согласуется с конституционными нормами и положениями международных актов.

В свое время, те же идеи (увеличение доходной части бюджета ОМС) двигали законодателем, когда он устанавливал размеры фиксированного страхового взноса за неработающее население. Прогнозируемый результат так и не был достигнут. Поиск дополнительных финансовых источников будет продолжаться и далее, если реагировать на следствия, а не причины происходящего, кроющегося в квази-страховом характере обязательного медицинского страхования. Полагаем, что кардинальное решение проблемы обеспечения права граждан на получение бесплатной медицинской помощи возможно с ее возвращением в систему государственного социального обеспечения. Не идеализируя данный способ функционирования здравоохранения, хотим отметить, что он позволит обеспечить реальную экономию, за счет исключения избыточных структур. Кроме того, мировой опыт свидетельствует о преимуществах системы медицинской помощи с бюджетным финансированием.

Неэффективность реформ в сфере пенсионного обеспечения российских очевидна, хотя применительно к каждой из них прогнозировался совершенно иной результат. Обозначенная проблема столь многоаспектна и не может быть исследована в рамках небольшой статьи. Позволим себе высказать лишь отдельные суждения на этот счет. Эффективность пенсионного законодательства невозможна без его стабильности. Длящийся характер отношений предполагает

необходимость видения не только тактических, но и стратегических – в первую очередь именно их – целей. Сложно заставить граждан поверить в перспективы накопительной пенсии в том случае если поведение законодателя свидетельствует о том, что он и сам не определился их статусом и потенциалом. Проводившиеся нами опросы граждан свидетельствуют о том, что подавляющее число респондентов не рассматривают накопительную пенсию как действенный инструмент обеспечения финансового благополучия в старшем возрасте. Кроме того, потенциальные получатели пенсий имеют очень смутное представление об основных положениях пенсионного законодательства, не понимают его, и, как следствие, возможности стимулирования выбора ими правомерного варианта поведения очень ограничены. Индивидуальный пенсионный коэффициент, пришедший на смену стажу и пенсионным накоплениям, равно как и его стоимость, представляются гражданам чрезвычайно абстрактными понятиями, а сама вероятность влияния на них минимальной. Именно поэтому, реальными способами повышения эффективности правовой нормы является доступность ее изложения, ориентированность на реального адресата. Вряд ли в 2002 году российские граждане, не обладающие в основной массе финансовой грамотностью, были готовы оценить преимущества накопительной части трудовой пенсии.

Принимая Федеральный закон «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей»[1] законодатель в качестве основной назвал цель создания условий, обеспечивающих этим семьям достойную жизнь. Стимулирование рождаемости в качестве цели не обозначалось, хотя, безусловно, подразумевалось. Подводя промежуточные итоги почти десятилетнего действия названного закона, приходится признать следующее. В стране существенно возросло количество рождений вторых и третьих детей, увеличилось число многодетных семей. Основным направлением расходования средств материнского (семейного) капитала стало улучшение жилищных условий. Одновременно с этим отмечались многочисленные злоупотребления, связанные с обналичиванием целевых средств, были возбуждены десятки уголовных дел. Сегодня значительная часть появившихся многодетных семей имеют низкий уровень дохода и являются получателями государственной социальной помощи, многие из них социально неблагополучны. Данный пример показывает, что однозначная оценка эффективности правовых норм зачастую затруднительна. Причинами может быть неочевидность цели, разорванность результатов во времени, наличие, наряду с положительными результатами, отсроченного отрицательного эффекта.

Подводя итоги сказанному, хотелось бы выразить надежды на то, что при осуществлении законотворческой деятельности всегда будет учитываться про-

[1] Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. №256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей»// Доступ из СПС «Консультант Плюс»

гнозируемая эффективность правовых норм, а ее оценка будет носить объективный и комплексный характер, основываясь на современных научных разработках теории права и отраслевых наук.

Олена Середа,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри трудового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗАХИСТ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ В УМОВАХ ЕВРОІНТЕГРАЦІЇ

Прагнення нашої держави до об'єднання зі світової спільнотою ставить на порядок денний питання щодо усвідомлення становлення нової правової системи України та запровадження міжнародних стандартів у трудове законодавство. Норми права, які регулюють суспільні відносини, пов'язані з реалізацією права на працю, ще досить недосконалі і містять у собі низку суперечностей.

Глобалізація світових процесів поклала початок реформуванню трудового законодавства України шляхом імплементації норм міжнародного права в галузі трудових відносин в українське національне законодавство; приведення норм трудового законодавства до єдиної системи; адаптації українського законодавства до законодавства Європейського Союзу. Важливою умовою успішної інтеграції України до Європейського Союзу є піднесення на новий рівень національного трудового законодавства та здійснення максимально доступної можливості реалізації права на працю для громадян України.

Потрібно зазначити, що у правових джерелах наголошується на тому, що категорія «захист прав людини» є категорією законодавчою, а для її правильного використання на теоретичному рівні необхідно чітко окреслити суть та зміст цієї категорії[1]. При цьому проблематика щодо правового механізму захисту прав в царині праці є недостатньо проаналізованою і висвітленою.

Говорячи про захист трудових прав, слід враховувати, що трудові права, а отже, і їх захист, є у працівників (які вже працюють і уклали трудовий договір або контракт) і в осіб, які ще не є de jure працівниками, але мають бажання працевлаштуватися. Йдеться, зокрема, про відмову в прийомі на роботу з мотивів, пов'язаних із дискримінацією. У подібних ситуаціях захист права на працевлаштування також прийнято розглядати як захист трудових прав.

Відповідно до Конституції України будь-яке пряме або непряме обмеження прав чи встановлення прямих або непрямих переваг при укладенні, зміні та припиненні трудового договору залежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної приналежності, статі, мови, політичних поглядів,

[1] Шишкін, В. Чи готова держава до захисту прав громадян? (риторичні міркування) [Текст] / В. Шишкін // Право України. – 1995. – №12. – С. 28–30.

релігійних переконань, членства у професійній спілці чи іншому об'єднанні громадян, роду і характеру занять, місця проживання не допускається[1].

Генеральна конференція Міжнародної організації праці прийняла ряд пропозицій стосовно дискримінації у галузі праці й занять[2]. Так, національна політика повинна спрямовуватися на недопущення дискримінації у галузі праці й занять. Ця політика має застосовуватися шляхом законодавчих заходів, колективних договорів між представницькими організаціями роботодавців і працівників чи будь-яким іншим способом, сумісним із національними умовами та практикою, з належним урахуванням таких засад: заохочення рівності можливостей і поводження в галузі праці й занять є питанням, що становить суспільний інтерес; усі особи повинні користуватися без дискримінації рівністю можливостей і поводження щодо: доступу до установ, котрі відають професійним орієнтуванням та працевлаштуванням; доступу на власний вибір до навчання й роботи на основі особистих нахилів до цього навчання або роботи; просування по роботі відповідно до їхньої особистої вдачі, знань і старанності; надійності становища на займаній посаді; плати за працю рівної цінності; умов праці, куди входять робочий час, періоди відпочинку, щорічна оплачувана відпустка, техніка безпеки та охорона здоров'я на підприємстві, а також заходи щодо соціального забезпечення та побутового обслуговування і види допомоги, що надаються у зв'язку з роботою.

У процесі європейської інтеграції Україна повинна скасовувати будь-яке законодавство та змінювати будь-які посадові інструкції й будь-які нормативно-правові акти в царині праці, а відповідно і правозастосовну практику, які несумісні із встановленою політикою, які не базуються на загальнолюдських цінностях, визнаних світовою спільнотою. Має здійснюватися безперервне співробітництво державними інституціями, представниками роботодавців і представниками працівників та належними органами для розгляду того, які подальші заходи можуть бути потрібні з урахуванням національних умов для виконання антидискримінаційних засад та системного покращення трудового законодавства.

Україна повинна забезпечити застосування засад недопущення дискримінації відносно роботи, прямо підвідомчої державній владі; у діяльності установ професійного орієнтування, професійного навчання та працевлаштування під керівництвом державної влади; заохочувати, де це можливо і потрібно, дотримання цих засад стосовно інших робіт і стосовно інших установ професійного орієнтування, професійного навчання та працевлаштування і, зокрема: заохочувати до забезпечення застосування цих засад штатні, провінційні або місцеві урядові відомства чи органи, а також галузі промисловості і підприємства, котрі

---

[1] Кодекс законів про працю України [Текст] : Закон УРСР від 10.12.1971 р. №322-VIII // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1971. – Дод. до №50.

[2] Рекомендація щодо дискримінації в галузі праці та занять від 25.06.1958 №111 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_602.

перебувають у власності держави чи під державним контролем; обумовлювати дотриманням вищезазначених засад надання замовлень, пов'язаних із витрачанням державних коштів

Значну складність становить можливість розуміння захисту трудових прав у частині притягнення до дисциплінарної відповідальності (процедури й механізм накладення дисциплінарних стягнень), підстави та умови матеріальної відповідальності працівників. Чітке розуміння механізму й меж, суб'єктного складу адміністративної і кримінальні відповідальності у разі порушення посадовими особами трудових прав тощо. Для правильної відповіді на зазначені проблемні питання необхідно вивчити співвідношення захисту трудових прав із відповідальністю за порушення, а також співвідношення захисту і охорони трудових прав.

Таким чином, захист трудових прав і відповідальність за їх порушення тісно пов'язані між собою. У більшості випадків мова йде про різні аспекти того самого правового явища, і захист трудових прав часто реалізується через відповідальність роботодавця. Наприклад, стягнення судом компенсації моральної шкоди на користь працівника буде одним зі способів захисту його трудового права, а для роботодавця — юридичною відповідальністю за вчинене правопорушення.

Світлана Синчук,
д.ю.н., доцент, професор кафедри соціального права
Львівського національного університету імені Івана Франка

ЩОДО РЕФОРМИ ПЕНСІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЯК СКЛАДОВОЇ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНОГО КУРСУ УКРАЇНИ[1]

У напрямі європейської інтеграції України важливим є підвищення значення індивідуальної (персональної) відповідальності особи за майбутній рівень соціального забезпечення. За висновком західних вчених, для ринкової економіки він є основним принципом побудови і розвитку національних систем соціального страхування та відображається у фінансовому механізмі компенсацій наслідків соціального ризику зусиллями самих працівників[2]. Саме працівники повинні здійснювати права та обов'язки застрахованої особи та соціального страхувальника в межах єдиних соціально-страхових правовідносин. Аргументом на користь такого підходу є твердження, що страхове відшкодування (пенсії,

[1] Публікація містить результати досліджень, проведених при грантовій підтримці Державного фонду фундаментальних досліджень за конкурсним проектом «Правове регулювання пенсійного забезпечення в Україні та Республіці Білорусь: становлення, сучасний стан, перспективи розвитку і взаємодії» № 22742.

[2] Роик В.Д. Основы социального страхования: организация, экономика и право: Учебник / В.Д. Роик. – М.: Изд-во РАГС, 2007. – С.389

допомоги, послуги) повинні бути правом особи, зобов'язанням страховика, а не соціальною підтримкою – благодійністю з боку держави, а внески самих застрахованих – бути засобом підтримання гідності особи – одержувача.

В контексті ефективної реалізації принципу індивідуальної соціальної відповідальності особи у сфері пенсійного забезпечення важливим є розв'язання декількох проблем.

Передусім, в Україні до тепер (з 01.01.2004р.) не введена система накопичувального пенсійного страхування, що базується на засадах накопичення коштів застрахованих осіб у Накопичувальному фонді або у відповідних недержавних пенсійних фондах. Її запровадження дозволило б реалізувати принцип заінтересованості кожної працездатної особи у власному матеріальному забезпеченні після виходу на пенсію, оскільки передбачатиме можливість збільшення солідарної пенсії за віком на розмір пенсійних виплат їх накопичувальної системи, можливість отримання особою пенсійних виплат разово одразу або частинами відповідно до договору, можливість особи розпоряджатися власними пенсійними коштами шляхом заповідання. Звичайно, що запровадження накопичувального рівня мало б супроводжуватися додатковими державними гарантіями його функціонування (в частині інвестиційних проектів та забезпечення компенсаційних механізмів інфляційних втрат рівня пенсійного забезпечення, недопущення банкрутства залучених до її функціонування суб'єктів тощо).

По друге, назріла необхідність реформування заробітної плати особи таким чином, щоб вона забезпечувала гідний рівень життя особи та могла слугувати базою для соціального інвестування особою у власне майбутнє соціальне забезпечення.

Відповідно до Конвенції МОП №102 залежно від виду соціального ризику прийнятними розмірами виплат (допомог та пенсій) вважатимуться такі, які рівні 40-50% від величини кваліфікованого працівника. Навіть застосувавши прості арифметичні обчислення, бачимо, що отримання особою заробітної плати на рівні середньої в державі призведе до виникнення у неї права на мінімальну пенсію, яка своєю чергою гарантована в розмірі державного соціального стандарту – прожиткового мінімуму. Набір продуктів харчування, непродовольчих товарів та послуг[1], вартісна величина яких формує розмір прожиткового мінімуму також не забезпечує реалізацію принципу гідного рівня особи. Страхові соціальні виплати (як пенсії, так і допомоги) зумовлені минулою трудовою діяльністю та рівнем її оплати, а відтак рівень заробітної плати повинен бути гідним (достатнім). Саме тому оплата праці, забезпечення її істотної позитивної динаміки складає сьогодні основний пріоритет соціальної політики і для формування інституційних передумов створення цивілізованої

[1] Про затвердження наборів продуктів харчування, наборів непродовольчих товарів та наборів послуг для основних соціальних і демографічних груп населення: постанова Кабінету Міністрів України від 14 квітня 2000 р. N 656 // Офіційний вісник. – 2000 р. – № 16. – стор. 97. – стаття 675. – код акту 15694/2000

системи соціального страхування, як найбільш поширеної за суб'єктним складом організаційно-правової форми соціального забезпечення[1].

З метою дієвості принципу індивідуальної відповідальності необхідно збільшити розмір заробітної плати на розмір єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Неотримувана частина зарплати, яка сплачується роботодавцем як внесок в системі соціального страхування з публічним правовим статусом, не ідентифікується працівником як зароблена. До того ж, існує практика, коли фізичні особи-роботодавці додатково зменшують розмір винагороди працівника за виконану роботу на розмір такого внеску, тим самим порушуючи одне із основних трудових прав особи.

По-третє, важливо забезпечити принцип стабільності правового статусу особи у сфері пенсійного забезпечення. Вітчизняне соціальне законодавство перманентно змінюється, здебільшого не на користь індивідуального споживача послуг систем пенсійного забезпечення, таким чином, що одна особа впродовж свого трудового періоду (чи життя) стає учасником однієї і тієї ж програми на різних умовах (відміна соціальних виплат, зміна умов виникнення права особи на певний вид соціально-забезпечувального надання тощо). У сфері пенсійного забезпечення таким яскравим прикладом є нестабільність правових статусів пенсіонерів, визначених законами України «Про державну службу», «Про прокуратуру», «Про судоустрій і статус суддів», «Про наукову та науково-технічну діяльність» тощо. Загалом підтримуючи втілення принципу єдності правового регулювання у сфері пенсійного забезпечення, все ж вважаємо, що перехід на уніфіковані програми пенсійного забезпечення громадян в Україні повинні відбуватися менш травматично та з урахуванням того факту, що вони (такі програми) стосуються всього періоду здійснення особою трудової діяльності, а отже не можуть раптово змінюватись у передпенсійний віковий період конкретного споживача послуг соціальних програм. Адже це, передусім, породжує недовіру в суспільстві до програм державного пенсійного забезпечення та небажання громадян ставати учасниками добровільних (недержавних або державних).

По-четверте, назріла необхідність законодавчо визначити статус страхових внесків, які сплачуються за програмами соціального страхування як індивідуальний (або солідарний) соціальний капітал особи. Світова практика, відображена у положеннях конвенцій МОП, трактує соціальні страхові внески як резервування частини заробітної плати працівників. Їхня економічна та правова природа, на думку Е. Г. Тучкової, є безальтернативною та свідчить, що страхові внески є об'єктом соціальної власності: є соціальним капіталом

[1] Синчук С. М. Гарантування гідного рівня життя особи у сфері соціального забезпечення / С. М. Синчук // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – Львів : Львів. нац. ун-т імені Івана Франка, 2011. – Вип. 52. – С. 240.

застрахованих осіб та їх утриманців, який вони використовують у випадку настання страхових випадків[1].

Такими, на нашу думку, є пріоритетні напрями забезпечення ефективності запровадження індивідуальної відповідальності особи у сфері пенсійного забезпечення.

Сергій Сільченко,
к.ю.н., доцент кафедри трудового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДЕЯКІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПЕНСІЮ ПІД ЧАС РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ЇЇ ВИБІР

Протягом останніх років законодавство про пенсійне забезпечення зазнало суттєвих змін. Здебільшого відбувалося погіршення умов забезпечення як за базовим Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», так і за спеціальними законодавчими актами.

Так, з прийняттям нового Закону України від 14.10.2014 р. «Про прокуратуру» істотно змінилися умови пенсійного забезпечення прокурорів і слідчих, особливо, якщо їх порівнювати з правилами, що містила ст. 50-1 Закону України від 05.01.1991 р. «Про прокуратуру» в редакції Закону від 12.07.2001 р. Новий Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність» від 26.11.2015 р. зафіксував стан пенсійного забезпечення науковців, який суттєво погіршився порівняно з тим, який був визначений попереднім Законом від 13.12.1991 р. Нарешті з набранням чинності Законом України від 10.12.2015 р. «Про державну службу» скасовано особливі умови пенсійного забезпечення для державних службовців. Цим самим заблоковано можливість перерахунків пенсій, які були передбачені ст. 37-1 попереднього Закону «Про державну службу», а також призначення нових спеціальних пенсій.

Звичайно, що такий стан справ не може задовольняти багатьох з тих, хто втрачає чи втратив пенсійні преференції. Деякі пенсіонери відмовляються від спеціальних пенсій на користь загальних, передбачених Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». Можливість такого вибору передбачена ст. 6 Закону України «Про пенсійне забезпечення» від 05.11.1991 р., яка закріплює, що особам, які мають одночасно право на різні державні пенсії, призначається одна пенсія за їх вибором.

Між тим, в процесі реалізації права на вибір пенсії виникає суттєва проблема, пов'язана з визначенням розміру нової пенсії. Органи Пенсійного фонду

[1] Тучкова Э. Г. Право человека на жизнь и его гарантии в сфере социального обеспечения / Э. Г. Тучкова // Право человека на жизнь и гарантии его реализации в сфере труда и социального обеспечения : материалы международной науч.-практ. конф. ; под ред. К. Н. Гусова. – М. : Проспект, 2008. – С. 15.

України, розглядаючи подібні звернення, використовують для визначення розміру пенсії показник середнього заробітку, який враховувався під час призначення (попереднього перерахунку) попереднього виду пенсії. При цьому вони посилаються на ч. 3 ст. 45 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», яка визначає, що переведення з одного виду пенсії на інший здійснюється з дня подання заяви на підставі документів про страховий стаж, заробітну плату (дохід) та інших документів, що знаходяться на час переведення з одного виду пенсії на інший в пенсійній справі, а також додаткових документів, одержаних органами Пенсійного фонду. При переведенні з одного виду пенсії на інший за бажанням особи може враховуватися заробітна плата (дохід) за періоди страхового стажу, зазначені в частині першій статті 40 цього Закону, із застосуванням показника середньої заробітної плати (доходу), який враховувався під час призначення (попереднього перерахунку) попереднього виду пенсії. Оскільки, на думку фахівців Пенсійного фонду України, ч. 3 ст. 45 вказаного Закону регламентовано порядок переведення з одного виду пенсії, призначеного саме за цим законом, на інший, то і показник середньої заробітної плати при переведенні на інший вид пенсій має бути незмінним, тобто таким, яким він був на час призначення попередньої пенсії.

На сьогодні сформована неоднозначна судова практика з приводу застосування даної норми. Вважаємо, що істотне значення для правильного її застосування має правова позиція, сформована Судовою палатою в адміністративних справах Верховного Суду України у постанові від 31 березня 2015 р. (справа № 21-612а14) та постанові від 22.12.2015 р. (справа № 2-а/199/138/14). Ці справи стосувалася вимоги застосування для обчислення пенсії показника середньої заробітної плати, що використовується для обчислення пенсії про переведення особи з пенсії за вислугу років за Законом України від 09.04.1992 р. «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб» на пенсію за віком за Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». На думку позивачів, показник заробітної плати має враховуватися за три календарні роки, що передують року призначення нового виду пенсії, оскільки пенсія за віком передбачена іншим законом, ніж пенсія за вислугу років.

Верховний Суд України, вирішуючи питання про неоднакове застосування норм Закону «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», виходить із того, що ч. 3 ст. 45 даного Закону регламентовано порядок переведення з одного виду пенсії, призначеного саме за цим Законом, на інший. Отже, показник середньої заробітної плати при переведенні на інший вид пенсії має бути незмінним, тобто таким, яким він був на час призначення пенсії, передбаченої саме цим Законом. Однак у випадках, що аналізуються, мало місце призначення іншої пенсії за іншим законом. Заявникам було призначено пенсію відповідно до Закону «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб», котрий передбачає інші підстави та порядок

призначення пенсії, а за призначенням пенсії відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» вони звернувся вперше.

Таким чином, обчислення пенсій, які призначаються у випадку переведення зі спеціальної на загальну пенсію, передбачену Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» має здійснюватися з урахуванням ч. 2 ст. 40 цього Закону. Заробітна плата (дохід) для обчислення пенсії визначається за формулою:

Зп = Зс х (Ск : К), де:

Зп - заробітна плата (дохід) застрахованої особи для обчислення пенсії, у гривнях;

Зс - середня заробітна плата (дохід) в Україні, **з якої сплачено страхові внески, за три календарні роки, що передують року звернення за призначенням пенсії**. Порядок визначення показників зазначеної заробітної плати затверджується Пенсійним фондом України за погодженням з центральними органами виконавчої влади, що забезпечують формування державної фінансової політики, державної політики у сферах економічного розвитку, статистики.

Таким чином, для осіб, які відмовляються від спеціальної пенсії на користь страхової, визначення розміру такої пенсії має відбуватися за правилами нового призначення. Саме таке розуміння норм пенсійного законодавства суттєво підвищує їх ефективність і відповідає духу закону.

Яна Сімутіна,
к.ю.н., старший науковий співробітник, старший науковий співробітник відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права,
Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ЕФЕКТИВНІСТЬ МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН КРІЗЬ ПРИЗМУ ЕФЕКТИВНОСТІ НОРМ ПРАВА ТА ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ

Загальновизнано у теорії права, що у механізмі правового регулювання певним чином взаємодіють різні явища правової дійсності (правові норми, правовідносини, юридичні факти тощо), які є його елементами та складають його структуру. У цьому зв'язку, для вивчення питання щодо ефективності механізму правового регулювання трудових відносин необхідно звернутися до дослідження ефективності його елементів, зокрема, норми права та юридичного факту, що є передумовою та підставою виникнення цих правовідносин.

У науковій літературі критеріями якості норми права вважається: 1) правова цінність норми права; 2) ступінь подолання конфлікту інтересів у змісті норм права; 3) захищеність нормативного інтересу; 4) лаконічна, доступна і грамотна мова викладення, належний стиль викладення юридичної норми, а

також структурна цілісність і завершеність норми права; 5) повнота встановлення та виразу юридичної норми; 6) адекватність норми права за змістом і за формою; 7) оптимальність засобів правового регулювання, закріплених у нормі права; 8) гнучкість норми права; 9) адекватність змісту норми права фактичному статусу суб'єкта[1].

Ефективність норм права в теорії розуміється як співвідношення між фактичним результатом їх дії і тими соціальними цілями, для досягнення яких ці норми були прийняті. Будь-який закон, інший нормативно-правовий акт приймається з певними соціальними цілями, тобто чітко усвідомленими результатами, які хотів би отримати правотворчий орган від прийнятого ним нормативно-правового акту. Правотворчий орган приймає рішення удосконалити нормативне правове регулювання, внести необхідні корективи у правові зв'язки між громадянами, громадянами і державою, іншими особами, для того, що б домогтися яких-небудь позитивних для суспільства результатів, розв'язати ту чи іншу актуальну для суспільства і держави соціальну проблему[2].

На думку В.І. Нікітинського, який у 80-х роках минулого століття одним з перших дослідив проблему ефективності норм трудового права, під ефективністю правової норми слід розуміти співвідношення між результатом дії норми і соціальною метою, яка покладається в основу правового припису[3].

Слід зазначити, що теорія ефективності правових норм на той час формулювалася, виходячи з легістського праворозуміння. Наприклад, норми трудового права, які встановлювали дисциплінарну відповідальність працівників, вважалися ефективними лише в тій мірі, в якій вони забезпечували укріплення трудової дисципліни. При цьому, ступінь ефективності, в першу чергу, оцінювався шляхом визначення впливу відповідної норми на показники рівня прогулів чи запізнень працівників. Чи стало бажане укріплення трудової дисципліни результатом суворих дисциплінарних стягнень, чи можливо наслідком вільного усвідомленого вибору працівником правомірної поведінки – питання не піднімалося в принципі, адже у межах вказаного підходу єдиним критерієм оцінки ефективності вважалося досягнення мети правового припису, а ступінь ефективності норми залежало від того, наскільки мета реалізована на практиці.

У сучасних умовах такий підхід до визначення поняття ефективності норм трудового права потребує переосмислення та доповнень. Очевидно, що відповідність результату правового регулювання поставленій меті відображає тільки

---

[1] Абрамова А.А. Эффективность механизма правового регулирования : автореф. дис. на соискание учен. степ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства» / Алина Александровна Абрамова. – Красноярск, 2006. – С. 13.

[2] Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах / отв. ред. М.Н. Марченко. – 3-е изд. перераб. и доп. – М.: Норма, 2010. – Том 3: Государство, право, общество. – С. 116.

[3] Никитинский В.И. Эффективность норм трудового права / В.И. Никитинский. – М.: Юрид. литература, 1971. – С. 26.

формальний аспект ефективності, тобто йдеться про так звану юридичну чи інструментальну ефективність права. Проте, на нашу думку, ефективність норм трудового права на сьогодні слід також оцінювати з позиції максимального узгодження в них інтересів працівника і роботодавця, досягнення такого балансу, за якого працівник має усвідомлювати необхідність дотримання певних правил, а роботодавець мати достатню свободу щодо управління трудовим та виробничим процесами.

Важливим при досягненні юридичних цілей є також те, якими саме способами та засобами вони будуть реалізовуватися. Тому при аналізі ефективності важливо співвідносити отриманий результат не тільки з метою, а і із засобами її досягнення, враховуючи також, яким чином вона зможе бути досягнута. Крім того, юридична ефективність не може розглядатися сама по собі, відірвано від ефективності соціальної, яка характеризує властивість правового регулювання досягати не будь-які, а соціально корисні результати, що відповідають потребам суспільства.

Досить часто мета, з якою приймається той чи інший нормативно-правовий акт, та основні результати, на досягнення яких спрямований цей акт, вказуються у преамбулі. Наприклад, у Законі України «Про оплату праці» зазначено, що «цей Закон визначає економічні, правові та організаційні засади оплати праці працівників, які перебувають у трудових відносинах, на підставі трудового договору з підприємствами, установами, організаціями усіх форм власності та господарювання (далі - підприємства), а також з окремими громадянами та сфери державного і договірного регулювання оплати праці і спрямований на забезпечення відтворювальної і стимулюючої функцій заробітної плати»[1].

Проте, якщо у деяких законах чи інших нормативно-правових актах не зазначені цілі їх прийняття, це не означає, що такі акти прийняті «без мети». «Цілі – невід'ємний компонент будь-якого закону, іншого нормативного правового акту, незалежно від того, чи названі вони у спеціальному приписі, чи ні»[2].

Особливістю трудового права є те, що велика кількість галузевих цілей вироблені та встановлені на рівні міжнародних норм та містяться у конвенціях та рекомендаціях Міжнародної організації праці. До таких цілей можна віднести досягнення свободи праці у всіх інститутах трудового права, свободи волевиявлення сторін при укладенні, зміні, припиненні трудового договору, свободи вибору питань для ведення колективних переговорів та укладення колективного договору. Крім того, оскільки в системі джерел трудового права України присутні специфічні джерела, зокрема, акти соціального партнерства

---

[1] Про оплату праці: Закон України від 24 березня 1995 р. № 108/95-ВР // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/108/95-%D0%B2%D1%80.

[2] Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах / отв. ред. М.Н. Марченко. – 3-е изд. перераб. и доп. – М.: Норма, 2010. – Том 3: Государство, право, общество. – С. 116.

(колективні угоди різного рівня), локальні правові акти, необхідно зважати і на ті цілі, які закладаються у змісті цих актів. Не викликає сумніву, що такі акти повинні уточнювати і конкретизувати цілі, визначені у нормативно-правових актах вищого рівня, «пристосовуючи» дію нормативно-правового акту до умов конкретного підприємства, установи, організації. Так, колективні угоди, як джерела трудового права, покликані перш за все забезпечити цілі соціального партнерства і діалогу, зокрема, узгодження інтересів працівників і роботодавців у питаннях регулювання соціально-трудових відносин.

Не зважаючи на те, що норма права відіграє ключову роль у механізмі правового регулювання, лише самої якісної норми не достатньо, а ефективність цілого механізму правового регулювання може бути забезпечена тільки за умови належної якості всіх його елементів, а також внутрішньосистемних зв'язків між ними.

Як вірно зазначив А.В. Коструба, «ефективність механізму правового регулювання багато в чому залежить від вміння законодавця відчувати пульс існування суспільних відносин. Адже предмет правового регулювання і юридичні факти мають загальне джерело – соціальну дійсність. З реформами, що відбуваються у суспільстві, предмет правового регулювання і юридичні факти не залишаються незмінними. Одні відносини і життєві обставини зникають з життя, інші навпаки, зароджуються, визрівають, отримують більш повне правове оформлення»[1].

Таким чином, для ефективності механізму правового регулювання надважливу роль відіграють юридичні факти, які трансформують абстрактні правила юридичної норми в конкретні юридичні права та обов'язки учасників суспільних відносин. До критеріїв якості юридичного факту слід віднести: чіткість юридичного факту, його точність та повноту опису у нормі права.

Детальність опису юридичних фактів у нормах трудового права залежить від значимості конкретного об'єкту правової регламентації: використання вичерпно описаних юридичних фактів є доцільним при побудові норм, які регламентують «вузлові місця» відносин між працівником та роботодавцем; використання невичерпно описаних фактів допускається, коли законодавцем навмисно залишається простір для ініціативи сторін, у зв'язку з чим, специфіка трудових відносин дає можливість широко використовувати юридичні факти, закріплені у процесі локального нормативного регулювання[2].

Враховуючи наведене вище, ефективність механізму правового регулювання трудових відносин можна визначити як науково-теоретичну категорію, що вказує на якість всіх його складових елементів та внутрішньосистемних

---

[1] Коструба А.В. Юридичні факти в механізмі правоприпинення цивільних відносин: монографія / А.В. Коструба. – К.: Ін Юре, 2014. – С. 31-32.

[2] Солодовник Л.В. Юридичні факти у трудовому праві України : дис... на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук за спец. 12.00.05 – трудове право; право соц. забезпечення / Л.В. Солодовник. – Харків, 2004. – С. 101.

зв'язків між ними у процесі правової регламентації трудових відносин, з урахуванням узгоджених інтересів їх суб'єктів, соціальних, економічних, юридичних та інших цілей.

Дмитро Сіроха,
к.ю.н, доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДО ПИТАННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ НОРМОТВОРЧОСТІ У СФЕРІ ПРАЦІ

За двадцять п'ять років незалежності в Україні прийнято величезну кількість нормативно-правових актів, з них тільки законів біля чотирьох тисяч, понад сорок тисяч підзаконних нормативних актів. Їх прийняття нерідко відбувалося стихійно, здійснювалося без чітко визначеної концепції розвитку національної правової системи, обґрунтованої методології нормотворення. Внаслідок цього утворився складний законодавчий лабіринт, що характеризується відсутністю системності та чіткості, наявності великої кількості правових норм, досить часто суперечливих між собою. Тим самим, з одного боку, наявність великої кількості нормативних актів у різних сферах суспільних відносин дозволяє певною мірою говорити про утвердження і належне забезпечення широкого кола прав і свобод людини у державі, а з іншого, на жаль, досить часто ускладнює правозастосування та сприяє колізійності правового регулювання суспільних відносин. На підставі цього можемо з упевненістю стверджувати, що розв'язання цих проблем неможливо без чітко налагодженого механізму нормотворення. А отже, неабияке значення має серйозне вдосконалення практики нормотворчої техніки уповноважених суб'єктів.

Слід погодитись з висловлюванням С. В. Плавича, що проблема права не може бути зведена суто до його якогось однозначного розуміння – чи то як сукупності правил поведінки, встановлених державою, чи то як природного, що відповідає природним правам і потребам людини. Право юридичне має відповідати праву природному, і у такому випадку відбуватиметься їх ефективна функціональна взаємодія і можна буде говорити про існування правового закону, тобто такого, що відображає, передусім, природні права і потреби людей та не суперечить їм[1].

Історія виникнення законів подає безліч прикладів досконалого правового регулювання суспільних відносин. Ще Арістотель наголошував, що державність не потрібно підганяти під вигадані закони[2], а Ш.Л. Монтеск'є підкреслював, що громадські закони повинні перебувати у такому тісному співвідношенні з

[1] Плавич С. В. Теоретико-методологічні засади правотворчості : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Сергій Володимирович Плавич. – К., 2009. – С.14

[2] Аристотель. Политика // Аристотель. Сочинения: В 4 т. М. : «Мысль», 1983. Т. 4. – С. 54. Перевод с древнегреч. С.Жебелева.

властивостями народу, для якого вони встановлені, що тільки у поодиноких випадках закони одного народу можуть бути придатними для іншого[1].

Враховуючи те, що сутність нормотворчості у сфері праці полягає в тому, що останнє має два базиси: соціальний і правовий, які паралельно розвиваються і взаємодіють між собою, постає необхідність в дослідженні сучасних напрямків забезпечення ефективності нормотворчості та її значення для суспільства.

Безумовно, соціальна ефективність реалізації права залежить від повноти та точності виявлення, зміни і обліку чинників, що відображають потребу в правовій регламентації. В цьому контексті необхідно підтримати думку А. Нашиц, яка вважала, що комплексний підхід до нормотворчості вимагає розвитку реальних зв'язків між різними явищами, що беруть участь у формуванні права, здійснюючих перехід від матеріальних чинників до свідомості і від неї – до правових норм[2]. Адже нормотворчість – основна, початкова ланка механізму правового регулювання. Вона починається тоді, коли необхідність нововведень вже назріла, їх соціально-економічний напрям вже визначений суспільним розвитком. Так, наприклад, поступовий перехід від адміністративно-командних до ринкових відносин обумовив прийняття низки законів на підставі яких розширювалась ролі трудового колективу у регулюванні праці на підприємствах, стимулювалась їх участь в управлінні підприємством та у локальному регулюванні трудових відносин. Такими актами стали, наприклад, закони «Про трудові колективи і підвищення їх ролі в управлінні підприємствами, установами, організаціями», «Про підприємства в Україні» та ін.., саме вони заклали основу розширення меж самоврядування трудового колективу, і, як наслідок, поряд з іншими факторами, обумовили необхідність внесення змін до Кодексу законів про працю України, прийняття у 1993 році Закону України «Про колективні договори і угоди», яким були визначені правові засади розробки, укладення та виконання колективних договорів і угод з метою сприяння регулюванню трудових відносин та соціально-економічних інтересів працівників і роботодавців, заклали основи подальшого розвитку соціально-партнерських відносин в Україні. Тим самим, були створені основи для розширення меж локальної нормотворчості суб'єктів трудового права, існування чого було обумовлене соціально-економічними змінами, пов'язаними з неминучим розвитком суспільства та удосконаленням сфери господарювання.

Отже, процес нормотворення є невід'ємною частиною існування будь-якого суспільства і держави в цілому. Не залежно від часу, історичних чи економічних умов та форм держав, залишалася незмінною одна мета – забезпечення порядку та стимулювання різних соціальних процесів у правових рамках, удосконалення права і сталий розвиток суспільства. При цьому про ефективність нормотворчої

---

[1] Корецький В. М. Монтеск'є [Текст] / В.М.Корецький. - К. : [б.в.], 1955. – С. 17

[2] Нашиц А. Правотворчество : теория и законодательная техника / Нашиц А. / [под ред. Д.А.Керимова и А.В.Мицкевича, послесловие Д.А.Керимова]. – М. : Прогресс, 1974. – С. 146

діяльності можна говорити лише тоді, коли закріплені правові норми відповідають суспільним потребам і реально регулюють суспільні відносини відповідно до поставленої при їх закріпленні мети. Також доцільно відзначити, що нормотворчість суб'єктів трудового права не обмежується виданням лише нормативних актів, а охоплює значно ширше коло процесів, до яких відносяться поряд з іншими виявлення потреб в правовому регулюванні тих або інших суспільних відносин, напрям і характер їх регулювання та власне підготовка нормативного акту. Саме виходячи з цієї позиції нормотворчість суб'єктів трудового права являється частиною загального процесу правоутворення. У зв'язку з чим, вона повинна будуватись на раціональних та ефективних принципах, які б не залишались абстрактно-теоретичними розробками, а позитивним чином впливали на практику створення юридичних документів, знижували вірогідність появи неефективних правових норм.

Андрій Скоробагатько,
к.ю.н., доцент, завідувач кафедри цивільного і трудового права Національного університету «Одеська морська академія»

ПЕНСІЙНЕ ЗАКОНОДАВСТВО: ЕФЕКТИВНІСТЬ ЙОГО НОРМ

Зміни, які відбуваються в українському суспільстві, свідчать, що з формуванням нових політичних та соціально-економічних факторів побудови правової держави, одночасно оновлюється й зміст нормативної бази, видозмінюються тенденції її вдосконалення й розвитку. С.С. Лукаш наголошує, що від того – наскільки повно та всебічно опрацьовані питання, що пов'язані із їх правовим регулюванням, залежить і рівень забезпечення прав, свобод і обов'язків учасників цих взаємовідносин[1]. Цілком підтримуємо це судження і додамо, що, загалом, від ефективної правової політики держави, від визначеності напрямків правового регулювання суспільних відносин залежить не тільки ефективність її правової системи, а й взагалі розвиток держави.

Повноцінне функціонування будь-якої галузі права прямо залежить від ефективності реалізації її норм. В науці ефективність правових норм пов'язується з такими поняттями як правильність, корисність, доцільність, тощо. З цієї точки зору, ефективною виступатиме правова норма насамперед тоді, коли вона буде соціально обумовленою, простою за стилем викладання і зрозумілою громадянам, коли вона забезпечуватиме очікуваний результат. У цьому сенсі вірною є позиція Нікітінського В.І., який стверджував, якщо бажана соціальна мета досягнута завдяки дії конкретної правової норми, останню слід беззастережно визнати ефективною[2]. Схоже розуміння ефективності правової норми

[1] С.С. Лукаш Деякі аспекти диференціації регулювання праці як прояв механізму правового регулювання у трудовому праві // Форум права. – 2007. – №2. –С. 126-132 [Елекр. Ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2007-2/07lssutp.pdf

[2] Эффективность правовых норм / [В.И. Никитинский та др.]. – М. : Юридическая литература, 1980 – С. 9.

сформулювала й Т.Я. Насирова, пояснюючи, що законодавець розробляючи норму, передбачає в наслідок її реалізації досягнення певних соціальних результатів[1]. Таким чином, ефективність правової норми проявляється у співвідношенні між результатом її дії і соціальною метою, для досягнення якої ця норма розроблялася і була прийнята.

В умовах реформування пенсійної системи, появи нових видів відносин у сфері пенсійного забезпечення є нагальною потреба забезпечення удосконалення інституту захисту прав громадян, підняття ефективності норм права, адже, як вірно стверджує О.В. Тищенко: «ефективне правове регулювання системи соціального забезпечення – це показник поступу держави в світову спільноту[2]». Утім, закріплені в нормативно-правових актах державні соціальні гарантії доволі часто носять декларативний характер і нерідко не виконуються. І як наслідок, відзначає А.Р. Крусян, що ухвалення законів, норми яких не виконуються, і їх поступове збільшення може призвести до своєрідної «правової інфляції» – знецінення нормативних правових актів внаслідок їх невиконання, що неприпустимо в демократичній, правовій, соціальній державі[3]. На жаль, така ситуація є характерною для сучасного пенсійного законодавства.

У сучасних умовах ні в кого не викликає сумнівів, що пенсійна реформа потрібна не тільки громадянам, але вона не менш важлива й для держави, провести яку можливо тільки створивши якісне і ефективне законодавство. Відносини, що виникають між суб'єктами в системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування, нині регулюються низкою законів. Базовим законом, який регулює ці відносини є Закон України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» (далі Закон), норми якого із-за недосконалості вже безліч разів зазнавали суттєвих змін. Дія інших законів і численних нормативно-правових актів поширюється на пенсійні відносини, як правило, у випадках, передбачених нормами цього Закону, або в тій частині, що йому не суперечать. Проте, наявність значної кількості нормативних актів не впливає на якість пенсійного забезпечення, а навпаки часто створює додаткові проблеми, зокрема, для практичних працівників. Не сприяє якісному пенсійному забезпеченню і наявність окремих недієвих, а саме неефективних правових норм.

Розглянемо з точки зору ефективності окремі норми пенсійного законодавства. Наявність пенсійного законодавства, а тим паче його ефективність – це два різних поняття. Наприклад, у ст. 29 Закону передбачено фінансове заохочення для тих осіб, які набули право на пенсію за віком відповідно до цього

---

[1] Насырова Т.Я. Теологическое (целевое) толкование советского закона. Теория и практика / Т.Я. Насырова: Науч. ред. Г.И. Курдюков. – Казань : Казан. ун-т, 1988. – С. 99.

[2] Тищенко О.В. Право соціального забезпечення України: теоретичні та практичні проблеми формування і розвитку галузі : монографія / О.В. Тищенко. – К.: ДП «Прінт Сервіс», 2014. – С. 9.

[3] Крусян А. Р. Україна як соціальна держава: концептуальні положення та конституційно-правові реалії // Актуальні проблеми політики. 2012. № 44. – С. 37-38.

Закону, однак після досягнення пенсійного віку виявили бажання працювати і одержувати пенсію з більш пізнього віку. За такої умови пенсія за віком призначається з урахуванням страхового стажу на день звернення за призначенням пенсії з підвищенням її розміру за віком, обчисленого відповідно до ст. 27 цього Закону, на відсоток: 0,5% або 0,75% – за кожний повний місяць страхового стажу після досягнення пенсійного віку у разі відстрочення виходу на пенсію. А жінкам, які народилися у період до 31 грудня 1961 р., у п. 3 цієї статті передбачена можливість підвищення розміру пенсії, на 2,5 % за кожні шість місяців більш пізнього виходу на пенсію, починаючи з 55 років до досягнення ними 60-річного віку. Таким чином, за умов, визначених у Законі, з урахуванням періоду відстрочки, підвищення пенсії можливе на – 5%; 6% і 9 % на рік. У даному випадку проявляється диференціація при визначенні розміру пенсії, критерієм якої виступає час звернення і тривалість відстрочення виходу на пенсію. Але, як підтверджує практика, ця норма у суспільстві не сприймається і фактично не діє, оскільки на сьогодні для громадян є невигідною, і тому не є соціально обумовленою, а при існуючому рівні інфляції застосовувати її взагалі не доцільно.

Зупинимося на ще одному важливому аспекті, який зачіплює інтереси десятків тисяч громадян України і який потребує додаткового правового врегулювання – це проблема отримання працівниками страхового стажу, якого не вистачає для призначення пенсії. Нині, значна кількість колишніх моряків, які на день звернення за пенсією за вислугу років працюють в установах чи підприємствах України, зіштовхуються з проблемою набуття необхідного для призначення пенсії страхового стажу (мова йде саме про страховий стаж, а не спеціальний). Сутність проблеми в тому, що після збільшення, необхідного для призначення пенсії за віком, страхового стажу до 35 років, вони не мають потрібного стажу, оскільки протягом багатьох років працювали в іноземних компаніях і не сплачували страхові внески до Пенсійного фонду.

Вирішення зазначеного питання законодавством передбачено, але з певними умовами. Так у п. 5 ст. 10. Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» визначений новий механізм отримання працівниками страхового стажу, якого не вистачає для призначення пенсії. Зокрема, договором про добровільну участь передбачено одноразова сплата особою єдиного внеску за попередні роки, в яких вона не підлягала загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню (у тому числі за період з 1 січня 2004 року по 31 грудня 2010 року)[1], іншими словами громадянин може "докупити" необхідний стаж. Таким чином ця норма гарантує право на добровільну участь у системі загальнообов'язкового державного пенсійного страхування. Але, визначаючи право, законодавець встановлює й

[1] Закон України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011, № 2-3, ст.11.

певні обмеження. Так, відповідно до п. 7 ст.10 орган доходів і зборів відмовляє в укладенні договору про добровільну участь у разі, якщо особа підлягає загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню (тобто працює на день подачі заяви про укладення договору). Із змісту норми випливає, що для отримання необхідного стажу працівник вимушений звільнитися. Такий підхід законодавця вважаємо нерозсудливим, оскільки договір про добровільну участь укладається за попередні періоди, коли особа не працювала, тому необхідність працівникові звільнятися з роботи, щоб укласти такий договір не обов'язкова і непотрібна. На нашу думку, цю умову не логічно було закріплювати в законодавстві, оскільки вона не сприяє наповненню бюджету Пенсійного фонду, ускладнює процес отримання необхідного стажу, обтяжує роботу територіальним органам доходів і зборів, а також завдає додаткових клопотів громадянам при реалізації права на пенсію, і тому у багатьох випадках відказуються від її застосовування. Наведені приклади підтверджують нездатність окремих норм забезпечити досягнення завданих законодавцем результатів, що, насамперед обумовлюється недоліками їх правової конструкції.

Проведений аналіз показує, що в сучасній Україні, в умовах потреби подальшого реформування пенсійної системи, проблеми ефективності права набувають особливої актуальності. Зрозуміло, що політика держави не може бути успішною, а норми законів ефективними, якщо в них не враховуються потреби і очікування людей. У соціальній державі законодавство в першу чергу має бути спрямоване на забезпечення соціальних потреб суспільства.

В сучасних умовах норми права соціального забезпечення можуть бути ефективними, коли в них присутні такі фактори: чітке розуміння мети прийняття конкретної норми та її доцільність; передбачення фінансових можливостей забезпечення її реалізації; урахування при прийняті правових норм економічних і соціальних процесів, що відбуваються в суспільстві.

Для забезпечення високого рівня правових норм, вважаємо доцільним закріпити на державному рівні вимоги проведення прогнозування і оцінювання ефективності законодавства (що має місце в Німеччині, Швейцарії); розробити єдину цілісну систему моніторингу і оцінювання норм, що проектуються; проводити аналіз результатів застосування норм з їх безпосередньою метою тощо. Створення ефективного законодавства можливе тільки за наявності максимально чіткої сформульованої термінології.

Важливо всім розуміти, закони потрібно створювати необхідними для суспільства і ефективними, і, як вірно зазначає П. В. Кіндрат, – ефективне законодавство формує гармонійний розвиток суспільства і держави, що зменшує конфліктність і сприяє її процвітанню[1].

[1] Кіндрат П.В. Ефективність законодавства: понятійно-термінологічний аспект «Правова інформатика», № 3(43)/2014. – С. 55.

Gheorghe Sorin Slabu,
Doctoral student of the University of European Studies of Moldova
(Chisinau, Moldova)

SPORTSMEN'S TRANSFER – AN INSTITUTE BELONGING TO THE LABOUR LAW OR A CREATION OF THE SPORT PRACTICE / ТРАНСФЕР СПОРТСМЕНІВ – ІНСТИТУТ, ЩО НАЛЕЖИТЬ ДО ТРУДОВОГО ПРАВА АБО СТВОРЕННЯ СПОРТИВНОЇ ПРАКТИКИ

Трансфер особи, що уклала трудовову угоду зазавичай регулюється трудовим правом, але у сфері спорту трансфер спортивних працівників регулюється ринковими правилами, а спрори, що виникають вирішуються шляхом абрбітражу.

As to the labour agreements entered into by sportsmen, the transfer is another important element, with a regulation differing from the common rules prescribed by the labour code, which render a certain specificity to the litigations due to the fact that sportsmen's transfer is an important component of sport labour agreements and which, together with the sponsorship agreements, advertisement agreements, TV broadcasting right of sport performances, tickets that are sold on the occasion of sport performances, the use of distinctive signs, other movable or immovable investments, represent financing sources in the field of sports.

The transfer, or rather the transfer agreement of a professional sportsman represents in fact a situation of improving the contractual sport situation both for the club and for the sportsman himself and is due for the most to the performance attained by this sportsman, to his achievements proving a special technique of practicing this sport, as well as physical and psychical aptitudes that allow him or her attaining this performance level.

The transfer agreement represents a technical means by which a club accepts to terminate a sport labour agreement before the stipulated period and allows the sportsman to get employed into another club, the latter being obliged to pay a financial compensation[1].

This notion of sportsmen's transfer, the sportsmen's transfer agreement, does not exist as a legal institute, it is the result of a practice and represents an unnamed agreement, which is composed of by a legal operation involving three parties.

These three parties are: the club-transferor, the club-transferee and the sportsman who, after the termination of the transfer agreement, submits their contract to a homologation by the field- related federation.

Noticing the fact that sportsmen's transfer is regulated by a contract where the willful agreement is material, as this is an unnamed contract, one could ask the

[1] F.Buy, J.M.Marmayou, D.Poracchia, F.Rizzo, Droit du sport, 3 edition, LGDJ, Lextenso editions 2012, p. 777.

question if the sport labour agreements speak about a sport law or about sports and law, as these two subjects constitute a unique body with peculiar sport rules or as they are two different subjects with an interdisciplinary relation?[1]

Sportsmen's transfer can be temporary, borrowed, for a determined period, at the end of which the sportsman comes back into the club-transferor or for an indefinite period at the end of which the sportsman doesn't return into the club-transferor[2].

Usually, within all sportsmen's transfers, the clubs, when negotiating their transfers, determine some clauses by the agency of which they receive some interest from the subsequently transferred amounts.

From the point of view of the litigations that can occur on the occasion of such transfers, even the subsequent ones, we consider that it is appropriate to see what legal branch it is subordinated to, as long as the transfer represents a methods of changing the labour relations and the fact is that we speak about a money amount, thus we wonder what is the legal nature of this amount, because we cannot deal with a sale.

Employee's transfer, as an institute belonging to the labour law, is stipulated by art.74 of the Labour Code of the Republic of Moldova and foresees the opportunity of employee's transfer within the same department by changing the individual labour agreement according to art.68 of the same code, as well as the transfer to a permanent work into another department or the transfer into a locality together with the department, which are allowed only with parties' written consent[3].

The transfer in this situation is a modality of amending the labour agreement that presupposes parties' agreement, materialized in an ascertaining document which is enclosed to the labour agreement and is an integral part of the main labour agreement.

The main element of this operation is parties' agreement, *sine qua non,* regardless the one who comes with the initiative of such a transfer, the employer or employee, and the impossibility of fulfilling such an agreement can be settled by the court.

Although, we can ignore the evolution of labour relations and the concern determined in these relations and we can't tell that, besides the court, we have the alternative of dismissal and of entering into a new labour agreement upon the terms where every employer determines his own rules on salary payment, and the assignment of an increment in salary in relation to the work experience is not foreseen as a legal obligation.

In Romania, the transfer institute within the labour law is one that takes into account the evolution of labour relations and the social realities, being regulated only as a means of protection of the employees in the event when a transfer of the company or of its part to another employer takes place[4].

---

[1] L.Donnellan, Sport and the law, A concise guide, Blackhall publishing, 2010, p. 49.

[2] F.R.F. By-laws and regulations, Bucharest, 2011, p. 320-321.

[3] Labour Code of the Republic of Moldova published on 29.07.2003, Official Gazette no.159-162 with subsequent amendments, art. 74, para. 1.

[4] L.53/2003, Labour Code of Romania, published on 05.02.2003, Official Gazette no.72 with subsequent amendments, art. 173, para. 1.

Italy has similar provisions to those from Romania and determines the continuity of the labour agreement of the employee with the transferee, as well as the preservation of all the rights that result from this one. As well, it determines several obligation for the transferor and transferee as to employee's loans that he had during the transfer[1].

The Russian legal system determines as well the transfer as a method of amending the labour agreement, being submitted to parties' agreement and being foreseen for cases of transfer into another place with the same employer as well or for cases when a whole company is transferred[2].

The social protection system of employees established within the transfer, as a method of amending the labour agreement, represents an implementation for the EU member countries of the Directives 77/187 of 14.02.1977 and 98/50 of 29.06.1998, aimed at determining rules of a close nature, not necessarily identical, as to employee's protection in the event of the transfer of a company or of a part of it[3].

According to the analysis of the legal instructions, we can notice that the transfer represents a method of amending the labour agreement, but which is aimed mainly at the social protection of employees at group level and we can say that it has the following features: (1) it is a method for amending the labour agreement; (2) it is a method of social protection at group level for employees mainly, and individually, in exceptional cases, even if not stipulated by the legal rule; (3) agreement amendment, in case of transfer, is for free; (4) the litigations arising from the labour agreements on the transfer are settled by the state resort.

Compared to the transfer stipulated by the labour law, sportsmen's transfer from a club to another is an amendment of the individual labour agreement, as a rule, which is aimed at obtaining income according to the financial clauses included in the agreement beforehand.

Sportsmen's transfer does not represent a component of the labour law, it is a creation of the field-related practice and represents a speculative element by which any of the involved parties tries to obtain as much material advantages as possible.

As difference elements between these two types of transfer, we can list:

- the transfer stipulated by the labour law represents a method of social protection and the one stipulated for sportsmen's agreements is a way of obtaining benefits of financial nature;
- the labour law speaks about the groups of employees, as to the sportsmen's agreements, they mean only one person, the agreements are strictly personal, sportsmen's value is different;
- the transfer in the labour law is made for free; in the sport field, it is made for a consideration;

[1] Italian Labour Code amended by the legislative decree no.18 of 02.02.2001 published in Gazzetta Ufficiale no.43 of 21.02.2001, art. 2112, para.1.

[2] Labour Code of the Russian Federation of the 30th of December 2001, no. 197-FZ, art. 72.

[3] www.eur-lex.europa.eu

- the competence of settling litigations belongs to the common law instance for labour law, and as to the sport field- it belongs to arbitration resorts.

Taking in consideration the analyzed elements, we consider that, even if the transfer represents an institute belonging to the labour law, it cannot belong to it anymore when talking about the sportsmen's labour agreements that suffer some amendments, as it comes nearer to the trading field, where litigations can be settled by arbitration commissions.

In the moment when parties' agreement is attained on the transfer of the employed sportsman, the labour agreement of the sportsman and transferor are terminated, and a new agreement with the transferee will be created according to the inserted contract clauses.

A special aspect of a sportsman's transfer is stipulated in the Russian legislation and foresees the temporary transfer of the employed, professional sportsman, to another employer[1].

This transfer modality is aimed at protecting the employed sportsman and at granting him the opportunity to obtain some professional results and for ensuring him as well the participation to some sport competitions, fact that cannot be fulfilled by the first sport club he has originally entered into a labour agreement with.

During this transfer period, some specific effects take place, consisting in the suspension of parties' rights and liabilities from the original agreement, but with the obligation of the sport club to preserve transferred sportsman's place and to accept him for work on the day following the day of the transfer agreement termination, either by employment or by attaining the deadline, either in advance according to the legal provisions or negotiated clauses.

Analyzing the evolution of labour relations and the fact that the transfer, as a modality of amending the labour agreements, according to the instructions of the labour law, is aimed at the social protection of the groups of employees, we consider that sportsmen's transfer, as the one of the employees, is an inventive, speculative modality of gaining profit, having a content and finality differing from the one that is related to the labour law, which justifies its existence and the settlement method of the eventual litigations that can occur.

Due to the fact that this is an unnamed agreement adapted by the field-related practice, sportsmen's transfer, as the one of the employees, can be as well a source creating litigations, but which are settled according to parties' will by arbitration and which should, according to our opinion, be submitted to the legal instructions that refer to the recognition of the judgments rendered in the way of arbitrage, taking in consideration the purely trading, speculative nature of this operation.

[1] Labour Code of the Russian Federation of the 30th of December 2001, no. 197-FZ, art. art.348,4.

Михайло Сорочишин,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення Національного університету «Одеська юридична академія»

МЕТОДИ ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТУ ІСНУВАННЯ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН У ТРУДОВОМУ ПРАВІ ВЕЛИКОБРИТАНІЇ

Двадцять восьмого грудня 2014 року Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці» № 77-VIII[1]. Зазначеним Законом було передбачено, крім іншого, внесення змін до ст. 232 КЗпП України, частину першу якої було доповнено пунктом 6, що встановлює підступність загальним місцевим судам справ за заявами працівників про оформлення трудових відносин у разі виконання ними роботи без укладення трудового договору та встановлення періоду такої роботи.

Спори щодо встановлення факту існування трудових правовідносин або встановлення факту укладення трудового договору вже тривалий час розглядаються національними судами. Проте включення зазначеного виду трудових спорів до КЗпП України свідчить про погодження вітчизняного законодавця з позицією Міжнародної організації праці щодо необхідності надання трудовому правовідношенню загальнопоширеного значення. Зокрема, у Декларації МОП про соціальну справедливість в цілях справедливої глобалізації вказано, що важливість трудового правовідношення має визнаватись в якості засобу забезпечення правового захисту працівників, а одним із завдань країн-членів є надання ефективного характеру трудовому законодавству та трудовим інститутам, в тому числі по відношенню до визнання трудового правовідношення, сприяння нормальним трудовим відносинам і створення ефективно діючих систем інспекції праці[2].

Досягнення зазначеної цілі безумовно обумовлює існування у національному законодавстві правових механізмів, за допомогою яких працівники, у випадку коли трудових договір не було укладено або ж роботодавцем було приховано існування трудових правовідносин, змогли б встановити факт існування трудових правовідносин (оформлення трудових правовідносин) або ж факт укладення трудового договору, та набути для себе прав та гарантій, що передбачені трудовим законодавством.

---

[1] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці: Закон України від 28 грудня 2014 року № 77-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 11. – Ст.75.

[2] Декларація МОП про соціальну справедливість в цілях справедливої глобалізації: прийнята Міжнар. конф. праці на її 97-й сесії 10 черв. 2008 р. / / Труд за рубежом. — 2008. — № 4. — С. 142-156

Визначення у вітчизняному законодавстві права працівників на звернення до суду із заявами про оформлення трудових відносин у разі виконання ними роботи без укладення трудового договору та встановлення періоду такої роботи потребує і визначення механізмів, за допомогою суд зможе встановити, чи дійсно в конкретному випадку мають місце трудові правовідносини або ж не укладено цивільно-правовий договір про працю.

У рекомендації МОП №198 про трудове правовідношення наголошується на складнощах встановлення того, чи виникає трудове правовідношення в ситуаціях, коли відповідні права і обов'язки зацікавлених сторін не цілком ясні, коли робляться спроби замаскувати трудові правовідносини або коли в правовій структурі або ж при тлумаченні і застосуванні правової системи є неточності або обмеження[1].

Рекомендацією МОП №198 визначені ознаки існування трудових правовідносин. Проте вітчизняне законодавство таких ознак, відповідно до п. 13 зазначеної Рекомендації, не містить. З огляду на це, суди, при розгляді справ за заявами працівників про оформлення трудових відносин у разі виконання ними роботи без укладення трудового договору та встановлення періоду такої роботи, будуть і надалі стикатись з проблемами щодо визначення ознак трудових правовідносин.

Пунктом 11 Рекомендації МОП №198 про трудове правовідношення також передбачено, що з метою сприяння визначенню існування індивідуального трудового правовідношення держави-члени повинні в рамках своєї національної політики, про яку йде мова в цієї Рекомендації, розглянути можливість виділення ширшого набору засобів для визначення існування трудових правовідносин.

На нашу думку, при встановленні даних засобів в національному законодавстві, доцільно було б звернутись до досвіду зарубіжних країн, в яких питання визначення факту існування трудових правовідносин протягом тривалого часу залишалось як в центрі уваги законодавця та судових органів, так і наукової спільноти. Одним із найбільш корисним для запозичення в даній сфері видається досвід Великобританії, оскільки судовими органами даної країни протягом тривалого часу розроблено значний перелік методів встановлення факту існування трудових правовідносин.

Особливістю підходу судів Сполученого Королівства Великобританії та Північної Ірландії до встановлення факту існування трудових правовідносин полягає в тому, що розгляд даного питання здійснюється з позиції того, що факт трудових правовідносин є «питанням права», тобто не залежить від того, яким законодавством сторони спірних правовідносин керувалися при укладені договору, на підставі якого виникли ці правовідносин, або що сторони вказали

[1] Рекомендация МОТ № 198 о трудовом правоотношении от 31 мая 2006 года // Труд за рубежом. – 2007. – №2. – С. 152-160

у самому договорі. Дана позиція була висловлена в рішенні по Високого Суду Правосуддя по справі *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Minister of Pensions and National Insurance*[1].

Судами Сполученого Королівства при розгляді справ щодо встановлення факту існування трудових правовідносин розроблено кілька видів «тесті», що дозволяють встановити дійсну галузеву належність правовідносин, пов'язаних із виконанням однією особою роботи на користь іншої. Якщо Рекомендація МОП №198 лише перелічує всі ознаки трудових правовідносин, то зазначені «тести» визначають декілька ознак, які у взаємозв'язку дозволяють встановити факт існування трудових правовідносин. Більшість зазначених тестів ґрунтуються на встановленні факту контролю та підпорядкування працівника роботодавцю. Даний вид методу перевірки встановлення факту трудових правовідносин було вперше використано ще у 19 столітті, коли у рішенні по справі Yewens v Noakes було зазначено, що «підлеглим є особа, які підпорядковується розпорядженням хазяїна у питаннях яким чином має виконуватись робота»[2]. Крім того, «тест контролю» може передбачати встановлення факту надання роботодавцем двох видів розпоряджень: яка робота має бути виконана і яким чином ця робота має бути виконана[3].

Разом з тим, «тест контролю» на даний час використовується все менше. Це спричинено тим, що обов'язки працівників дедалі стають більш спеціалізованими і мають далекосяжні наслідки. Наприклад, «тест контролю» не завжди може бути використаний для визначення факту трудових відносин лікарів, де адміністрація лікувального закладу не може повністю контролювати питання, яка робота має бути виконана лікарем і яким чином. З огляду на це, почали звертатись до встановлення таких наступних обставин: як і коли обов'язки за договором були виконані, і за допомогою яких інструментів і матеріалів. Даний метод встановлення трудових правовідносин було використано, зокрема, при розгляді зазначеної справи *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Minister of Pensions and National Insurance.*

Крім того, судами Великобританії використовуються тести, які засновані як на аналізі положень договорів про працю, так і інших факторах. Наприклад, у справі *Stevenson Jordan & Harrison v McDonnell & Evans* суд оцінював ступінь інтеграції особи, яка виконує роботу, в трудових колектив та структуру організації юридичної особи. А в справі Market Investigations Ltd v Minister of Social

---

[1] MacKenna J. READY MIXED CONCRETE (SOUTH EAST) LTD. v. MINISTER OF PENSIONS AND NATIONAL INSURANCE MINISTER OF SOCIAL SECURITY v. GREENHAM READY MIXED CONCRETE LTD. AND ANOTHER SAME v. READY MIXED CONCRETE (SOUTH EAST) LTD. AND ANOTHER. – Managerial Law. – Vol. 4, Iss. 2. – P.132 – 150.

[2] Lockton D. Employment Law. – Psychology Press, 2005 – P. 21.

[3] Markesinis and Deakin's Tort Law. OUP Oxford, 2012. – P. 668.

Security судами були оцінені економічні відносини, між особою, що виконує роботу, та працедавцем[1].

Судами Великобританії неодноразово висловлювалась позиція, що жоден із розроблених тестів не може бути використаним для всіх випадків та ситуацій, у яких необхідно встановити факт існування трудових правовідносин, що підтверджує сам рівень диверсифікації трудових правовідносин у Великобританії.

Можливо зробити висновок, що розроблення зазначених тестів або методів встановлення факту існування трудових правовідносин і включення їх до національної правової практики є об'єктивною необхідністю. Проте, визначення у законодавстві усіх ознак трудових правовідносин, які, наприклад, перелічені в Рекомендації МОП №198 про трудове правовідношення, не зможе надати судами необхідного «інструментарію» для вирішення справ за заявами працівників про оформлення трудових відносин у разі виконання ними роботи без укладення трудового договору. Це обумовлено тим, що встановлення факту існування трудових правовідносин залежить від одночасної доведеності існування декількох взаємопов'язаних ознак трудових правовідносин.

Ольга Старицька,
к.ю.н., доцент кафедри теорії держави та права
Національної академії внутрішніх справ

НАРИСИ ЩОДО ПИТАННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВА

Omnia fluunt, omnia mutantur
«Усе плине, усе змінюється»
Геракліт Ефеський (525–475 до н.е.)

Динамізм притаманний будь-якому явищу, в тому числі й правовому, не зважаючи на те, що правові явища можна розглядати як в статиці, так і в динаміці. Звертаючись до історичного досвіду, можемо констатувати, що соціальне, юридичне правило існувало вже на стадії формування людських спільнот, завжди було змінним та продовжує розвиватися по мірі еволюції суспільства, з яким воно виникає і відносини якого врегульовує. Базуючись на моральних ідеях, відчуваючи вплив з боку різноманітних чинників (соціологічних, економічних, технічних, політичних тощо), право є відображенням суспільства та його потреб, які еволюціонують паралельно із запровадженням нових прогресивних цінностей. Влучним буде зауваження Ж.-Л. Бержеля, який зазначає, що правова норма є «спробою стабілізації соціальних відносин, які перебувають у вічному становленні, а будь-який юридичний порядок є викликом часу, зусиллям, спрямованим на консервацію затверджуваного і закріплюваного ним соціального

[1] Markesinis and Deakin's Tort Law. OUP Oxford, 2012. – P. 667.

порядку. Втім, право як конструкція, що функціонує на соціальному рівні, як система інтелектуальних репрезентацій не в змозі загальмувати еволюцію суспільства. Право змушене невпинно пристосовуватися до ситуації, щоб зберігати свою ефективність перед обличчям соціальних перетворень. Більш того, воно може випереджати історичні зрушення, спрямовувати їх і служити провідником ... з метою встановлення нового порядку»[1]. Саме тому, окрім свого фактичного існування право, насамперед, має бути ефективним у процесі реалізації.

Якщо звернутися до понятійного апарату, то як вдало підкреслює Г. Харт, під «ефективністю» мається на увазі той факт, що загалом норма права частіше за все виконується. Очевидно, що немає обов'язкового зв'язку між дійсністю будь-якого конкретного нормативного акта та ефективністю, якщо тільки правило визнання цієї системи не включає положення (іноді званого «правилом застарілості») про те, що ніяке правило не повинно вважатися приписом системи, якщо воно давно перестало бути ефективним[2].

Відповідно до цієї позиції, всяка норма, що перестала бути ефективною, має втрачати юридичну силу, а отже перестає бути чинною. Нажаль, юридична техніка не передбачає такого автоматичного припинення дії правових норм, потрібен відповідний акт правотворчості.

Аналізуючи різні як історичні, так і сучасні філософські наукові позиції, варто погодитись із тезою, що право є складною, багатою юридичною матерією. Як вказує С.С. Алексеєв, право є найважливішим соціальним інститутом, покликаним виконувати регулятивні та охоронні функції в суспільстві; воно є ефективним (оптимальним, унікальним, незамінним) нормативним регулятором в житті суспільства, здатним відтворювати цю соціальну систему, вносити в неї нормативні зародки[3]. Таким чином, умовою ефективності права як оптимального регулятора соціальних відносин між невеликими спільнотами та на міждержавному рівні є його здатність відтворювати у своїх приписах тенденції, що склалися у різних сферах суспільних відносин. При цьому необхідно наголосити й на тому, що окрім довготривалого процесу перебування у площині «вільного» існування, відповідна норма має бути фактично дієвою, тобто такою, що перетворюється у реальну поведінку соціальних суб'єктів.

Не менш цікавою до наукового дискурсу буде й інша, на нашу думку, вагома умова ефективності права, а саме сумісність закону (як фактичного осередку реалізації права) з поглядами зацікавлених груп населення і з настроєм громадської думки, тобто поєднання елементів соціальної єдності та зменшення напруги між класовими прошарками суспільства. Закон проникає в реальний

---

[1] Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Под. общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. — М.: Издательский дом NOTA BENE 2000 — С. 195.

[2] Харт Г. Л. А. Понятие права / Пер. с англ.; под общ. ред. Е.В.Афонасина и С.В.Моисеева. — СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. — С. 108.

[3] Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 т. [+ Справоч. том]. Том 6: Восхождение к праву. – М.: Статут, 2010. –С. 58.

юридичний порядок тільки тоді, коли йому підкоряються зацікавлені особи, а офіційна влада його застосовує. Безумовно, «ефективність» закону, факт його ефективного застосування, ніколи не буває абсолютним. Втім, як зазначає Ж.-Л. Бержель, іноді, може виявитися корисним зберегти неефективні правила, з метою захисту певних цінностей і обмеження впливу фактів. Норма права буває неефективною, тому що суспільні відносини, до яких вона звернена, врегульовані іншими нормами[1]. Таким чином відбувається поєднання нормативного урегулювання соціальних цінностей усіх верств населення та механізмів (зокрема, застарілих норм, що можуть давати право на юридичне існування різного роду стосунків) за допомогою яких вони існують у соціумі. Ось і виходить, що від досконалості юридичних конструкцій, їх відпрацьованості, «розумності» у величезній мірі залежить ефективність права, його значення в житті суспільства. Крім того, виходячи із авторської позиції, неабияку роль відіграє фактор легітимності права, його сприйняття верствами населення.

Зокрема, як влучно наголошує С.С. Алексеєв, як в техніці, в інженерній справі успіх завдань, що вирішуються за допомогою права, вирішальним чином залежить від того, наскільки при вирішення відповідних завдань використані юридичні засоби[2]. За уявленням Г. Кельзена норма діє тоді, і тільки тоді, коли належить ефективної системі в цілому[3].

Нерідко науковці оминають питання кінцевих цілей права. Для того, щоб виявити елементи позитивного права і задіяти їх, вони вважають за краще спиратися на конкретні факти і звертають увагу тільки на безпосередню ефективність прийнятих рішень[4]. Така думка також має місце, тому що нерідко ефективність права оцінюють через призму правозастосовного акту, а не самої норми, яка дозволяє прийняти будь-яке рішення. Таким чином якість індивідуального регулювання виступає лакмусовим папірцем для визначення дієвості правової норми.

Не можна оминути питання техніки створення норми, що також в кінцевому разі впливає на результати правового регулювання. На думку фахівців, поєднання в єдину конструкцію певного комплексу правових засобів можна розглядати як свого роду укрупнений блок в загальному арсеналі правового інструментарію. З такої позиції ефективне використання правових засобів при вирішенні тих чи інших спеціальних завдань полягає в тому, щоб вибрати оптимальний для вирішення відповідного завдання правовий режим, майстерно використати його відповідно до специфіки поставленого завдання та змісту

---

[1] Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Под. общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. — М.: Издательский дом NOTA BENE 2000 — С. 283.

[2] Алексеев С.С. Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность. – М.: Издательство НОРМА, 2001. –С.31.

[3] Кельзен Г. Общая теория государства и права/ Г. Кельзен. – Кембридж, 1946. – с. 41.

[4] Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Под. общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. — М.: Издательский дом NOTA BENE 2000 — С. 56.

відносин, що підлягають регулюванню. Таким чином, можемо зазначити, що однією із умов ефективності норм права є правильно підібраний інструментарій їх створення[1].

Отже, в умовах суспільних перетворень, трансформації соціальних цінностей ефективність права залежить від його адаптованості до заявлених потреб соціуму. Зміни в різних сферах суспільного життя, економіці, політиці мають в обов'язковому порядку враховуватися органами державної влади при створенні та подальшому розвитку правових норм задля досягнення відповідного консенсусу у суспільних взаємовідносинах та, як результат, ефективності правового регулювання. Вміле поєднання консервативних та прогресивних цінностей, що регулюються правом, вдалий підбір нормативного інструментарію для досягнення намічених цілей є головними чинниками ефективності правового регулювання, а відповідно й ефективності правових реформ.

Назарій Стецик,
к.ю.н., доцент кафедри теорії та філософії права
Львівського національного університету імені Івана Франка

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИРОДУ ТА СТРУКТУРУ НОРМ ПРАВА ТА НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ ПРИПИСІВ

У загальній теорії права питанням норм права та нормативно-правових приписів традиційно присвячують багато уваги. Проте і надалі залишаються невирішеними та дискусійними питання їх природи та структури.

У юридичній науці вже сформувались відповідні підходи до трактування природи та структури норм права – «трьохелементний» та «двохелементний».

Представники «трьохелементного» підходу обгрунтовано звертають увагу на те, що норма права є правилом поведінки, що не лише встановлюється, але і забезпечується суб'єктами нормотворчості, а тому завжди складається із трьох елементів – гіпотези (якщо), диспозиції (то) та санкції (інакше). Якщо у нормі права відсутній хоча б один із трьох цих елементів, вона не здатна реалізувати свого призначення.

У юридичній літературі зауважують, що такий підхід хоч і має раціональні підстави, проте не враховує інших різновидів норм права («нетипових», «нестандартних», «спеціалізованих»), які не володіють такими трьома елементами. Також позиції «трьохелементного» підходу небезпідставно піддаються критиці через неможливість текстуального підтвердження у законодавчих формулюваннях усіх трьох елементів норми права.

Представники «двохелементного» підходу, звертаючи увагу на те, що правове регулювання не обмежується нормами-правилами поведінки, але передбачає

[1] Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 т. [+ Справоч. том]. Том 6: Восхождение к праву. – М.: Статут, 2010. – С. 264.

також і інші правила – норми-принципи, норми-декларації, норми-дефініції, колізійні норми та ін., стверджують, що всі вони мають двохелементну внутрішню будову, яка текстуально підтверджується у законодавстві.

У загальнотеоретичній науці для зняття таких суперечливих позицій ввели теоретичну категорію «нормативно-правовий припис». Так, ідею про правовий припис як самостійне правове явище вперше запропонував Міцкевич О. В., котрий під правовим приписом розумів «те чи інше логічно завершене положення, що сформульоване у тексті акту державного органу та містить обов'язкове для інших осіб, організацій рішення державної влади». «Правовий припис – це сам текст статтей, пунктів та інших граматично та логічно завершених частин нормативних актів»[1].

Однак, як це досить часто буває у юридичній науці, введення нового терміну «нормативно-правовий припис» призвело до появи ще більшої кількості суперечливих та протилежних позицій.

У різний час ті чи інші аспекти нормативно-правових приписів розроблялися у працях Алєксєєва С. С., Апт Л. Ф., Бабаєва В. К., Блохіна Ю. В., Вопленка М. М., Горшеньова В. М., Давидової М. Л., Євграфова П. Б., Зайця А. П., Карташова В. М., Луць Л. А., Макаренко Л. О., Міцкевича О. В., Парфент'єва А. Л., Піголкіна А. С., Рабіновича П. М., Шмельової Г. Г. та ін.

Так, на даний час у юридичній літературі спостерігаються такі основні підходи щодо співвідношення та взаємодії понять «норма права» та «нормативно-правовий припис»:

1) вони є тотожними поняттями – будь-яка норма права є нормативно-правовим приписом і будь-який нормативно-правовий припис є нормою права;

2) вони є нетотожними, але однорідними поняттями – а саме норма права є різновидом нормативно-правового припису;

3) вони є нетотожними та різнорідними поняттями – норма права є ідеальною логічною загальнотеоретичною конструкцією та належить до системи права; нормативно-правовий припис є реальним текстуальним формулюванням та належить до системи законодавства (джерел права). Так, Євграфов П. Б. зазначає, що приписи законодавства, відображаючи норми права, є не лише самим текстом граматично і логічно завершених частин нормативного акту, але кожен з них є відносно завершеним юридичним цілим, в свою чергу, закріпленим у статтях, пунктах, параграфах та інших підрозділах тексту акту[2]. Заєць А. П. обгрунтовано стверджує, що оптимальне співвідношення права та законодавства на рівні первинних елементів може бути проведене на основі

---

[1] Мицкевич А. В. Избранное / Сост. и автор. предсловия Е. А. Юртаева. – М. : Институт законодательства и сравнительного правовендения при Правительстве Российской Федерации, 2010. – С. 36

[2] Евграфов П. Б. Соотношение структуры советского права и структуры советского законодательства: автореф. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.01 / Евграфов Павел Борисович. – Харьков, 1981. – С. 15

формування логічної норми права декількома нормативно-правовими приписами, вираженими безпосередньо у тексті нормативних актів[1].

Таким чином, у загальнотеоретичній юридичній науці наявний різнобій позицій, підходів до трактування природи та структури норм права та нормативно-правових приписів.

Такий стан наукового дослідження цих теоретичних категорій не можна назвати задовільним, адже він не сприяє одноманітному та несуперечливому їх використанню, може вносити різнобій як у практичну, так і в навчальну юридичну діяльність. Вирішити ці проблеми можна завдяки формуванню цілісної та несуперечливої концепції норм права та нормативно-правових приписів.

Норма права та нормативно-правові приписи взаємодіють як зміст і форма. Змістом є норма права, елементи якої закріплюються у формі двох нормативно-правових приписів. Також вони взаємодіють як ціле та частина. Норма права є цілим, нормативно-правовий припис – частиною.

Норма права – є ідеальною логічною конструкцією, що відображає таку загальну закономірність права, як встановленість та забезпеченість державою (іншими суб'єктами нормотворчості). Ця закономірність проявляється у необхідній структурі норми права, яка завжди повинна складатися із трьох елементів – гіпотези, диспозиції та санкції. Відсутність санкції як необхідного елементу норми права призводить до її незабезпеченості, а відтак не відповідає та порушує природу права.

Норма права, будучи ідеальною логічною моделлю правила поведінки, текстуально закріплюється у нормативно-правових приписах, що є формою її виразу. Особливістю нормативно-правового припису є те, що він формулюється у реченні. Граматична форма речення дозволяє сформулювати у ньому лише два, а не усі три елементи норми права. Тому для утворення норми права завжди необхідно два нормативно-правових приписи. Один із них – регулятивний, який утворює правило поведінки (диспозицію) та умови його дії (гіпотезу). Другий – охоронний, який формулює умову порушення правила (гіпотезу) та заходи впливу за таке порушення (санкцію).

Оскільки регулятивний та охоронний нормативно-правові приписи повністю формують зміст норми права, то їх доцільно іменувати «нормоутворювальними». Інші нормативно-правові приписи, зокрема приписи-принципи, декларативні, дефінітивні, класифікаційні, колізійні, оперативні, доцільно іменувати «нормообслуговувальними», оскільки їх призначенням є забезпечення умов належного функціонування та дії норм права.

Нормоутворювальні приписи суттєвою відрізняються від нормообслуговувальних тим, що вони є приписами безпосереднього регулювання, оскільки

---

[1] Заец А. П. Согласованность нормативных предписаний как условие повышения эффективности правового регулирования : автореф. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук : 12.00.01 / Заец Анатолий Павлович. – Киев, 1985. – С. 7

прямо встановлюють правила поведінки або заходи впливу, натомість нормообслуговувальні приписи впливають на суспільні відносини опосередковано.

Нормообслуговувальні приписи, призначенням яких є забезпечення належного функціонування та дії норм права, за своїм складом є неоднорідними. До них належать приписи-принципи, декларативні приписи, дефінітивні приписи, класифікаційні приписи, оперативні приписи, колізійні приписи та ін. Варто зазначити, що нормообслуговувальні приписи, як і будь-який нормативно-правовий припис, володіє двохелементною внутрішньою будовою.

Невирішеними у юридичній науці залишаються питання, пов'язані із взаємодією норм права та нормативно-правових приписів із такими системними правовими утвореннями, як інститутами та галузями права і законодавства, що потребує подальшого самостійного дослідження.

Сергій Сунєгін,
науковий співробітник
відділу теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України,
кандидат юридичних наук

ЛІБЕРАЛІЗМ VS. СОЦІАЛЬНА ПОЛІТИКА: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

Мабуть, не буде перебільшенням стверджувати, що основу сучасного функціонування переважної більшості держав складає ліберально-демократична ідеологія соціального розвитку, фундаментальним догматом якої виступає теза про абсолютну пріоритетність та непорушність природних прав і свобод людини, що покладається в основу будь-якої суспільної діяльності. Саме людина, індивід, особистість з її невід'ємними правами і свободами перебуває в центрі уваги ліберальної ідеології та виступає мірою всіх речей, навколо якої конструюються всі інші соціальні інститути та процеси, у тому числі ті з них, які пов'язані з розбудовою демократичної, правової та соціальної держави.

Поряд з цим, якщо звернутися до сучасних реалій розвитку українського суспільства, то можна пересвідчитися майже у повній відсутності прогресивних соціально-економічних змін, оскільки матеріальне становище громадян в цілому погіршується, реальний рівень соціальної захищеності та забезпечення громадян в умовах високих темпів інфляційних процесів та зростання тарифів на комунальні послуги знижується, так і не вирішеною залишається проблема глибокої диференціації доходів різних груп населення тощо. Звичайно, вирішити ці та багато інших соціальних проблем можливо за допомогою, скажімо, розробки та впровадження зрозумілої для всього суспільства консолідованої національної стратегії розвитку соціальної політики в Україні, яка б забезпечувала досягнення суспільного консенсусу між різними групами населення та сприяла

б подоланню розвитку тих негативних тенденцій, які на сьогодні мають місце. Водночас, на думку автора, навіть розробки та впровадження зазначеного документу, заснованого на системному підході до формування державної соціальної політики з відповідним сучасним інструментарієм її реалізації, може виявитися недостатнім, оскільки не достатньою мірою враховуються глобальні тенденції нинішнього соціального розвитку, які охоплюють вже фактично весь світ.

У сучасній науковій літературі вважається, що узагальнено соціальна політика представляє собою комплекс заходів державного та недержавного характеру, спрямованих на виявлення, задоволення і узгодження потреб та інтересів громадян, соціальних груп, територіальних громад; обґрунтування та реалізація рішень державою та іншими соціальними інститутами в інтересах і з урахуванням потреб основних верств і груп населення, окремої людини, їх місця в суспільстві та взаємодії у сфері трудових відносин, надання соціальних гарантій, здійснення соціального захисту населення. Ведучи мову про соціальну політику, у сучасній практиці, як правило, маються на увазі такі її основні напрями або сфери, як соціальне забезпечення, охорона здоров'я, освіта, житло, зайнятість населення[1], доступність соціальних та інших основних та життєво необхідних послуг для населення, забезпечення соціальних прав громадян тощо.

Як бачимо, соціальна політика, незалежно від суб'єкта її безпосереднього здійснення, об'єктивно вимагає наявності у відповідному суспільстві міцних солідарних засад його функціонування, тобто єдності інтересів, завдань, стандартів та взаєморозуміння між його інститутами та суб'єктами. Адже цілком очевидно, що поза такими засадами, тобто в умовах «атомарності» суспільства, коли його індивіди як первинні суб'єкти усвідомлюють себе лише у якості автономної, незалежної, вільної від суспільства та соціальних взаємовідносин особистості, неможливо вести мову про реальність відповідних соціальних гарантій у зв'язку із фактичною відсутністю цільового обґрунтування їх реалізації, навіть якщо вони належним чином задекларовані у законодавстві.

Тепер спробуємо з'ясувати, чи можливо у сучасних реаліях ліберального соціального життя вести мову про належний рівень суспільної солідарності. Річ у тім, що лібералізм як філософський та соціально-політичний напрям розвитку суспільства і держави, центральною ланкою якого є теза про найвищу пріоритетність та непорушність прав і свобод людини та взагалі самоцінність окремого індивіда, на сьогодні вже майже не обмежується жодними національними кордонами та виступає передумовою втілення відповідних демократичних перетворень і здійснення конкретних соціальних реформ. У науковій літературі з цього приводу зазначається, що «ціннісну серцевину ліберального світогляду складає ідея свободи індивіда, визнання значущості цієї свободи і, відповідно, необхідності звільнити людину від різноманітних форм гноблення – як з боку інших

[1] Кудласевич О. М. Тенденції розвитку соціальної політики: ретроспективний аналіз / О. М. Кудласевич // Український соціум. – 2013. – № 1 (44). – С. 157 (С. 157-170).

осіб, так і надособових утворень різної природи – громад, організацій, суспільства в цілому, держави. Свобода в її ліберальному розумінні затверджується в реалізації певних невідчужуваних прав, які утворюють простір, в якому людина може діяти вільно, сама визначаючи себе і напрямки своєї реалізації»[1].

Слід зазначити, що забезпечення прав і свобод людини є квінтесенцією сучасної глобалізації, різнорівневі та багатоманітні процеси якої, незважаючи на опір окремих національних суспільств та держав, поступово поглинають їх навіть ціною виникнення військових громадянських конфліктів. Як зазначається у сучасній науковій літературі, «стратегія глобалізації, яка реалізується на сучасному етапі, передбачає модель суспільного устрою, засновану на ідеалі свободи, що асоціюється із збільшенням прибутку, підвищенням ролі матеріальної складової»[2].

Отже, лібералізм як ідеологічна основа сучасної глобалізації фактично унеможливлює справжній міжцивілізаційний та міжкультурний діалог, оскільки інтеграція та синтез різних ціннісно-смислових систем замінюється розповсюдженням символів масової культури, позбавлених глибинного взаємозв'язку з будь-якими національними традиціями, морально-релігійними смисловими контекстами тощо. Не ставлячи за мету спробувати охарактеризувати відповідні напрями або концепти сучасної ліберальної ідеології, вважаємо за доцільне зупинитися на практичних аспектах прояву лібералізму в соціальних реаліях сьогодення.

Як вже попередньо зазначалося, в центрі уваги ліберальної ідеології перебуває людина як автономний, незалежний індивід з притаманними йому неповторними рисами, якостями, системою поглядів, цінностей тощо[3]. У вказаному контексті слід звернути увагу на етимологію слова «індивід», що з латинської мови («individuum») буквально перекладається як «неподільний». Екстраполюючи даний термін у соціальну площину цілком очевидним видається, що індивід – це атомарна (найменша та неподільна) частина суспільства, автономна від соціальних взаємовідносин, тобто суб'єкт, який існує та діє в житті за принципом «сам по собі». Іншими словами, індивід – це незалежна, самостійна людина або особистість, яка є вільною мислити та діяти певним чином лише за власними уподобаннями, поглядами, цінностями тощо, тобто поза контекстом їх соціальної і духовної природи, в якій людина (особистість) розглядається не як індивід, а як суб'єкт соціокультурного життя, який є носієм неповторного

---

[1] Заблоцький В. П. Лібералізм: ідея, ідеал, ідеологія: монографія / В. П. Заблоцький. – Донецьк: Янтра, 2001. – С. 51 (368 с.).

[2] Малыгина Г. В. Трансформация ценностей в эпоху глобализации как социально-философская проблема / Г. В. Малыгина // Гуманитарные и социальные науки. – 2010. – № 2. – С. 13 (С. 12-18).

[3] Боаз Д. Ключові поняття лібертаризму / Д. Боаз // Лібералізм: Антологія. – 2-ге вид. / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. – К.: ВД «Простір», «Смолоскип», 2009. – С. 35 (С. 35-42).

індивідуального начала, що розкривається в межах та в залежності від соціальних взаємовідносин, спілкування та визначеної предметної діяльності.

Звичайно, у такий спосіб індивід представляє собою не більше ніж абстракцію, яку не можливо втілити у реальному житті, оскільки всі почуття, погляди, емоції, пріоритети, цілі тощо – все це найбільшою мірою запозичується ззовні, з сформованої у конкретному суспільстві культури, частиною якої є сама людина. Ще Е. Фромм у свій час писав, що не може існувати людини «взагалі». Незважаючи на те, що основні якості людини є властивими всім представникам людського роду, кожен індивід є унікальним, тобто в певній мірі відмінним від іншого, зокрема, за темпераментом, талантом, схильностями тощо[1].

Водночас, якщо пануюча у суспільстві ліберальна ідеологічна парадигма акцентує увагу на абстрактній людині або індивіді, який апріорі є самоцінним та наділений статусом найвищої соціальної цінності, то всі учасники такої соціальної системи повинні прагнути набути таку іманентну індивідуальність, а отже, звільнитися від зовнішніх по відношенню до такої атомарної людини явищ, які мають визнаватися особистою справою кожного. Взагалі, моральна та інтелектуальна автономія індивіда фактично означає, що жодні цінності не можуть перевершити окрему людину, у тому числі сім'я, суспільство і держава, які вже розглядаються у контексті умовних соціальних угод, що не потребують здійснення з боку індивіда жодних особливих зусиль чи витрат для їх нормального функціонування. Саме ж суспільство в цих умовах починає розглядатися вже не з точки зору єдиного цілого, а з точки зору вимушеного результату соціального контракту індивідів, укладеного лише з метою забезпечення або задоволення приватних (особистих) інтересів. Така поступова індивідуалізація людини зміщує акценти розуміння свободи з позитивного аспекту на негативний, внаслідок чого розмитою і нестійкою стає її колективна (соціальна) ідентичність, яка розчиняється у необмежених можливостях індивідуального вибору. Абсолютизація ж принципу негативної свободи дає можливість звільнитися від будь-чого, крім самої себе, оскільки свобода в доктрині лібералізму має апріорно догматичну природу. Власне, в умовах сьогодення вже нікого не здивуєш навіть такою ще донедавна неможливою свободою вибору, як вільний вибір статі, гендеру, моральної ідентичності, релігії, конфесії, національності тощо.

Отже, якщо внаслідок поширення ліберальної ідеології суспільно-державного життя абсолютизується цінність індивідуалізму, то логічно припустити, що послідовна реалізація даної цінності в кінцевому рахунку має привести будь-які суспільні відносини у сферу приватної справи. Це, у свою чергу, означає, що всі або, принаймні, переважна більшість суспільних відносин мають бути звільнені від будь-яких обмежень, оскільки відповідні заборони і табу, прийняті

[1] Фромм Э. Человек для самого себя / Пер. с англ. Э. Спировой / Э. Фромм. – М.: АСТ: АСТ Москва, 2010. – С. 32 (350 с.).

у певному суспільстві як традиційні або звичаєві та втілені, наприклад, у його традиційних моральних і релігійних нормах, порушують ключову або першочергову умову – свободу атомарного суб'єкта (людини, індивіда) від соціальної системи в цілому та його природне бажання діяти лише за власною волею. Відтак, виокремлення суспільних відносин у сферу приватних інтересів кожної людини можливо забезпечити лише у випадку їх звільнення від обмежень відповідних соціальних норм та інститутів. З цього випливає, що, наприклад, держава повинна поступово відмежовуватися від регулювання або, щонайменше, встановлення певних обмежень в економічній сфері; піклування про найбільш соціально незахищені верстви населення має здійснюватися лише на приватному рівні за бажанням відповідних суб'єктів; мораль та релігія як традиційні соціальні регулятори мають бути позбавлені можливості впливати на сімейні та міжособистісні відносини тощо.

Внаслідок такого штучного перенесення уваги з суспільства, як єдиного та цілісного соціального організму, на індивіда, подібної трансформації зазнали відповідні соціокультурні інститути, зокрема, мораль і релігія, які поступово втратили життєдайний зв'язок з авторитетним досвідом минулого. Індивід по суті став моральним законодавцем для самого себе, оскільки моральні, релігійні та інші соціальні норми почали усвідомлюватися ним крізь призму власного розуму безвідносно до авторитету, скажімо, великих мислителів минулого та християнської церкви, яка за двотисячолітню історію накопичила величезний досвід вирішення багатьох соціальних та особистих життєвих проблем.

Незважаючи на те, що саме поняття «традиція» не зникло з сучасного дискурсивного поля, сучасна людина вже дещо по-іншому виражає своє ставлення до неї незалежно від того, яка саме традиція береться до уваги. Зокрема, індивід вже не розглядає традицію як реальну даність, в якій він повинен жити та яку має зберегти, а оцінює її лише з позиції стороннього спостерігача як певну данину минулому і не більше. Так, навіть моральна та релігійна традиції здебільшого вже не розглядаються сучасною людиною як дещо постійне, природне, тобто такі, що даються раз і на все життя. Навпаки, всі ці здавалося б основоположні засади людського буття поступово розчиняються у так званій транснаціональній ідентичності, основу якої складає масова культура.

Таким чином, маємо повністю протилежну ситуацію, коли у абсолютній більшості сучасних суспільств та держав кожен суб'єкт (індивід, людина) визначає свою поведінку, виходячи лише з особистого інтересу, а не спираючись чи, принаймні, враховуючи традиційну суспільну мораль і досвід минулих поколінь у відповідній соціальній сфері. При цьому роль суспільства і держави обмежується суто службовою функцією, яка полягає у створенні необхідних умов для гармонізації нескінченної кількості приватних інтересів без здійснення відповідного втручання у мотиви особистої діяльності людини, чого в об'єктивній дійсності неможливо досягти в повній мірі без виникнення конфліктних ситу-

ацій у зв'язку із неоднозначністю людської природи з точки зору її моральних проявів. Як наслідок, сучасний індивід живе так званим «штучним» життям, оскільки його інтереси обмежуються лише біологічно-чуттєвими переживаннями чи задоволеннями на кшталт їжі, сексу, різних розваг, модного одягу, пошуком легких способів заробітку тощо. Життя такої людини позбавлене високих духовних засад, без яких його біологічний аспект втрачає свій смисл, і саме тому воно неминуче розчиняється у штучно створених стереотипах і штампах, нав'язаних масовою культурою.

Якщо спробувати осмислити сучасну українську дійсність в контексті основних аспектів формування та реалізації соціальної політики в умовах панування ліберальної ідеології суспільно-державного життя, то є всі підстави стверджувати факт функціонування даної політики за так званим принципом «індивідуального виживання», що було викликано надто швидким переходом від патерналістської моделі економіки до ринкової. Адже як свідчать реалії сьогодення, переважна більшість населення нашої держави так чи інакше, але сприйняла нові установки та умови соціального життя, в яких все залежить від індивідуальних і конкретних життєвих зусиль, а не допомоги з боку визначених суб'єктів чи колективних дій, спрямованих на досягнення загального корисного соціального ефекту. Це, водночас, зовсім не означає відсутності у інформаційному просторі відповідних ідей щодо, наприклад, єдності соціальних, національних та інших суспільно важливих інтересів, але всі вони є не більше ніж міфом, оскільки організовані колективні дії вже не приносять тієї індивідуальної користі та успіху, на який розраховують учасники суспільних відносин.

Будучи максимально раціональним, сучасний індивід послідовно прагне досягти поставлених споживчих цілей, розраховуючи ступінь витрат того чи іншого засобу їх досягнення. Така ситуація призводить до того, що, наприклад, любов до ближнього, гуманізм, милосердя, чуйність та інші необхідні для здійснення ефективної соціальної політики на різних рівнях моральні людські якості, стають нераціональними, тобто такими, що не дають бажаного споживчого результату, і замінюються егоїзмом, оскільки особисті інтереси, набуваючи раціональний або економічно-гедоністичний зміст, стають пріоритетними та більш вигідними. Цілком очевидно, що в умовах функціонування атомізованого конформістського суспільства, в якому індивіди позбавлені особистих переконань і принципів та здатні без жодних докорів сумління підлаштовуватися під будь-кого і будь-що, індивіда навряд чи цікавитимуть проблеми інших людей, зокрема, таких соціально вразливих категорій населення, як безробітні, жебраки, діти-сироти, інваліди, одинокі матері тощо, оскільки першочерговим завданням для індивіда є лише його власні кар'єрні проблеми або матеріальне збагачення, від якого безпосередньо залежить конкретна міра отримання ним відповідних чуттєвих задоволень. Адже «у ліберальному суспільстві індивіди повинні бути вільними у прийнятті того чи іншого поєднання цінностей і бути

так само вільними у виробленні на цій основі своїх власних концепцій доброго життя та у слідуванні цим концепціям у своєму житті»[1].

Ефективна ж соціальна політика не може базуватися суто на прагматизмі та «холодному» розрахунку в міжособистісних відносинах, на постійному суперництві та жодним чином реально не обмеженій конкуренції, які породжують лише заздрість до успіху інших та почуття незадоволеності досягнутим, але цілком достатнім для нормального життя. Навпаки, соціальна політика лише тоді може успішно здійснюватися, коли у суспільстві широко розповсюджені взаємовідносини, засновані на дружбі, взаємоповазі та взаємодовірі, на прагненні надати допомогу іншому без будь-якого матеріального розрахунку.

Dr. Gaabriel Tavits,
Professor for Social Law
University of Tartu
(Tartu, Estonia)

CHANGING WORLD OF LABOUR AND SOCIAL PROTECTION / МІНЛИВИЙ СВІТ ПРАЦІ ТА СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ ПРАЦІВНИКІВ

Очевидно, що правове регулювання праці різко змінилося. Типові форми зайнятості були замінені новими. Поряд з тим, серед фахівців з трудового права тривали широкі дискусії щодо принципу флексекьюріті (flexicurity) і його застосування в трудових відносинах. Хоча принцип або ідея флексекьюріті (flexicurity) містить в основному аспекти трудового права, проте відіграє також важливу роль і для соціального забезпечення, а саме у сфері соціального страхування на випадок безробіття.

INTRODUCTION

It is obvious - the world of labour has changed rapidly. The typical forms of employment have been changed and the new forms of employment have been introduced. At the same time, there have been discussions about the principle of flexicurity and its application in labour relations. Although the principle or the idea of flexicurity contains mainly the aspects of labour law, there is also important role to play for social security – mainly the unemployment insurance.

As the new forms employment have been developed, this also means that social security has to comply with those new changes.

In the following article, the position of social security protection in situation of the new forms of employment will be discussed.

---

[1] Кекес Д. Засадничі цінності лібералізму / Д. Кекес // Лібералізм: Антологія. – 2-ге вид. / Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. – К.: ВД «Простір», «Смолоскип», 2009. – С. 116 (С. 111-133).

I SOCIAL PROTECTION IN TRADITIONAL MEANING

In times when the social security was introduced it covered the people who were occupied in industry. In addition, the ILO conventions that were adopted before the World War II concerned mainly the people who were occupied under the employment contract.[1] Although some of the social security branches were also regulated separately for industry and agriculture, still the people with employment contract were most important actors covered by social security standards.

After the World War II the social security protection was widened, it was not any more the protection for economically active people, but also it was possible to guarantee this protection for residents.[2] It meant also that social security protection could be twofold – 1) based on economic activity or 2) based on residence. Still some of the social security branches are connected to the employment relationship like social security protection in case of work accidents and occupational diseases. Therefore, one can observe that social security is granted for two categories of persons – for those who are economically active and for those, who have just fulfilled the requirements of residency.

II NEW FORMS OF EMPLOYMENT – END OF SOCIAL SECURITY PROTECTION?

The new forms of employment mean usually, that the direct dependence between the employee and employer is missing.[3] An employee is free to choose when and at what time he or she is fulfilling his or her tasks. In addition, agency work is one type of employment, which can be described as a new form of employment. In such case, the employee has two possible employers and the responsibility between employers might be not clear enough. Most complicated forms of employment are connected with development of the internet and mobile communication devices. Here the new forms are e.g. crowdwork, crowd sourcing, and platform-employment.[4] In those situations, it is not always obvious, whether the employment relationship exists or not. As it is not possible to determine whether, the employment relationship exits or not it might be complicated to determine the protection that is applicable in labour relations but also the protection that is connected with social security. One of the questions e.g. is – whether a person can claim sickness insurance benefits in case he or she is not able to work temporally. In case there is an employment contract such benefit will be

---

[1] General Survey concerning social security instruments in light of the 2008 Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, ILO 2008, available : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_152602.pdf, accessed: 09.October 2016

[2] See: Income Security Recommendation, 1944 (No. 67), available: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R067, accessed: 08.October 2016

[3] G.Davidov, M.Freedland, N.Kountouris. The Subject of Labour Law: „Employees" and Other Workers. Research Handbook in Comparative Labor Law, E. Elgar 2015.

[4] C. Gegryse. Digitalisation of the Economy and Its Impact on Labour Markets, ETUI, Working Paper 2016, 02, Brussels, 2016

paid without any doubts, but in case it is not clear what kind of contractual relationship exits, also the social security protection might be questionable.

Development of the new forms of employment means also that for the people it will be possible to stay in working life longer, but it also means the working environment must be constructed in a way that a person could be employed as long as possible. This means different tasks for employers to be fulfilled and especially more importance for occupational health and safety.

In order to answer the question, whether the social security will be needed, we need to know, to whom the social security protection will be applied. There is need to determine the application of social security protection – whether it will be applied to all economically active people or only to the residents who live in the country?

III INTERNATIONAL REQUIREMENTS FOR SOCIAL SECURITY PROTECTION

In field of social security there is a number of international agreements that also prescribes what kind of people should be protected.

There are two possibilities:

1) certain percentage of economically active people or

2) certain percentage of county residents.

These rules are applied e.g. in ILO convention 102[1] and in the European Code of Social Security.[2] The both of agreements leave it to the member states to determine what kind of method will be applied in case a state would like to determine, which categories of people will be protected by the social security rules.

The next important aspect is concerned with contingences. Most relevant hereby are the sickness insurance, unemployment insurance and work accidents insurance. All those social security fields are directly connected with employment relationship. In those circumstances, it is necessary to deal with the employment relations and its characteristics in order to determine the coverage of social security protection.

Although the social security agreements do not determine, what exactly are the forms of employment and how those forms should be protected by the social security, still the international agreements make link to the ordinary understanding of employment relationship e.g. for determination how to calculate benefit one of the references is connected to the male worker, who does not have specific education, but who has experiences.[3] It still means that the typical employment relationship prevails and the new forms employment, which are connected to the more flexibility and not to the personal dependence, seems to be not recognised or not relevant.

---

[1] Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102), available: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312247:NO, accessed: 07.October 2016

[2] European Code of Social Security, available: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/048, accessed: 07.October 2016

[3] See e.g. Art 66, European Code of Social Security, available: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/048, accessed: 07.October 2016

Although the social security agreements do not contain any direct reference to the employment relations or to its characteristics, it is still for the member states to decide, to whom the social security protection will be applicable. In such circumstances the member states can apply the residence clause and apply the social security protection for all residents who live in the country concern.

IV SOCIAL PROTECTION FOR THE NEW ECONOMY – IS THIS STILL NECESSARY?

In every country, the social security schemes are different. They all are meant to protect people against the different social risks. Sometimes those schemes are mandatory, sometimes they have been built up on the principle of voluntary insurance. If one would like to discuss social security protection in changed economic situation, one must ask whether we still need to keep the social security system, that is offering the universal social security protection without any limits for everyone? Or we should offer social security protection for those, who are really willing to have it. In the new economy and in the new possibilities the question - whether the social security protection can be or should be mandatory - is important. There is no doubt that in every society there is need for specific protection for those who are not in the position to help themselves. For those categories of people, the social security protection is necessary, but is the situation same for those people who are on voluntarily basis participating in sharing economy? We are used to speak about the weaker party in the labour relations and in connection to that also the social security protection is necessary. The question is who e.g. in sharing economy or in platform work is a weaker party? The company is offering the possibility to share services and to share experiences. The people are doing this based on their free will. So far there is no clear dependant relationship, so far mandatory social security protection is questionable.

CONCLUSIONS

Social security schemes that have been built up on the principle of mandatory membership are not functioning well in the new economy. There is need to define the social security protection again taking into account the changes in employment relationship. The social security ideology and principles that were established in 19th century are not functioning very well. The understanding that the social security protection should be applied to the employees is in general framework true, but in the digital economy only partly applicable. The social security needs to protect only those people who are willing to get the protection and who are interested in such protection. In case a person who is working is not interested for social security protection should not be protected mandatory. Especially in cases of new forms employment, there is need to think about the mandatory social security protection, when the working people themselves are not interested in such protection.

It is the right time, to rethink the position and the meaning of social security protection in digital age and in age of industry 4.0.

Вікторія Тарасенко,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри трудового права
та права соціального забезпечення
Національного університету «Одеська юридична академія»

НОВИЙ СТАРИЙ «СПОЖИВЧИЙ КОШИК»

В умовах економічної кризи та зростання рівня бідності серед населення, визначення реального прожиткового мінімуму для різних груп населення отримує все більшу актуальність.

Рівень життя населення повинен визначатися вартістю їхнього «споживчого кошика». Втім чинні набори продуктів харчування, набори непродовольчих товарів та набори послуг для основних соціальних і демографічних груп населення були затверджені Кабінетом Міністрів України ще у 2000 році і не переглядались з того часу жодного разу.

Враховуючи бездіяльність Кабінету Міністрів України в цьому напрямку, Окружний адміністративний суд міста Києва 17 вересня 2015 року визнав протиправними дії Кабінету Міністрів України із встановлення розміру прожиткового мінімуму в Україні на 2015 рік без проведення і врахування результатів перегляду вмісту наборів непродовольчих товарів, продуктів харчування та послуг для основних соціально-демографічних груп населення; визнав протиправною бездіяльність Кабінету Міністрів України в частині не вжиття заходів для встановлення прожиткового мінімуму в Україні на 2015 рік в порядку та на підставі положень Закону України «Про прожитковий мінімум»; зобов'язав Кабінет Міністрів України провести перегляд вмісту наборів непродовольчих товарів, продуктів харчування та послуг для основних соціально-демографічних груп населення та зобов'язав Кабінет Міністрів України встановити розмір прожиткового мінімуму в Україні на 2015 рік в порядку та на підставі положень Закону України «Про прожитковий мінімум»[1].

Законність зазначеної постанови була підтверджена апеляційною інстанцією та залишена в силі Вищим адміністративним судом України.

5 вересня 2016 року на засіданні Урядового комітету з питань соціальної політики та гуманітарного розвитку був затверджений проект нової постанови, якою розроблені змінені норми споживання населенням продуктів харчування, непродовольчих товарів та послуг.

Незважаючи на те, що нові норми переглядались Кабінетом Міністрів України цілий рік, вміст нового «споживчого кошику» не надто відрізняється від існуючого, затвердженого ще в 2000 році. Основні зміни в кошику торкнулися ліків - був розширений їхній перелік, хоча навіть і цей набір все одне не відповідає медичним стандартам. Більшість позицій в списку все ж таки збе-

[1] Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 17 вересня 2015 року по справі № 826/6362/15 // Єдиний державний реєстр судових рішень України.

реглися, однак були додані продукти, яких раніше не було в списку, зокрема чай, кава в зернах, сіль та спеції. Суттєво зросли норми споживання риби – із 2,5 до 9 кг на рік. Також є нові норми і щодо одягу: замість пальто на 8 років – куртка на 5 років, чоловікам дозволили мати 6 пар трусів на рік (було 5 штук на 2 роки), жінкам – 2 бюстгальтери на рік (було 2 штуки на 2 роки). Для жінок передбачена можливість мати штани – одну пару на 4 роки. Водночас скоротилися соціальні норми споживання води, газу та світла.

У Міністерстві соціальної політики України порахували, що вартість нинішнього споживчого кошика для людини, котра працює, на січень 2016 року становила 2880 грн., з урахуванням інфляції ця сума зросла до 3018 грн. Тобто, мінімальної зарплати, яка нині становить 1450 грн., вистачає лише на 48 відсотків закладених у споживчому кошику товарів та послуг. Проте, за даними Держстатистики, мінімальну заробітну плату нині отримують менше 5 відсотків населення, решта заробляють на споживчий кошик, отримуючи 3000 грн. і вище. Але часто ці доходи ділять на двох-трьох і більше членів сім'ї.[1]

Отже, новий «споживчий кошик» так і не став відповідати сучасним життєвим реаліям і призводить до заниження розмірів державних соціальних гарантій.

15 вересня 2016 року Кабінетом Міністрів України був внесений до Верховної Ради України проект Закону України «Про Державний бюджет України на 2017 рік». Вважаємо, що Кабінет Міністрів України взагалі не мав права подавати ані цей проект бюджету, ані проект бюджету на 2016 рік без проведення нової науково - громадської експертизи набору продуктів харчування, набору непродовольчих товарів і набору послуг для встановлення прожиткового мінімуму в Україні та перегляду вмісту споживчого кошику.

«Споживчий кошик» повинен розраховуватися виходячи з вимог Закону України «Про прожитковий мінімум», згідно з яким людина повинна бути забезпечена продуктами для відновлення її життєвих сил і мінімальним набором непродовольчих товарів та послуг. Таким чином, новий вміст «споживчого кошику» знову не забезпечує не тільки достатній життєвий рівень особи, що включає достатнє харчування, одяг та житло, право на яке передбачено статтею 48 Конституції України, а не забезпечує навіть мінімальні потреби людини.

Відтак, на сьогодні продовжують фактично існувати два «споживчих кошики»: офіційний - на підставі якого проводяться офіційні розрахунки прожиткового мінімуму і здійснюється планування соціальних стандартів державного бюджету, та реальний - який відображає реальний споживчий мінімум, і на думку експертів, має становити не менше 7000 гривень на місяць.

Отже, методика наповнення «споживчого кошика» в Україні є застарілою, вона не відповідає реальним потребам населення. Необхідно сформувати набір

[1] Режим доступу: [Електроний ресурс] http://pravdatyt.com/news/33736-novii-spozhivchii-koshik-v-d-kabm-nu.html

продуктів харчування, набір непродовольчих товарів та набір послуг з урахуванням потреб пенсіонерів, осіб з інвалідністю у лікарських препаратах, спеціальному медичному обладнанні та необхідних медичних послугах, а також з урахуванням потреб дітей у доступі до послуг освіти, зокрема, доступі до мережі Інтернет, придбанні навчальної літератури тощо, з урахуванням потреб працездатного населення у доступі до послуг закладів культури, фізичної культури та спорту, соціально-побутового обслуговування тощо, а також з врахуванням реальних норм споживання населенням продуктів харчування та непродовольчих товарів.

Тетяна Тарахонич,
канд. юрид. наук, старший науковий співробітник
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ЗАКОННІСТЬ ЯК МЕТА ТА РЕЗУЛЬТАТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Специфіка сучасних тенденцій розвитку України свідчить, що процес формування громадянського суспільства та правової держави проходить паралельно, під взаємним впливом та контролем. Важливе місце в процесі реформуванню суспільного життя та формуванні основних рис організації суспільства, в процесі прийняття та реалізації норм права належить теоретичному переосмисленню такої категорії як «законність».

В юридичній літературі більшість вчених схильні розглядати законність як комплексне (принцип, метод, режим) соціально-правове явище, що відображає організацію і функціонування суспільства на правових засадах, гармонійний зв'язок особи, влади, права і закону в конкретній державі[1]. Дану думку поділяють вітчизняні науковці, зазначаючи, що законність – це комплексна політико-правова категорія, що відображає правовий характер організації суспільно-політичного життя, органічну взаємодію права та влади, права та держави[2]. Поряд з цим, ряд вчених аналізуючи законність, акцентують увагу саме на принципах законності як сукупності вихідних ідей, положень, які формують її змістовне наповнення та трансформуються в її вимоги, що обумовлені відповідними нормами права. Таким чином, законність розуміється як принцип, метод, режим строгого та неухильного дотримання, виконання норм права всіма учасниками суспільних відносин (державою, її органами, суспільними та

[1] Скакун О.Ф. Теорія права і держави: [Підручник] // О.Ф. Скакун. – К.: Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. – С. 489.

[2] Теорія держави і права. Академічний курс : [Підручник] // За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 530.

іншими організаціями, трудовими колективами, посадовими особами, громадянами – всіма без виключення)[1].

Таке розуміння законності надає можливість розглянути законність як структуроване утворення, складовими компонентами якого є суб'єктний склад, мета та форми її реалізації. Поряд з цим, заслуговує на увагу позиція вчених, які в структурі правової законності виокремлюють нормативні, поведінкові, охоронні та захисний елементи[2].

На нашу думку, законність в період формування та розвитку громадянського суспільства та правової держави слід розглядати як комплексну юридичну категорію, що має внутрішню та зовнішню сторони. З точки зору зовнішньої сторони, законність слід розуміти як результат взаємодії різноманітних чинників, а саме: як конституційний принцип, як метод здійснення влади, як систему вимог до суб'єктів права, як режим суспільного життя, як принцип побудови системи нормативних актів, які знаходять своє відображення в принципах законності (верховенство закону, єдність законності, загальність, доцільність та реальність законності, рівність всіх перед законом). Поряд з цим законність слід розуміти як мету та кінцевий результат правового регулювання. Правове регулювання здійснюється за допомогою цілого комплексу правових норм. Цей комплекс складає певну систему для якої властиві певна організованість, єдність, підпорядкованість, координаційні та субординаційні зв'язки.

Організованість правових норм передбачає їх внутрішню узгодженість, побудову на єдиних принципах, серед яких важливе місце відводиться принципу законності. Даний принцип організації правових норм тісним чином пов'язаний з ієрархічним підпорядкуванням приписів за їх юридичною силою та єдністю правових норм, щодо їх єдиної мети: поєднати інтереси суспільства з інтересами окремих індивідів, врегулювати найважливіші сфери суспільних відносин, функціонування яких неможливе без використання юридичних засобів.

За внутрішньою стороною законність характеризується як сукупність обґрунтованих, внутрішньо узгоджених законів, які відповідають вимогам права.

Слід погодитись з думкою більшості вчених, що основними сферами реалізації законності, виразу її вимог є: ідеологічний, психологічний та практичний аспект[3].

Характеризуючи ідеологічний аспект виразу законності увага зосереджу-

---

[1] Общая теория права и государства : [учебник] // Под ред. В.В. Лазарева. – 5-е изд., перераб., и доп. – М. : Норма : ИНФА-М., 2014. – С. 324 – 325.

[2] Скакун О.Ф. Теорія права і держави: [Підручник] // О.Ф. Скакун. – К.: Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. – С. 491.

[3] Вопленко Н.Н. Социалистическая законность и применение права /Н.Н. Вопленко. – Изд-во Саратовского ун-та, 1983. – С.41; Законність: теоретико-правові проблеми дослідження та впровадження / Відпов. ред. С.В. Бобровник. – К.: Видавництво «Юстініан», 2004. – С. 26 – 29.

ється саме на правовій ідеології. В даному контексті правова ідеологія визначається як сукупність доктринально обґрунтованих ідей, поглядів, переконань, напрямів вдосконалення правового регулювання. Менталітет держави, її ціннісна спрямованість, правова дійсність, особливості правового регулювання впливають на процес формування, збагачення, виникнення нових концептуально обгрунтованих поглядів та ідей.

Правова ідеологія формує правову свідомість суб'єктів, мотивацію їх поведінки, є базовою основою розвитку правової культури суспільства та підґрунтям вдосконалення правового регулювання, забезпечення режиму законності.

Поряд з цим, правова реальність усвідомлюється не лише на рівні знань, теорій, а й існує на рівні емоцій, почуттів, настроїв, що свідчить про психологічну складову прояву законності.

Психологічний аспект виразу законності знаходить відображення в психології суспільства, соціальних групп, окремих індивидів тощо. Саме через емоції, почуття формується уявлення про правомірну та неправомірну поведінку суб'єктів. Під впливом складових правової свідомості (правової ідеології, правової психології) формуються установки на правомірну поведінку, забезпечується реалізація правових приписів.

Зазначене дає можливість підкреслити, що позитивне ставлення суб'єктів до норм права відіграє важливу роль у забезпеченні режиму дотримання вимог діючого законодавства, та є важливою складовою в системі психологічного механізму правомірної поведінки.

Практичний аспект виразу законності – це насамперед поєднання її ідеологічної та психологічної складових, що знаходить відображення в політико-правовому режимі державно-організованого суспільства. Даному аспекту виразу законності притаманна політична та юридична складові.

Слід погодитись з думкою більшості вчених, що політична складова законності відображає організаційну роль держави в забезпеченні за допомогою правового регулювання її цілей та знаходить відображення у відповідному політичному режимі держави. Юридична складова характеризується процесами прийняття та реалізації правових норм, якістю та дієвістю законодавства, узгодженістю законів та підзаконних актів тощо.

Узагальнивши сказане, слід підкреслити, що законність - це комплексне соціальне-правове явище, яке характеризує: якісно новий стан розвитку та функціонування громадянського суспільства; режим суспільно - політичного життя, де панують ідеї права, реального співвідношення законів та підзаконних актів, ідеї гуманізму, справедливості, свободи та відповідальності; метод державного управління суспільством з використанням виключно правових засобів; принцип діяльності державних органів, суспільних організацій, посадових осіб[1].

[1] Законність: теоретико-правові проблеми дослідження та впровадження / Відпов. ред. С.В. Бобровник. – К.: Видавництво «Юстініан», 2004. – С. 103.

Саме законність характеризує мету, завдання та потреби правового регулювання, вона є результатом відображення людської діяльності, взаємовідносин, що мають місце в соціально-правовому середовищі.

Необхідність осмислення та теоретичного обґрунтування даного поняття обумовлюється процесами розбудови правової держави, громадянського суспільства, необхідністю вдосконалення законодавства, досягнення ефективності правового регулювання, дотримання законності в різних сферах суспільного життя.

Галина Татаренко,
к.ю.н. доцент, завідувач кафедри конституційного права,
Східноукраїнський національний університет ім. В.І.Даля

ПРИРОДНІ МОНОПОЛІЇ, ЯК ЕЛЕМЕНТ УПРАВЛІННЯ ЖИТЛОВО-КОМУНАЛЬНИМ КОМПЛЕКСОМ

Головне завдання будь-якого органу і елементу влади є забезпечення стабільного задоволення її діями потреб найширших верств населення. Для цього необхідно насамперед створити всі умови для ефективного забезпечення базових потреб кожної людини в доступі до питної води, електричної і теплової енергії, газу, якісної їжі, працевлаштування тощо.

Багато з вищевказаного надають населенню підприємства (зараз, як правило, приватні), які є так званими природними монополістами: Обленерго, Облгази, Водоканал і т.п.

Як показала практика, у природних монополістів мета надання якісних послуг населенню за економічно-обґрунтованими цінами, нажаль, ніколи не є головною. Головною метою для них є отримання найвищих прибутків. Це служить джерелом постійного конфлікту інтересів споживачів – населення України і виробників послуг – природних і наявних монополістів.

Для врегулювання і вирішення цих конфліктів в Україні створені різні державні інституції: НКРЕКП, Антимонопольний Комітет, Державна інспекція захисту прав споживачів, тощо. Їхня діяльність, як і в загалі основні засади державного управління у сфері житлово-комунального господарства регулюється відповідними законами: «Про питну воду та питне водопостачання», «Про природні монополії», «Про електроенергетику», «Про державне регулювання у сфері комунальних послуг» «Про Антимонопольний комітет України».

Проте, саме існування таких інституцій, наділених контрольно-каральними повноваженнями, є настільки потужним корупціогенним фактором, що він знівелював ефективність їх діяльності в суспільстві.

Стабільними та важливими суспільними відносинами є не лише самі по собі відносини з надання населенню та різноманітним організаціям послуг з газо-, електро-, водо-, теплопостачання, водовідведення, тощо. Нажаль, стабільними

та системними є також і зловживання постачальниками своїм монопольним становищем, внаслідок чого постійно порушуються цивільні права споживачів, громадянам спричиняється суттєва матеріальна та моральна шкода.

Зловживання найчастіше (в деяких регіонах постійно) виражаються у застосуванні різних цін чи різних інших умов до рівнозначних угод зі споживачами без об'єктивно виправданих на те причин; незаконному припиненню надання послуг окремим споживачам (у тому числі за неіснуючу або незначну заборгованість); свавільному позбавленні постачання послуг житлових масивів та виробничих комплексів або їх частин; необґрунтованому обмеженні надання послуг годинами доби, днями тижня; наданні неякісних послуг.

Як приклади можна навести випадки припинення підприємством-монополістом ПАТ «Київенрго» підігріву води з продовженням стягнення оплати як за підігріту. Або відключення від енергопостачання житлових масивів та підприємств монополістом ПАТ «Чернігівобленерго». Показовим і обурливим є факт постачання електроенергії для мешканців окупованого Луганська підприємством-монополістом ТОВ «Луганське енергетичне об'єднання» за цінами, у півтори рази нижчими, ніж для громадян, які проживають на підконтрольній Україні території Луганської області, та відключенні від електропостачання частин Національної гвардії України у місті Сєвєродонецьку.

На нашу думку такі види діяльності як газо-, електро-, водо-, теплопостачання, водовідведення необґрунтовано віднесені українським законодавством до так званих природних монополій. Насправді вони не є природними, оскільки у більшості випадків існує технічна можливість та економічна доцільність здійснення цих видів діяльності декількома постачальниками на конкурентній основі.

Більше того так звані «природні» монополісти відчувають безкарність, що й призводить до системних та постійних зловживань та порушень законодавства з їхнього боку.

Натомість члени місцевої громади, які своєю працею створювали інфраструктуру в регіоні і є найбільш зацікавленими у наданні якісних комунальних послуг, не мають справжніх можливостей для впливу на ситуацію.

Все це викликає потребу в створенні ефективного механізму саморегуляції відносин між суспільством і бізнесом, який займає монопольне становище на ринку. Одним із таких механізмів може бути примусовий продаж підприємства-монополіста на вимогу територіальної громади, для чого пропонується прийняття відповідного законопроекту.

Метою законопроекту є забезпечення гармонійних взаємовідносин між територіальними громадами і підприємствами - монополістами приватної форми власності, які діють на цих територіях, шляхом створення механізму саморегуляції цих взаємовідносин.

В результаті прийняття запропонованого законопроекту місцевим громадам буде надане право на місцевому референдумі право приймати рішення про

примусову зміну власника підприємства-монополіста, в разі якщо його діяльність не задовольняє членів територіальної громади – споживачів його послуг, коли він зловживає своїм монопольним становищем. Таким чином пересічний громадянин отримає право безпосередньо впливати на якість свого життя.

Одночасно з цим члени громади приймають на себе відповідальність за наслідки свого рішення.

З іншого боку будь-який власник підприємства-монополіста стає вмотивованим забезпечувати необхідний рівень якості надання своїх послуг, не допускати зловживань та порушень законодавства.

Існування правової можливості зміни власника шляхом продажу з аукціону усього або більшої частини належного йому цілісного майнового комплексу, яким забезпечується надання певного виду послуг, призведе до конкурентної боротьби між постачальниками, пожвавлення відповідної галузі економіки, здешевлення, та підвищення якості послуг.

Сутність законопроекту полягає в наступному: (1) За рішенням місцевого референдуму та подальшим рішенням суду виставляється на вільний примусовий продаж через аукціон підприємство-монополіст. (2) Стартова ціна визначається за незалежною оцінкою. (3) В разі зриву аукціону за відсутності покупців, або відмови переможця заплатити ціну відбувається зниження ціни на 15% кожного разу. (4) Всі гроші, що надійшли від продажу підприємства монополіста, передаються попередньому власникові. (5) Витрати на підготовку і проведення аукціону фінансуються за рахунок спеціального фонду, створеного відповідною місцевою Радою, який фінансується за рахунок місцевого бюджету та добровільних внесків громадян.

Примусовий продаж (примусове оплатне вилучення) майна не є надзвичайним чи винятковим явищем. В даному випадку примусовий продаж (примусове оплатне вилучення) майна є способом захисту цивільних прав громадян-членів територіальної громади і одночасно санкцією цивільно-правового характеру за зловживання монопольним становищем на ринку послуг.

Особливістю управління житлово-комунальним господарством є те, що значні повноваження по управлінню цією галуззю мають місцеві органи виконавчої влади й органи місцевого самоврядування[1]]. Запропонованим проектом Закону передбачається призначення та організація проведення місцевого референдуму відповідною місцевою Радою на вимогу ініціативної групи. Ініціативна група збирає підписи громадян, що мають паво приймати участь у референдумі, надає їх місцевій Раді, а в подальшому представляє інтереси громади у судах та інших органах влади.

Для убезпечення власників від свавільного протизаконного позбавлення права власності на майно законопроектом передбачений судовий порядок при-

[1] Адміністративне право України. Підручник під ред. Авер'янова В.Б. // [Електронний ресурс] - Режим доступу: http://uristinfo.net

йняття рішення про призначення аукціону. При цьому самого факту прийняття рішення на референдумі не достатньо. Суд приймає рішення про проведення аукціону на підставі сукупності двох фактів: (а) прийняття відповідного рішення на місцевому референдумі; (б) зловживання монопольним становищем на ринку надання населенню послуг з газо-, електро-, водо-, теплопостачання, водовідведення, тощо.

Оскільки згідно ч.3 ст.41 Конституції України громадяни для задоволення своїх потреб можуть користуватися об'єктами права державної та комунальної власності відповідно до закону, то в разі прийняття громадою рішення про зміну власника комунального підприємства, рішення суду не потрібне.

Оскільки діючий закон про місцевий референдум на теперішній час в нашій державі відсутній, представлений на розгляд законопроект містить спеціальні норми про порядок ініціювання та проведення референдуму.

Автори усвідомлюють, що газо-, електро-, водо-, теплопостачання, водовідведення є стратегічно важливими для держави і суспільства напрямками діяльності. Від них залежать безпека і здоров'я населення, економічна міць та з рештою суверенітет держави. Тому законопроектом передбачені обмеження щодо участі в аукціоні іноземних громадян та фірм.

Шлях вирішення проблеми запобігання зловживанню монопольним становищем полягає в урізноманітненні форм господарювання і наданні споживачам можливості вибору з декількох надавачів послуг. Тому до прикінцевими положеннями законопроекту мають бути внесені зміни до Закону України «Про природні монополії» від 20 квітня 2000 року N 1682-III щодо виключення із переліку природних монополій послуг з розподілу природного і нафтового газу трубопроводами, транспортування інших речовин трубопровідним транспортом, розподілу електричної енергії (передачі електричної енергії місцевими (локальними) електромережами, транспортування теплової енергії, а у випадках, які спеціально не визначені спеціальним органом влади у сфері управління водними ресурсами, також і централізованого водопостачання та водовідведення.

В результаті прийняття законопроекту та реалізації його положень будуть створені передумови для: (а) справедливого розподілу ринку надання послуг з газо-, електро-, водо-, теплопостачання, водовідведення на конкурентній основі; (2) здешевлення і підвищення якості цих послуг; (3) зменшення кількості випадків порушень законодавства з боку підприємств-монополістів та їх власників; (4) інноваційного, технологічного прискорення розвитку в напрямку підвищення економічної ефективності інфраструктурних галузей України.

Дмитрий Тис,
Главный правовой инспектор труда Гродненского обкома работников агропромышленного комплекса (Гродно, Беларусь)

ПРОБЛЕМЫ ДОКАЗЫВАНИЯ СПЕЦИАЛЬНОГО СТАЖА РАБОТЫ НА ПРЕДПРИЯТИЯХ СЕЛЬСКОГО ХОЗЯЙСТВА

Стаж работы является одним из важнейших юридических фактов, с которым законодатель связывает возникновение большинства правоотношений по социальному обеспечению. Стаж (с латинского – временное пребывание) трактуется как срок службы, длительность деятельности в любой сфере или как срок, за время которого приступивший к работе приобретает практические навыки по определенной специальности.

Его наличие существенно влияет на объем прав нетрудоспособных граждан. Стаж работы, будучи обобщающим показателем вклада работника в результаты производства, служит основанием для получения определенных льгот и социальных благ. Стаж работы играет важную роль при разрешении различных вопросов как в праве социального обеспечения, так и в трудовом праве. От его длительности зависит уровень заработной платы, полученных премий, вознаграждений по итогам деятельности предприятия за год, продвижение по работе и т.п. Однако следуем отметить, что в праве социального обеспечения юридическое значение стажа работы заключается в том, что его наличие является главным условием для назначения трудовых пенсий.

Кроме этого в праве социального обеспечения существует такое понятие как специальный стаж. Специальный трудовой стаж – это суммарная продолжительность трудовой деятельности (независимо от количества и продолжительности перерывов в ней) в определенных отраслях народного хозяйства, в определенных профессиях, должностях и в определенных местностях, а также некоторые виды общественно полезной деятельности. В этот стаж засчитывается только работа, на которой работник был занят непосредственно. В этот стаж засчитывается период временной нетрудоспособности, а также время, когда работник не работал, но за ним сохранялась заработная плата.

Время простоя, нахождения в отпуске без сохранения заработной платы в специальный трудовой стаж не включается.

На нормативно-правовом уровне легальное определение понятия «специальный стаж» появилось с принятием Закона Республики Беларусь от 5 января 2008г. «О профессиональном пенсионном страховании». В ст.1 данного Закона специальный стаж определяется как «продолжительность работы с особыми условиями труда, дающей право на трудовую пенсию по возрасту за работу с особыми условиями труда или трудовую пенсию за выслугу лет в соответствии со статьями 12 - 16, 47 - 49, 49-2 Закона Республики Беларусь от 17 апреля 1992 года «О пенсионном обеспечении», до вступления в силу настоящего Закона».

Таким образом, специальный трудовой стаж – это период времени работы в особых условиях труда и занятия отдельными видами профессиональной деятельности, признанными Законом юридически значимыми.

Продолжительность специального трудового стажа имеет значение для возникновения права на трудовую пенсию ранее общеустановленного пенсионного возраста.

Подпунктом «д» статьи 12 Закона Республики Беларусь «О пенсионном обеспечении» право на досрочную пенсию по возрасту в связи с особыми условиями труда предоставлено трактористам-машинистам, *непосредственно занятым* в производстве сельскохозяйственной продукции в колхозах, совхозах и *других предприятиях сельского хозяйства*: мужчины - по достижении 55 лет и при стаже работы не менее 25 лет, из них не менее 20 лет на указанной работе.

Согласно Общесоюзному классификатору отраслей народного хозяйства (Москва, 1992 г., действует в Республике Беларусь) организации, выполняющие работы по известкованию и гипсованию почвы, внесение в почву органических и минеральных удобрений и другие механизированные работы по обслуживанию сельскохозяйственных предприятий («Сельхозтехника», «Сельхозхимия»), относятся к отрасли «Сельское хозяйство». Данные организации наряду с работами по производству сельскохозяйственной продукции выполняют и другие работы, *не относящееся к этому производству*.

Таким образом, не все трактористы-машинисты данных организаций имеют право на досрочную пенсию по возрасту, а только *непосредственно занятые* в производстве сельскохозяйственной продукции, т.е. в специальный трудовой стаж засчитывается не весь период его работы, а только тот, который работник может подтвердить.

В соответствии со статьей 54 Закона Республики Беларусь «О пенсионном обеспечении» порядок подтверждения и исчисления стажа работы устанавливается Советом Министров Республики Беларусь.

Согласно Положению о порядке подтверждения и исчисления стажа работы для назначения пенсий, утвержденному Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 24.12.1992 N 777 (в ред. от 18.04.2016) (далее – Положение о стаже работы) основным документом, подтверждающим периоды работы, является трудовая книжка. При отсутствии трудовой книжки, а также в тех случаях, когда в ней содержатся неправильные и неточные сведения или отсутствуют записи об отдельных периодах работы, в подтверждение периодов работы принимаются иные документы (п. 8 Положения о стаже работы).

Более того, трактористы-машинисты, работающие в организациях по обслуживанию сельскохозяйственных предприятий, имеют право на досрочную пенсию по возрасту при условии *документального подтверждения* непосредственной занятости в производстве сельскохозяйственной продукции.

Так, в случаях, когда трудовая книжка не содержит необходимых сведений, для подтверждения непосредственной занятости в производстве сельскохозяй-

ственной продукции в отдел социальной защиты представляется уточняющая справка, выдаваемая предприятиями и организациями, где протекала работа, или же архивными учреждениями, в которых имеются данные о фактически выполняемой заявителем работе.

В справке должны быть указаны периоды *непосредственной занятости* в производстве сельскохозяйственной продукции. Основанием выдачи указанной справки могут служить *только* имеющееся на предприятии первичные документы о работе, содержащие сведения о непосредственной занятости в производстве сельскохозяйственной продукции. Обязательным реквизитом справки является указание на документы, послужившие основанием её выдачи. *Не допускается* подтверждение характера указанной работы *свидетельскими показаниями*.

При отсутствии документальных данных о непосредственной занятости в производстве сельскохозяйственной продукции пенсии указанным лицам назначаются на общих основаниях. (Письмо Министерства социальной защиты РБ от 21.04.97 года №02-07/158 – далее Письмо №02-07/158).

Однако, в случаях, предусмотренных пунктами 16 и 17 Положения о стаже работы, периоды работы до регистрации гражданина в качестве застрахованного лица *могут* устанавливаться на основании свидетельских показаний:

16. В случаях, когда в результате *чрезвычайных ситуаций* у работодателей документы о стаже работы полностью или частично не сохранились, районными (городскими) исполнительными и распорядительными органами создается *специальная* комиссия, устанавливающая периоды работы на основании частично сохранившихся документов и *показаний свидетелей*.

Периоды работы, *установленные указанной комиссией*, засчитываются в стаж работы, а также в *специальный стаж работы*, дающий право на пенсии за работу с особыми условиями труда и за выслугу лет, как *время работы, подтвержденное документами*.

17. При отсутствии документов о работе и невозможности их получения в связи с *прекращением деятельности* работодателя или по *другим причинам* (за исключением причин, предусмотренных в части первой пункта 16 настоящего Положения) и отсутствии архивных данных периоды работы *могут устанавливаться* на основании показаний не менее двух свидетелей, знающих заявителя по совместной работе в организации или у индивидуального предпринимателя и располагающих документами о своей работе за все время, в отношении которого они свидетельствуют о работе заявителя.

Специальная комиссия, устанавливающая периоды работы, руководствуется Письмом №02-07/158 и в случае отсутствия доказательства чрезвычайных ситуаций на действующем предприятии (которое не прекратило деятельности), отказывается включать в стаж периоды, подтвержденные на основании свидетельских показаний.

Однако в пункте 17 Положения есть запись «*или по другим причинам*», ко-

торая, на наш взгляд, дает возможность подтверждать специальный стаж на основании свидетельских показаний.

Таким образом, существует противоречие между Положением о стаже работы и Письмом №02-07/158. Письмо №02-07/158 лишает граждан Республики Беларусь подтверждать специальный стаж на основании свидетельских показаний и, как следствие, гражданин может терять право на досрочную пенсию по возрасту. В случае неясности или нечеткости предписаний правового акта считаем, что решения должны приниматься исходя из максимального учета интересов граждан и предлагаем отменить Письмо №02-07/158.

Лидия Терехова,
доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского и арбитражного процесса юридического факультета Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского (Омск, Россия)

ЭФФЕКТИВНОСТЬ «ИНЫХ» ВНОВЬ ОТКРЫВШИХСЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ

Основания для пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам перечислены в части 2 статьи 311 АПК и в ч. 3 ст. 392 ГПК РФ. Конструктивно перечни выглядят закрытыми, однако, могут ли статьи считаться нормами с исчерпывающим перечнем?

Поставим и другой вопрос: а должен ли перечень оснований для пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам быть закрытым, исчерпывающим? В судебной практике периодически возникают ситуации, не подпадающие под установленный законом перечень, тем не менее, обладающие признаками «чрезвычайной» ситуации, требующей отмены вступившего в силу решения. Так, Н.П. Ведищев применительно к уголовному судопроизводству считает необходимым дополнить имеющийся в УПК перечень оснований «иными вновь открывшимися обстоятельствами».[1]

С другой стороны, в литературе отмечается (скорее как отрицательный фактор) стремление законодателя, Конституционного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ корректировать понятие о вновь открывшихся обстоятельствах и решать таким образом возникающие на практике проблемы, используя данный институт бессистемно и фрагментарно в качестве дополнительного инструмента исправления судебной ошибки, без учета особой роли данного института.[2]

---

[1] Ведищев Н.П. Возобновление производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств в системе уголовного судопроизводства: российский опыт и международная практика. Дисс. ...к.ю.н. Саратов. 2010. С. 9.

[2] Ахметов С.М. Производство по пересмотру судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам в системе пересмотра судебных актов в арбитражном процессе. Автореф.

Подобные корректировки законодателя прочно вошли в практику высших судебных органов и первой серьезной попыткой такого рода следует признать принятие Постановления Конституционного Суда РФ от 3 февраля 1998 г. № 5-П. Данное Постановление было принято по делу о проверке конституционности статей 180, 182, п.3 ч. 1 ст. 187 и ст. 192 АПК РФ 1995 г. (в настоящее время действует АПК 2002 г. – *прим. автора*). В п. 4 резолютивной части данного Постановления часть 2 статьи 192 АПК была признана несоответствующей части 1 ст. 46 Конституции, поскольку *служит основанием для отказа в пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам постановлений Президиума ВАС в тех случаях, когда судебный акт принят в результате судебной ошибки, которая не была или не могла быть выявлена ранее.*[1] Определением от 08.02.2001 г. Конституционный Суд подтвердил, что эта правовая позиция относится и к ст. 333 ГПК [2] (1964 г.)

В дальнейшем позицию Конституционного Суда подтверждал и Пленум ВАС в Постановлении от 15.10.1998 г. «О применении АПК РФ при пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам вступивших в законную силу судебных актов арбитражных судов». Однако, в Постановлениях Пленума ВАС, последовательно сменявших друг друга в вопросе вновь открывшихся обстоятельств (от 12.03.2007 г. и от 30.06.2011 г.) о Постановлении КС и предложенном в нем дополнительном основании для пересмотра уже не упоминается.

Постановление КС от 15.10.1998 г. № 5-П, а также Определение от 08.02.2001 № 36-О (и Постановление КС от 02.02.1996 № 4-П в отношении уголовного производства) подверглось в литературе резкой критике, в нем увидели начало «бессистемной коренной ломки» сложившихся процессуальных институтов, легализацию возможности «ликвидации судебной ошибки в процедуре для вновь открывшихся обстоятельств».[3]

Критика справедлива, однако, на наш взгляд, сложилась не вполне верная оценка и самого Постановления КС 1998 г. и его последствий.

Дело в том, что Конституционный Суд признал возможность пересмотра Постановления Президиума ВАС (ВС) только в случае, если последний вышел за пределы надзорных полномочий и изменил доказательственную базу. Напомним, что оспоренные статьи 180 и 181 в АПК 1995 г. содержали положения о недопустимости пересмотра в порядке надзора постановлений Президиума

дис....к.ю.н. Москва. 2008. С.3-4; Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. Москва. Wolters Kluwer. 2007. С. 282-287.

[1] Вестник Конституционного Суда. 1998. № 3.

[2] Вестник Конституционного Суда. 2001. № 3.

[3] Блажеев В.В. Пересмотр судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам в механизме судебной защиты прав и законных интересов граждан и организаций // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 11; Жилин Г.А. К вопросу о правовой природе пересмотра судебных постановлений по вновь открывшимся или новым обстоятельствам // Закон. 2014. № 7. С. 104-114 // КонсультантПлюс.

ВАС, а п. 3 ч. 1 статьи 187 - указание на полномочие Президиума ВАС как надзорной инстанции изменить или отменить судебный акт и принять новое решение, не передавая дело на новое рассмотрение. КС в п. 7 мотивировочной части своего постановления указал: Президиум ВАС, в силу установленных процессуальным законодательством полномочий, не может *изменять доказательственную базу* в деле. В случае, если решение недостаточно обосновано, Президиум не может принимать новое решение, а должен направить дело на новое рассмотрение. Если же это требование будет Президиумом *как надзорной инстанцией* нарушено и он примет новое решение*, изменив доказательственную базу,* то именно такое новое решение Президиума и будет ***ошибочным*** *и именно этот факт означает возможность пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам*. Поскольку часть 2 ст. 192 АПК не содержала такого основания для пересмотра, она именно в этом смысле и была признана неконституционной.

Дальнейшая ситуация в законодательстве и практике представляет особый интерес.

При обновлении в 2002 году обоих процессуальных Кодексов ни в АПК, ни в ГПК Постановление КС № 5-П от 03.02.1998 г. не было реализовано. Содержание норм, соответствующих статьям 180,181, 187 АПК 1995 года, осталось прежним. Фактически нормативные акты (АПК и ГПК) были приняты без изменения содержания в той части, что была признана не соответствующей Конституции. В силу ст. 79 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» юридическая сила Постановления КС РФ о признании акта неконституционным *не может быть преодолена повторным принятием этого же акта*. Поэтому Постановление от 03.02.1998 г. остается действующим.

Перечни оснований для пересмотра, предложенные в ч.2 ст.311 АПК и ч.3 ст.392 ГПК не могут считаться исчерпывающими и по другой причине: Конституционный Суд при рассмотрении конкретных дел явно высказался за расширительный подход к толкованию перечня. Постановления ВАС и ВС также восприняли подобную тенденцию.

Так, в абз.3 п.10 Постановления Пленума ВС от 11.12.12[1] и п.6 Постановления Пленума ВАС от 30.06.2011[2], рекомендовано в случае установления преступных действий определением или постановлением суда, постановлением следователя или дознавателя о прекращении уголовного дела за истечением срока давности, вследствие акта об амнистии, в связи со смертью обвиняемого или недостижением лицом возраста, с которого наступает уголовная ответственность, использовать как *основание для пересмотра п.1 ч.3 ст. 392 ГПК (*

[1] Постановление Пленума ВС РФ от 11 декабря 2012 г. № 31 «О применении ГПК РФ при рассмотрении судами заявлений, представлений о пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам вступивших в законную силу судебных постановлений».

[2] Постановление Пленума ВАС РФ от 30 июня 2011 г.№ 52 «О применении положений АПК РФ при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам».

п.1 ч.2 ст.311 АПК). Это как раз пример расширительного толкования такого основания для пересмотра как «существенные для дела обстоятельства, которые не были и не могли быть известны заявителю».

Другой пример: Конституционный Суд РФ, применительно к ст.413 УПК отмечает, что данная норма фактически устанавливает исчерпывающий перечень новых и вновь открывшихся обстоятельств и полагает, что это во многих случаях *исключает исправление объективно необоснованных и незаконных судебных решений*, не подлежащих пересмотру в других процедурах (п.4 абз.1 мотивировочной части Постановления КС РФ № 6-П от 16 мая 2007 г. по делу о проверке конституционности положений статей 237, 413 и 418 УПК РФ).

Таким образом КС РФ последовательно высказывает позицию о возможном расширительном толковании перечня оснований к пересмотру. Зачастую так решаются проблемы «разовые», не представляющие интереса для формирования единства судебной практики (как это имело место в случае с Постановлением КС № 5-П от 03.02.1998 г.). Но имеются и примеры разрешенных серьезных правоприменительных проблем, показывающих, что высшие судебные органы своевременно реагируют на запросы судебной практики и другого способа разрешения проблемы, кроме как расширительное толкование оснований для пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам, не было.

Володимир Тертишник,
доктор юридичних наук, професор,
Університет митної справи та фінансів України

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОВАЦІЙ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

Кримінально-процесуальне право має забезпечувати швидке й ефективне правосуддя, надійний захист прав і свобод людини, встановлювати механізми стримувань і противаг проти свавілля та судових помилок. Образно кажучи, кримінально-процесуальне право – алгебра правосуддя і математика свободи у сфері кримінального судочинства. Доктринальним проблемам кримінального процесу приділяється немало уваги науковців[1]. Між тим існуючі

[1] Берназ В. Д. Правова природа, поняття та загальна класифікація негласних слідчих (розшукових) дій / В. Д. Берназ // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юриспруденція. – 2013. – Вип. 5. – С. 226–231; Глушков В. О. Процесуалізація оперативно-розшукової діяльності у контексті реформування кримінально-процесуального законодавства України / В. О. Глушков, А. О. Білічак // Актуальні проблеми держави і права. – 2012. – Вип. 65. – С. 539–549; Гусаров С. М. Генезис запровадження негласних слідчих (розшукових) дій у законодавство та практичну діяльність правоохоронних органів України / С. М. Гусаров // Європейські перспективи. – 2013. – №3. – С. 35-39; Концепція удосконалення інституту юридичної відповідальності держави перед громадянським суспільством та особою в Україні / Шемшученко Ю.С., Оніщенко Н.М., Пархоменко Н.М., Стоєцький

публікації не вичерпали всю складну проблему, а скоріше утворюють надійну основу для їх подальшого дослідження.

Часто, декларуючи спрощення процесуальної форми, законодавець справді її спрощує, та інколи не там, де це було потрібно, а подекуди занадто формалізує і бюрократизує процес там, де цього можна було уникнути. Зазначимо, що в багатьох своїх приписах новий КПК України не відповідає тому чи іншому принципу правосуддя правової держави.

Новий КПК України запровадив новий інститут – негласні слідчі (розшукові) дії, але щодо багатьох з них так чітко і не визначився ні з їх системою, ні з процесуальною формою їх провадження, залишаючи багато питань (коли, за яких умов, що, як, яким чином?), а отже, і можливостей для свавілля.

Наприклад, встановлюючи в ст. 267 «Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи» правило про те, що «слідчий має право обстежити публічно недоступні місця, житло чи інше володіння особи шляхом таємного проникнення в них, у тому числі з використанням технічних

С.В. та ін. – К.: Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2014. – 112 с.; Корнієнко М. В. Суспільство і правопорядок. Видання в 6-и т. – Т. 2. / М. В. Корнієнко. – К.: Фонд юрнауки АПС, 2007. – 264 с.; Лук'янчиков Є. Д. Визначення та система негласних слідчих (розшукових) дій / Є. Д. Лук'янчиков, Б. Є. Лук'янчиков // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія: Право. – 2014. – №9-1. – С. 1 – 17; Письменний Д. П. Слідчі (розшукові) та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні України / Д. П. Письменний // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2013. – Вип. 3. – Т. 2. – С. 143–146; Погорецький М. А. Впровадження інституту негласних (розшукових) слідчих дій в правозастосовну практику / М. А. Погорецький // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2012. – № 2. – С. 56–63; Правова доктрина України: у 5 т. – Т.2: Публічно правова доктрина України / Ю. П. Битяк, Ю. Г. Барабаш, М. П. Кучерявенко та ін. ; за заг. ред. Ю. П. Битяка. – Х.: Право, 2013. – 864 с.: Стратонов В. М. Окремі проблеми слідчих (розшукових) дій / В. М. Стратонов, О. В. Стратонова // Науковий вісник Львівської комерційної академії. Серія: Юридична. – 2015. – №. 1. – С. 174-186; Теорія доказів: підручник / К. В. Антонов, О. В. Сачко, В. М. Тертишник, В. Г. Уваров / За заг. ред. В. М. Тертишника. – Київ: Алерта, 2015. – 294 с.; Тертишник В. М. Концептуальні проблеми реформи кримінального судочинства / В. М. Тертишник // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. 2013. - №1(5). – С. 70-74; Тертишник В. М. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України. Видання 12-те доповн. і перероб / В. М. Тертишник. – Київ: Алерта, 2016. – 810 с.; Тіщенко В. В. Теоретичні та практичні проблеми забезпечення ефективності досудового провадження / В. В. Тіщенко, Ю. П. Аленін, О. П. Ващук, А. В. Мурзановська, А. В. Торбас, Ю. М. Немно, А. О. Панасюк, М. В. Шкрибайло, О. А. Земляна // Наукові праці НУ ОЮА. – 2014. – Т. XVII. – С. 106-157; Ченцов В. В. Реабілітація жертв незаконних кримінальних переслідувань, політичних репресій та зловживань владою: підручник для слухачів магістратури юридичних вузів / В. В. Ченцов, В. М. Тертишник. – Київ, 2016 – 324 с.; Принцип рівності у праві: теорія і практика: монографія / передмова акад. НАН України Ю.С. Шемшученка; за заг. ред. Н.М. Оніщенко. – К.: Вид-во «Юридична думка», 2014. – 380 с.; Шумило М. Оперативно-розшукові заходи у структурі досудового розслідування в проекті КПК України (проблеми унормування і правозастосування) / М. Шумило // Право України. –– 2012. – № 3-4. – С. 452-462; Юхно О. О. Окремі аспекти законодавства та практики застосування негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному судочинстві / О. О. Юхно // Вісник ХНУВС. – 2013. – №2(61). – С. 169-178 та ін.

засобів», а саме таке проникнення в силу його таємності не передбачає присутності понятих та належного документування доказової діяльності, законодавець робить значний крок в минуле, підміняючи принцип верховенства права та пропорційності принципом доцільності, звужуючи існуючі гарантії доказового права. Викладений в правових позиціях ЄСПЛ принцип пропорційності не залишає місця для провадження такої слідчої дії для здобуття доказів, оскільки вже передбачив іншу, більш юридично визначену і менш обтяжливу для досягнення мети правосуддя - обшук.

Значна частина негласних слідчих (розшукових) дій досі не отримали ще належної процесуальної регламентації. В ч. 5 ст. 271 КПК України законодавець розмістив таку загадкову формулу: «Порядок і тактика проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину визначається законодавством». Тут ми маємо унікальний посил, коли законодавець, який повинен був би це зробити, приймаючи КПК України, як комплексний законодавчий акт, цього так і не зробив, відтермінувавши цю роботу до віртуальних інших законів майбутнього, а більш того, «замахнувся на те, щоб навіть тактика таких названих ним дій (яка зазвичай обирається в залежності від слідчої ситуації за умови конфіденційності), відтепер також регламентувалась законодавством». Як мовиться «далі усіх піде той, хто не знає куди йти».

Щодо контрольованої поставки виникає багато питань відповідності її вимогам юридичної визначеності, принципам верховенства права і пропорційності. Так, у рішенні у справі «Тейксієра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 р., яка стосувалась засудження заявника за торгівлю наркотиками в результаті провокації агентів поліції, Європейський суд відзначив, що загальні вимоги справедливості, висловлені у статті 6, застосовуються до проваджень у всіх формах кримінального обвинувачення, від найпростішого до найбільш складного. Суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті поліцейського підбурювання». Приймаючи рішення у цій справі про порушення Португалією пункту 1 статті 6 Конвенції, суд наголосив, що «...немає підстав вважати, що без їх втручання (агентів) його (злочин) було б скоєно. Таке втручання означало з самого початку, що заявника було остаточно позбавлено права на справедливий судовий розгляд. Відповідно, мало місце порушення пункту 1 статті 6 Конвенції». Отже, контрольована поставка не відповідає вимогам принципу пропорційності, а отже має бути вилучена з тексту КПК України.

Передбачаючи три, буцімто різні, негласні слідчі (розшукові) дії «аудіо-, відеоконтроль місця», «аудіо-, відеоконтроль особи» та «спостереження за особою, місцем або річчю», законодавець, чітко не визначивши предмет кожної з слідчих дій, фактично регламентує одне й те ж «здійснення візуального спостереження за особою і технічне документування її діянь», але в залежності від

місця чи засобу. Зазначимо побіжно, що відеоконтроль місця, без перебування особи в тому місці, навряд чи знайде серед системи доказів хоча б якесь поважне місце, бо без людини, її дій чи бездіяльності в тому місці, безпосередньо саме місце нічого не варте. Адже в кримінальному процесі юридично значимим є лише те, що відноситься до правопорушення, яке здійснюється, безумовно, людиною. В. Г. Уваров слушно пропонує названі три дії об'єднати в одну- універсальну[1].

В основі усіх трьох вищеназваних негласних слідчих діях лежить метод візуального спостереження і технічного документування, який нами вже давно пропонувався для використання в якості методологічної основи нової універсальної слідчої дії[2].

Ураховуючи необхідність чіткого визначення дефініцій і процесуальної форми, усунення дублювання та уніфікації законодавчих новел, пропонується в новому КПК України замість передбачених в ст. 260, 267, 269, 270 різних заходів спостереження, викласти норму «Безпосереднє спостереження, контроль і технічне документування суспільно небезпечних та юридично значимих дій і фактів» (можлива і інша назва, наприклад, «Контроль і технічне документування суспільно небезпечних та юридично значущих дій і фактів»).

Незважаючи та проголошений принцип безпосередності дослідження доказів, у ч. 3 ст. 349 КПК України закладається досить проблематична процедура спрощення судового слідства, суть якої викладена в такому приписі: «Суд має право, якщо проти цього не заперечують учасники судового провадження, визнати недоцільним дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оспорюються. При цьому суд з'ясовує, чи правильно розуміють зазначені особи зміст цих обставин, чи немає сумнівів у добровільності їх позиції, а також роз'яснює їм, що у такому випадку вони будуть позбавлені права оскаржити ці обставини в апеляційному порядку».

Указана новела законодавства в КПК України отримала нове дихання з запровадженням особливої форми судочинства - провадження на підставі угоди про визнання винуватості (ст. 468-475 КПК України). За такої моделі у нас можуть з'явитись засуджені "без суду і слідства", а, що ще гірше, – "без вини винуваті".

За своїм змістом указані новели суперечить принципу презумпції невинуватості, закріпленому в ст. 62 Конституції України, ст. 14 Міжнародного пакту про громадянську і політичні права та іншим нормам права: ч. 5 ст. 364 КПК

---

[1] Уваров В. Г. Застосування практики Європейського Суду з прав людини та норм міжнародно-правових актів в удосконаленні кримінального судочинства України: монографія / В. Г. Уваров ; за заг. ред. доктора юрид. наук В. М. Тертишника. – Дніпропетровськ. – 2012. – С. 154-156.

[2] Тертышник В. М. Нетрадиционные способы и формы собирания и исследования доказательств при расследовании преступлений / В. М. Тертышник. – Харьков: Университет внутренних дел, 1994. – С. 40-42.

України – «учасники судового провадження мають право в судових дебатах посилатися лише на ті докази, які були досліджені в судовому засіданні, ч. 4 ст. 95 КПК України – суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав; ч. 3 ст. 370 КПК України – «обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду...». Таким чином ч. 3 ст. 349, ст. 302, п. 2) ч. 1 ст. 468, ч. 2, 4 ст. 469, ст. 470, ст. 472, ч. 2 ст. 473, ч. 4 ст. 474 КПК України в яких закладена модель спрощеного правосуддя та судочинства на підставі угоди про визнання винуватості, не мають застосовуватись і підлягають скасуванню як норми, які звужують суттєві гарантії встановлення об'єктивної істини та існуючі права і свободи людини, суперечать ст. 22 та 62 Конституції України, міжнародним правовим актам, принципам і окремим положенням норм самого КПК України.

Доктрина і процесуальна форма кримінального судочинства має удосконалюватись з урахуванням принципів верховенства, пропорційності, юридичної визначеності, інших засад правосуддя та правових позицій і прецедентної практики Європейського суду з прав людини.

Віра Токарева,
к. ю.н., доцент кафедри цивільного права,
Національний університет «Одеська юридична академія»

КОПІЮВАННЯ ЯК ПЕРЕДУМОВА ІННОВАЦІЙ

Загальновизнано, що копіювання завдає збитки товаровиробникам чиї товари та технології стають об'єктом копіювання. Разом з цим як будь-яке явище у суспільстві, копіювання є не настільки однозначною проблемою. Питання характеру наслідків які може нести копіювання є дискусійним у зарубжній науковій літературі. На питання чи дійно копіювання скриває окрім негативних наслідків, позитивні аспекти доведеться відповісти та проаналізувати.

Поширеною є думка, що відсутність стабільного забезпечення захисту інтелектуальної власності негативно впливає на розробку інновацій, ріст яких потребує суворого дотримання законодавства для забезпечення захисту прав інтелектуальної власності. Відповідно, уряд держав, що допускає копіювання та порушення права інтелектуальної власності зазнає збитків, що впливає на зниження об'ємів інвестицій в інновації, для яких потребується стабільність та дотримання законодавства. Крім того в умовах глобалізації, масштаби копіювання товарів здобувають характер загальносвітової проблеми, що завдає збитки усім учасникам. Цю логіку покладено в масив міжнародних договорів у сфері інтелектуальної власності, які приймаються урядами держав.

Попри згадану точку позицію, протилежну точку зору висувають американські професори К. Раустіала та К. Спрігман про те, що копіювання не «чума» і

не ворог інновацій, а навпаки важлива складова творчості. Поряд із руйнівною стороною яку несе копіювання, не можна не відзначити, що майже всі нові твори та технології спираються на попередні, і можливість вільно копіювати результати існуючих конструкцій допомагає авторам проявити свій творчий потенціал у таких сферах як індустрія моди, фінанси та програмне забезпечення. До того ж копіювання може сприяти посиленню конкуренції, зростанню об'ємів ринку та розбудові брендів[1].

Підвищення оригінальних інновацій за допомогою поєднання інновацій та повторення інновацій на основі засвоєння іноземних технологій – «корінні інновації» які визнанні офіційною політикою Китаю відповідно до плану затвердженого у 2006 році, урядом США справедливо розглядається в якості офіційного зеленого світла для копіювання та контрафактного виробництва товарів.

Проте, як не правильним є твердження, що інновації та імітація, копіювання за своєю природою суперечать один одному, так помилково твердження про те, що сурова політика світової спільноти у боротьбі із копіюванням може припинити порушення інтелектуальної власності. Насправді, суворий підхід по відношенню до товаровиробників які копіюють, відображає спрощене уявлення про інновації.

Наступною позитивною перевагою є отримання товаровиробниками, у процесі копіювання іноземних технологій, підвищення якості їх вмінь та отримання навичок для розроблення нових та вдосконалення існуючих технологій. Результати такого копіювання стають доступними за ціною, мільйонам громадян у різних куточках світу. У свою чергу статки зароблені на виробництві товарів копій західних технологій сприяють зростанню китайського середнього класу, що складає істотний потенціал клієнтів для західних компаній, які продають оригінальний товар.

Для розуміння, як наслідування, копіювання та інновації взаємообумовлені можна звернутися до досвіду стрімкого росту компаній в сучасному Китаї. Прикладами імітаторів-новаторів з Китаю є Xiaomi – виробник смартфонів та аксесуарів, якого надихнув успіх Apple, Weibo – популярна соціальна мережа, із сотнями мільйонів користувачів, відкрито скопійована з Twitter, Youku, яка є однією з китайських копій YouTube[2].

Тож у процесі копіювання та підвищення якості своїх навичок та виробничих процесів результатом копіювання стає створення власного інноваційного продукту.

Далі випливає перевага, що споживачі отримують можливість придбання

[1] K. Raustial, C. Sprigman Fake It Till You Make It [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.foreignaffairs.com/

[2] K. Raustial, C. Sprigman Shanzhai Skyscrapers. January 10th 2013. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.freakonomics.com

копій товарів західного виробництва і таким чином здійснюють рекламу оригіналів продуктів, на які в довгостроковій перспективі можливий попит. Наприклад, копіювання магазинами в Китаї зовнішнього вигляду та продуктів американського фаст-фуду Subway, яке керівництвом було прийнято толерантно та у заяві The Wall Street Journal визнала, що таке копіювання підвищує обізнаність китайців щодо такої їжі, яку вони досі не споживали, а таке "наслідування несе негативний характер". Приклад з історії, що порушення авторських прав може, іноді носити корисний ефект для автора ілюструє ситуація яка трапилась з англійським письменником Ч. Діккенсом, широке копіювання творів якого призвело до його популярності, перетворивши письменника в літературну зірку США. У 1867-1968 роках Ч.Діккенс здійснив літературний тур по США, під час якого він заробив більш ніж 19 000 фунтів, або близько $ 1,75 млн у сьогоднішніх доларах. До того часу, як Ч. Діккенс помер два роки потому, більше 20 відсотків його активів та маєток біли придбані за цього туру в США[1].

Тож, економіка яка побудована на виробництві копій товарів західних компаній дозволяє проводити відбір споживачам, залежно від їх фінансових статків у найближчій перспективі, а у довгостроковій перспективі створює попит на західні інновації.

Так як кожна інновація будується на тому, що вже створено, забезпечення захисту на законодавчому рівні прав інтелектуальної власності може стати широким обмеженням джерел натхнення для творчих осіб. Разом з цим як зазначають американські науковці право інтелектуальної власності може перешкоджати, а також стимулювати інновації, воно може обмежувати конкуренцію, навіть коли воно заохочує творчість.

Зазначені аргументи, свідчать про неоднозначність наслідків копіювання, в жодному разі не зводять до мінімуму важливість права інтелектуальної власності, а лише покликані подивитися на розглянути під іншим кутом та підтвердити його многогранність.

Як зазначають американські науковці щоб побудувати нову кращу мишоловку ніж вже існуюча, необхідно бути вільним від обмежень та мати основу у вигляді вже існуючих технологій[2].

Враховуючи вищевикладене, можна стверджувати, що копіювання є многогранним явищем та поряд із причиною збиткі, може виступати в якості поштовху для натхнення, взірцевого прикладу для підвищення якості та передумови для провадження інновацій, а тому потребує подальшого дослідження.

---

[1] Joseph F. Baugher Issues in American Copyright Law and Practice. December 29, 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.joebaugher.com/copyright.htm

[2] Див: Raustial, C. Sprigman Fake It Till You Make It [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.foreignaffairs.com/

Броніслав Тоцький,
аспірант відділу земельного та екологічного права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

КОНЦЕПЦІЯ РЕГУЛЯТИВНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЯК МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БАЛАНСУ ІНТЕРЕСІВ У ЗЕМЕЛЬНІЙ СФЕРІ В США

Баланс приватних та публічних інтересів в Європейській традиції права звичай забезпечується шляхом застосування вимог принципу пропорційності. У США баланс приватних та публічних інтересів базується на доктрині регулятивних повноважень, який за своєю суттю схожий до принципу пропорційності, однак має ряд своїх характерних вимог[1].

Регулятивні повноваження (police power) – повноваження держави здійснювати контроль за захистом здоров'я, безпеки, моралі та добробуту суспільства. Зокрема, Галятін М.[2], посилаючись на рішення Верховного суду США Mugler v. Kansas[3], зазначає, що регулятивні повноваження є правом суверена регулювати поведінку осіб, які перебувають під його юрисдикцією.

У контексті регулятивних повноважень, ключовим є згадане вище рішення Верховного суду США Mugler v. Kansas, в якому визначено, що *«повноваження держави, що забороняють індивідуумам використання їх власності, що завдає шкоди здоров'ю, моралі чи безпеці суспільства, не обтяжені і, у відповідності з існуванням і безпекою суспільства, не можуть бути обтяжені умовою, що держава має компенсувати таким окремим власникам грошові втрати, які вони можуть понести, з тієї причини, що їм не було дозволено, через характер використання їх власності, заподіювати шкоди оточуючим»*.

Однак, забезпечення балансу публічних і приватних інтересів у земельному праві можливе лише у випадку, коли регулятивні повноваження мають реалізовуватися без перевищення та у відповідних межах. Так, у справі Pennsylvania Coal Co. v. Mahon[4], Верховний Суд США встановив, *«що використання власності може бути врегульовано або обмежене тільки до певної межі. Якщо регулювання заходить занадто далеко, воно буде визнане відчуженням та, відповідно, компенсоване»*.

Отже, для того, щоб застосування регулятивних повноважень були визнані законними, вони мають відповідати критеріям, вперше застосованим Верховним судом США у справі Lawton v. Steele[5] у 1894 році. Тест вимагає, щоб:

---

[1] Харл Н.Е. Проблемы регулирования частной собственности в сельском хозяйстве США. // Государство и право. – 1992. – № 12. – С. 105.

[2] Галятин М.Ю. США: правовое регулирование использования земель. – М., 1991. – С. 46.

[3] Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623 (1887)

[4] Pennsylvania Coal Co. v. Mahon 260 U.S. 393 (1922)

[5] Lawton v. Steele, 152 U.S. 133 (1894)

1. суспільний інтерес виправдовував втручання у використання землі приватним власником;

2. засоби мають бути необхідними з точки зору розумності для досягнення поставленої мети державного втручання;

3. ці засоби не є надмірно важким тягарем для власника.

Таким чином, Верховний Суд США в контексті балансу публічних і приватних інтересів фактично застосовує принцип пропорційності. Єдиною суттєвою різницею є незастосування означеним Судом принципу правової визначеності та відокремлення вимог пропорційності *stricto sensu* на дві окремі складові (необхідність та надмірність втручання). Незастосування визначеності в даному контексті має очевидні підстави. По-перше, концепція визначеності та «справедливості закону» набула найбільшого розвитку після Другої світової війни та переосмислення в теорії права «обов'язковості закону». По-друге, система джерел права США концептуально відрізняється від Європейської. Так, якщо суд у США бачить невизначеність в статутному праві або у загальному праві, то він може заповнити наявні пробіли своїми рішеннями. Відокремлення ж критеріїв пропорційності *strictosensu* навпаки є позитивним ефектом, адже одразу унеможливлює незастосування якогось із них.

Наявність суспільного інтересу виявляється у сприянні досягнення корисних для суспільства цілей в сфері охорони здоров'я, безпеки, екології.

Суддя Холмс у справі Pennsylvania Coal Co. vs. Mahon[1] звернув увагу на те, що уряд з великими труднощами зможе виконувати свої цілі, якщо не може зменшити до деякої межі цінність власності, не сплачуючи при цьому за кожне таке зменшення. Але обмеження повинно мати свої межі. Коли воно досягає певної величини, в більшості, якщо не у всіх випадках, це має означати застосування права на виплату компенсації.

Доповнення до цього принципу було сформульовано в рішенні у справі Nollan v. California Coastal Commission[2], де сказано, що державне регулювання землекористування знаходиться в рамках регулятивних повноважень, якщо воно прийняте з метою задоволенню законного державного інтересу.

Спроби землевласників змусити суди застосовувати обтяжливий для держави стандарт практично завжди відкидаються в контексті необхідності регулювання. Наприклад, у справі Hadachek v. Sebastian[3], місто Лос-Анджелес, заборонило цеглину промисловість, яка викидала дим, гази, сажу, пар і пил в повітря, в певних частинах міста, щоб захистити навколишні житлові райони. Це було зроблено, незважаючи на те, що заводи з виробництва цегли були побудовані до того, як люди стали селитися в цих районах. Власник заводу подав позов, оспорюючи заборону на використання його землі заводом, бо

---

[1] 260 U.S. 393 (1922)

[2] Nollan v. California Coastal Commission, 483 U.S. 825, 107 S. Ct. 3141, 97 L. Ed. 2d 677 (1987).

[3] Hadacheck v. Sebastian, 239 U.S. 394 (1915)

вартість його власності скоротилася з 800 000 до 60 000 тис. доларів. Верховний суд США відкинув цей аргумент, оскільки суспільні потреби протиставлялися шкідливому або неправильному використанню землі. Місто сприяло реалізації законної суспільної необхідності, і власник міг використовувати свою земельну ділянку, хоча і в інших цілях.

Новітні прецеденти Верховного суду США показують розширення поняття допустимих суспільних цілей, які є підставою для застосування концепції регулятивних повноважень. Дані цілі включають захист відкритих і сільськогосподарських земель; збереження меж земельних ділянок та контроль за дотриманням плану; захист екологічно чутливих земель, таких як вологі і затоплювані землі; збереження майна, що має історичну цінність. Всі означені цілі відображають зростаючу турботу суспільства про вплив людської діяльності на навколишнє середовище і прагнення зберегти здорове, придатне для життя середовище проживання для нащадків.

Розумність засобів для досягнення поставленої мети в США розглядається через призму характеру дій державних структур. Так, у справі Kaiser Aetnavs. United States[1], Верховний суд США визнав, що дії держави, яка вимагала від власника землі дозволити загальний доступ до приватного ставку, є перевищенням регулятивних повноважень. В даному випадку за своєю суттю мало місце щось середнє між сервітутом та вилученням, що має бути компенсоване.

У той же час у всіх штатах США прийнята практика вимагати від землевласників забезпечувати відкритий простір і прохід на їхні ділянки, якщо майбутній розвиток території, на якій знаходиться ділянка, вимагає цього. Дозвіл загального доступу на приватну землю необхідний, якщо в ньому є взаємовідносини між потребами проекту розвитку території і площею землі або вимагаються типом доступу[2].

У справі Keystone Bituminous Coal Association v. De Benedictus[3] Верховний суд США визнав, що дії держави, вжиті для охорони навколишнього середовища не заслуговують на компенсацію, навіть якщо вони і зачіпають права власників. Для виплати компенсації власникові за вилучення його ділянки необхідно, щоб негативний економічний ефект від дій держави торкався всю земельну ділянку, а не тільки ту його частину, яка безпосередньо зачіпається державним актом.

Рішенням Верховного суду США у справі Lucas v. South Carolina Coastal Commission[4] вказано, що акти держави, які обмежують права землевласників в цілях охорони навколишнього середовища, є законними, тільки якщо вони відповідають нормам і принципам охорони навколишнього середовища, що діяло на момент їх прийняття. Такий стан викликає чимало нарікань, оскільки

[1] Kaiser Aetna v. United States, 444 U.S. 164 (1979)

[2] Rosenberg J. Land Useand the States. 2nd ed. 1979. P. 333

[3] Keystone Bituminous Coal Assn. v. de Benedictis, 480 U.S. 470 (1987)

[4] Lucas v. South Carolina Coastal Council (91-453), 505 U.S. 1003 (1992)

розвиток технологій та розуміння екологічних принципів може дати розуміння того, що певні види землекористування екологічно шкідливі. Проте їх не можна буде заборонити, бо дані види землекористування будуть відповідати чинному на той момент законодавству.

Співрозмірність індивідуального тягаря для власника є доволі суб'єктивною характеристикою та розглядається в кожному випадку окремо. Відповідно, Роберт Райт[1] намагається вирахувати надмірність тягаря за узагальненою формулою, а саме: с*успільний інтерес (виміряний за юридичною шкалою цінностей) + громадська шкода (яка повинна бути відвернена) + інтереси інших землевласників (яких не можна віднести до «суспільства») – шкода, що завдана власнику землі і публічним інтересам ~ співрозмірність індивідуального тягаря в рамках регулятивних повноважень*.

На нашу думку, дана формула доволі об'єктивно виражає механізм обрахунку співрозмірності. Однак, необхідність переведення соціальних цінностей в категорію математичних обрахунків саме по собі має суб'єктивний підхід, оскільки адекватно перевести у певні сталі складові формули майже неможливо.

Таким чином, американська традиція регулятивних повноважень застосовується при аналізі обмеження прав приватних осіб. Даний механізм використовується аналогічно до відомого нам принципу пропорційності. Для того, щоб дії із обмеження прав не перевищували регулятивних повноважень, вони мають мати суспільний інтерес, засоби мають бути необхідними з точки зору розумності і не бути співрозмірним тягарем для власника.

Тарас Третяк,
кандидат юридичних наук
доцент кафедри земельного та аграрного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМА ЗАСТОСУВАННЯ ВІНДИКАЦІЙНОГО ЧИ НЕГАТОРНОГО ПОЗОВУ ДЛЯ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ, ПОРУШЕНОГО САМОВІЛЬНИМ ЇЇ ЗАНЯТТЯМ

Проблемним питанням, що істотною позначається на ефективності захисту права власності на земельну ділянку, є питання про правову природу вимоги про повернення земельної ділянки (чи її частини) від особи, яка самовільної її зайняла. Самовільне заняття земельної ділянки призводить до вилучення земельної ділянки з володіння власника та створює перешкоди у використанні

[1] Wright R. Zoning Lawin Arkansas: A Comparative Analysis. University of Arkansasat Little Rock. Monograph Series. 1984. P. 17.

земельної ділянки. Саме ця обставина і є причиною розбіжностей у правовій кваліфікації вимоги повернути самовільно-заняту земельну ділянку.

Одним з підходів до розуміння вимоги повернення самовільно-занятої земельної ділянки є її кваліфікація як віндикаційного позову. Цей спосіб захисту полягає у вимозі власника, позбавленого володіння, до володільця речі про її повернення власникові. Згідно з іншим підходом, самовільне заняття земельної ділянки є створенням перешкод у користуванні, що не пов'язане з позбавленням власника володіння. Практичне значення юридичної кваліфікації вимоги про припинення самовільного заняття земельної ділянки полягає у тому, що якщо таку вимогу вважати віндикаційним позовом, то на неї поширюються правила про строк позовної давності. Якщо ж вважати таку вимогу негаторним позовом, то вимоги про строк позовної давності не можуть бути застосованими до цієї вимоги, оскільки створення перешкод у користуванні є тривалим порушенням.

Критерієм, що дозволяє встановити чи є така вимога віндикацією чи негаторним позовом є позбавлення володіння. Якщо самовільне заняття земельної ділянки означає позбавлення володіння, то вимога про повернення такої земельної ділянки є віндикаційним позовом. Якщо ж позбавлення володіння не відбувається, то вимога про захист такого права є негаторним позовом.

Останнім часом переважає підхід, згідно з яким у разі самовільного заняття земельної ділянки позивач для захисту права власності на земельну ділянку повинен звертатися з негаторним позовом. Наприклад, на думку Г. Ніколенко «[є] *думка про самовільне заняття земельної ділянки як про припинення права володіння, проти якого слід захищатися за допомогою віндикації, яке є помилковим, оскільки «фактично» позбавити володіння земельною ділянкою як специфічним нерухомим майном неможливо – права володіння можна позбавити лише «юридично», шляхом позбавлення титула в цілому*»[1]. На наш погляд, вчені, що дотримуються такої позиції, ототожнюють «володіння» з «правом володіння». Невдале формулювання положень законодавства України про володіння дає привід так вважати. Наприклад, глава 31 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 № 435-IV[2] (далі – ЦК) має таку назву «Право володіння чужим майном». Слова «чужим майном» означає, що право власності на річ може належати одній особі, і за певних умов на цю ж річ може виникати право володіння. При цьому законодавець веде мову про «право володіння», а не про фактичне володіння. Назва статті 397 ЦК «Суб'єкти права володіння чужим майном» також вказує на те, що у ній мова піде саме про «право володіння» річчю. При цьому вже частина перша статті 397 ЦК свідчить про те, що законодавець регламентує цією статтею саме фактичне володіння, зокрема згідно з цією статтею «[в]*олодільцем чужого майна є особа,*

[1] Николенко Г. Прекращение действия, нарушающего право – способ защиты права/ Г. Николенко // [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – http://blog.liga.net/user/gnikolenko/article/17740.aspx. – Дата звернення: 05.10.2016.

[2] Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

яка фактично тримає його у себе». Саме фактичне володіння регламентується і частиною третьою статті 397 ЦК, згідно з якою «[***ф***]***актичне володіння майном вважається правомірним, якщо інше не випливає із закону або не встановлено рішенням суду***». Норми частини першої та третьої статті 397 ЦК закріплені поряд з частиною другою цієї ж статті, у якій мова йде уже про «право володіння», норма частини другої статті 397 ЦК сформульована так «*[п]раво володіння чужим майном може належати одночасно двом або більше особам*».

Положення статті 397 ЦК наскільки суперечливі, що нам видається контпродуктивним вдаватися до її логічно-смислового аналізу з метою встановити, що ж нею законодавець мав на меті сказати. Доцільніше виходити з призначення інституту володіння і з того, яких функцій може виконувати цей інститут, і що обумовило його закріплення у ЦК поряд з інститутами права власності та інших речевих прав.

Володіння (possessio) у римському праві означало саме «*... фактичне тримання речі, поєднане з наміром вважати її своєю*»[1]. Така думка підтверджується джерелами римського права. В Дігестах Юстиніана міститься така характеристика володіння «[в]*олодіння було названо, як каже і Лабеон, від міста осідлості як місця проживання, так як воно природно утримується тим, хто на ньому поселився ...*» (D. 41.2.1)[2]. Далі у другому та третьому реченнях параграфа третього цієї ж книги Дігестів Юстиніана стверджується «[а] *Офілій і Нерва-син стверджують, що навіть без волі опікуна малолітній може почати володіти. Адже (володіння) стосується факту, а не права*» (D. 41.2.1.3)[3].

У випадку самовільного заняття земельної ділянки не відбувається позбавлення права володіння, а має місце позбавлення фактичного володіння річчю (земельною ділянкою). Саме факт позбавлення фактичного володіння річчю і є ознакою віндикаційного позову, тому вимога повернути таку земельну ділянку є віндикаційним позовом.

На наш погляд, не поширення строків позовної давності на такі вимоги є обґрунтованим, проте таке рішення потребує законодавчого закріплення, зокрема шляхом внесення змін до статті 268 ЦК. За умов чинного законодавства є підстави вважати, що право власності власника земельної ділянки може припинитися пропуском строків позовної давності про повернення земельної ділянки від особи, що її самовільно зайняла.

---

[1] Подопригора А. А. Основы римского гражданского права: Учебн. пособие / А. А. Подопригора. – К: «Выща школа», 1990. – С. 112.

[2] Digest or Pandects / translated by Scott S. P. Cincinnati, 1932. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D41_Scott.htm#II – Дата звернення: 05.10.2016.

[3] Digest or Pandects / translated by Scott S. P. Cincinnati, 1932. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу. – http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D41_Scott.htm#II – Дата звернення: 05.10.2016.

Лариса Трофімова,
к.ю.н, доцент
Черкаський факультет НУ «Одеська юридична академія»

ПРОБЛЕМИ АКАДЕМІЧНОЇ КУЛЬТУРИ: ПОШУК *BONA FIDES* ТА *EQUITAS*

У темні часи, *добре видно світлих людей* (Е.М.Ремарк)

Право на освіту є одним з основних, соціальних і культурних прав громадян, закріплених Конституцією України (ст. 53). Міністерством освіти і науки презентовано проект Концепції розвитку освіти на період 2015-2025 років. Триває дискусія вчених і практиків про академічну культуру[1] і академічну доброчесність[2]. Академічна культура – це інтелектуально-етична система цінностей, мотивацій, переконань та сприйняттів, що визначають професійну діяльність в освіті та науці[3]; одна з найважливіших складових вищої школи як соціального інституту, що являє собою сукупність моделей поведінки, які здобуваються в академічному просторі в процесі адаптації до зовнішнього соціокультурного середовища, внутрішньої інтеграції та розділяються більшістю представників академічного середовища[4]; академічна чесність – сформована система поведінкових стереотипів студента, що виражають загальнолюдські морально-етичні традиції у сфері оцінки його знань. Академічна нечесність може призвести до тимчасового позбавлення права відвідувати заняття або до виключення з університету, оцінки XF – «незадовільно внаслідок академічної нечесності»[5]; умови середовища, в якому учасник університетського життя може зростати як людина, усвідомлення гідності та внутрішньої суверенності студента і як науковця, і як людини з гарантіями дотримання академічної чесності і захистом перед зловживанням академічними свободами[6]. Як відомо, плагіат – на-

---

[1] Хоружий Г. Ф. Академічна культура: цінності та принципи вищої освіти / Г.Ф. Хоружий. – Тернопіль : Навчальна книга – Богдан, 2012. – 320 с.

[2] Ольга Гужва про плагіат: необхідно звернути увагу на цінності та академічну культуру / [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.saiup.org.ua/novyny/olga-guzhva-pro-plagiat-neobhidno-zvernuty-uvagu-na-tsinnosti-ta-akademichnu-kulturu/

[3] Ромакін В.В. Мотивації, переконання та поведінка українських і американських студентів бакалаврату щодо норм академічної культури / Ромікан В.В. // Наукові праці. Том 136. Випуск 123. Педагогіка. – 2010. – С. 34-41.

[4] Академічна культура українського студентства: основні чинники формування ат розвитку / [Електронний ресурс] – Режим доступу: www.iro.org.ua/uploads/491691.pdf

[5] Академічна нечесність та політична культура: порівняльний досвід (Україна - США) / [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.osvita.org.ua/student/studying/articles/2.html

[6] Академічна культура як необхідна передумова ефективного управління сучасним університетом в умовах автономії / [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.experts.in.ua/baza/analitic/index.php?ELEMENT_ID=10956

вмисне чи усвідомлене представлення слів або ідей іншої особи як власних в академічній роботі.

Вчений Синайський В.І. був юрисконсультом Міністерства фінансів, приймав участь у розробці цивільного кодексу, у 1939 році написав роботу «Культура і право», вивчав історію римського права. У римському праві aequitas – почуття справедливості (справедливість), а «fides» – власна чесність і довіра до чужої чесності, вірність даному слову, моральний обов'язок виконувати свій обов'язок, опора всіх правовідносин і один з творчих елементів римського правового мислення. «Fides» в значенні суворої пов'язаності власною заявою і взаємної довіри договірних сторін позначали як «Bona Fides»[1] – латинський юридичний термін, що означає «чесні засоби», «добрі послуги», «сумлінність», що виражає моральну чесність, віру в правдивість чи неправдивість судження або суті думки, або лінії поведінки.

Академічна доброчесність – це дотримання принципів добропорядності і чесності в академічному процесі. Це невикористання таких елементів як списування, плагіат. Академічна доброчесність – це те, чого не вистачає вищій школі[2]. Синайський В.І. під доброчинністю розумів «добрі звичаї», моральність, наголошуючи – що варто розуміти під моральністю, наш закон не пояснює: чи розуміти моральність більшості або меншості – кращих людей[3]. Бабаєв В.Н. відзначав: «Доброчесність є не правовим, а етичним за своїм походженням і характером поняттям. Використання ж етичних понять в праві, в правовому регулюванні є одним з окремих випадків взаємодії права і моралі»[4].

Проблема плагіату зараз дуже гостро стоїть як в українській освіті, так і в українській науці. Близько 90% студентів в тій чи іншій формі використовують плагіат: може бути свідоме копіювання чужих текстів, банальне завантаження рефератів з Інтернету; «Іноді студенти просто не знають, що мають «плагіат», – це проблема академічної культури в цілому, розповіла представник МОН І.Совсун: Статті, що перебувають у відкритому доступі за згодою авторів і власників видань, будуть доступні онлайн[5].

Наразі маємо прикрий факт проблем освіти і науки: міжнародним **знаком охорони авторського права** © *(англ. Copyright symbol)* як елементом вихідних відомостей твору, де сповіщається про виключні **права** на дане видання конкретної

---

[1] Юдин А.В. Категория «добросовестность» в гражданском процесуальном праве / А.В. Юдин // Університетські наукові записки, 2007, № 1 (21), с. 104-113. – С. 104.

[2] Академічна доброчесність — це те, чого не вистачає вищій школі, — Тарас Тимочко / [Електронний ресурс] - Режим доступу: https://hromadskeradio.org/ru/programs/kyiv-donbas/akademichna-dobrochesnist-ce-te-chogo-ne-vystachaye-vyshchiy-shkoli-taras-tymochko

[3] Синайский В.И. Русское гражданское право. 1912. По изд.: М.: Статут, 2002. — 638 с. — (Классика российской цивилистики) / [Електронний ресурс] - Режим доступу: http://lib.sale/uchebnik-pravo-grajdanskoe/russkoe-grajdanskoe-pravo.html

[4] Бабаев В.Н. Презумпции в советском праве. – Горький, 1974. - 124 с. – С.87.

[5] 90% студентов используют плагиат, - Совсун / [Електронний ресурс] - Режим доступу: http://ru.osvita.ua/vnz/51929/

особи, знаходимо на сайті[1]. – «продукт Комишан А. І. (2014)», де складно не помітити академічну недоброчесність, списування, плагіат, якщо прочитати фахове видання 2001, 2012 років – chasop/2011_3, chasop/2012_3. Опублікована праця Комишан А.І (студент 3 курсу факультету міжнародних економічних відносин ХНЕУ ім. С. Кузнеця) – наук. керівн. Возненко Н. І. – привернула неабияку увагу багатьма «цікавими новаціями» з огляду на захист авторського права, зокрема таким: 1) цитата: «проблеми фінансової політики перебувають у колі досліджень Беха Г. В. [2, с. 5], Л. Воронова [3, с. 13]», хоча українська академічна школа фінансового права створена, збагачена і продовжує розвиватися завдяки талантам видатного вченого, прекрасної людини, вчителя **Лідії Костянтинівни Воронової** – світла пам'ять про яку залишається у наших серцях; також науковець-жінка **Бех Галина Володимирівна** має наукові праці і дисертацію (2001), проте Комишан А.І. представляє такі дані по-іншому; 2) у роботі (2014 рік) Комишан А.І[2] відтворено неодноразово «на думку автора» без посилань на справжні авторські роботи, що опубліковані у 2011 та 2012 роках, що не складно перевірити у відкритих джерелах[3] – щодо поняття фінансовий ринок, співвідношення фінансової політики і фінансової діяльності держави, дослідження фінансового-правового процесу.

Таким чином, Комишан А.І. у своїй публікації «власну думку»[4] відтворює без посилань на використане першоджерело, спотворюючи зміст оригіналу: «Фінансова політика у системі фінансового права, **на думку автора**, має свій правовий режим та не може ототожнюватись з поняттям «фінансова діяльність держави», оскільки впливає на організацію і регулювання складного і розгалуженого фінансового правового процесу, який досліджує вітчизняний вчений Касьяненко Л. М. [7, с. 38], проте у списку літератури під №7 вказано працю 7. Винницкий Д. В. Предмет и система финансового права / Д. В. Винницкий // Правоведение. – 2012. – № 5. – С. 38., але посилань хоч на одну із багатьох праць Л.М. Касьяненко, та/або де зазначено на стор.38 саме такий текст – студентом Комишан А.І. не зазначено.

---

[1] Фінансове право як нормативне забезпечення фінансової політики / [Електронний ресурс] - Режим доступу: http://repository.hneu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/9194/1/Комишан%20А.%20І.%20 Фінансове%20право%20як%20нормативне%20забезпечення%20фінансової%20політики.pdf

[2] Фінансове право як нормативне забезпечення фінансової політики / [Електронний ресурс] - Режим доступу: http://repository.hneu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/9194/1/Комишан%20А.%20І.%20 Фінансове%20право%20як%20нормативне%20забезпечення%20фінансової%20політики.pdf

[3] http://kul.kiev.ua/images/chasop/2012_3/143.pdf; http://kul.kiev.ua/images/chasop/2011_3/138.pdf

[4] Фінансове право як нормативне забезпечення фінансової політики / [Електронний ресурс] - Режим доступу: http://repository.hneu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/9194/1/Комишан%20А.%20І.%20 Фінансове%20право%20як%20нормативне%20забезпечення%20фінансової%20політики.pdf

Надалі, Комишан А.І. також цитує без посилань на першоджерела: «Фінансове право, як зазначає корифей вітчизняної науки Л. К. Воронова, регулює специфічний вид відносин....»[6, с. 277] і у списку літератури зазначає: 6. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемчушенко та ін. – К. : Укр. енцикл. – 768 с. Проте фактично у запозиченій публікації з © 2012 *http://kul.kiev.ua/images/chasop/2012_3/143.pdf* зроблено посилання на праці різних авторів: праці Воронової Л.К. – джерело 9 стор.7, працю авторського колективу – джерело 11 стор.57. Тут залишається риторичним питання про роль наукового керівництва «творчою» роботою студента.

У вузах є спецкурс «Основи педагогічної творчості». Педагогічна діяльність розвивається завдяки творчому ставленню до педагогіки, постійному самовдосконаленню і новаторству, майстерності демонструвати академічну культуру, розвитку досвіду, примноженню передових наукових здобутків. Синайський В.І. підніс до особливого стану в державі (не політиків, економістів, військових або філософів), а юристів не тільки через їх професійний авторитет у суспільстві, але як охоронців законності і культури: У статті за 1928 рік «Likumu vienlīdzība un slikts pilsonis» (*Равенство законов и плохой гражданин*) зазначено: «сучасна юриспруденція змінюється не тільки в своїй науці, а й у своїй практиці: все підпорядковано звичайному казусу, нагоди, без зведення його до першооснов юриспруденції, – а *equitas* особливо»[1]**.** Можливо тому, що в основі права – справедливість – Кабінет міністрів України 22.07.16 схвалив створення Національного сховища академічних текстів для боротьби з плагіатом.

Для формування оптимальної моделі правового регулювання публічними фінансами, оперативного реагування на зміни фінансового ринку, упорядкування фінансового законодавства до вимог законодавства ЄС, профілактики фінансових потрясінь (криз, нестабільності), прогнозування шляхів забезпечення економічної самостійності держави, своєчасного виявлення ризиків від неналежного нормопроектування (якість експертиз, перевірка корупціогенності норм), доцільно не лише переглядати та уніфіковувати зміст навчальних дисциплін, зокрема щодо вивчення міжнародної економіки, фінансової політики, фінансово-правової відповідальності, а також концентруватися на правовому вихованні, побудові навчання відповідно до принципу «уніфікація форми – оригінальність змісту», аналізі причин академічної недоброчесності, пам'ятаючи, що згідно ст.68 Конституції України незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності.

[1] 22 года из жизни ученого: цивилист Василий Синайский в Латвии / [Електронний ресурс] - Режим доступу: http://seminariumhumanitatis.positiv.lv/21%20almanax/21alm%20kovalsuk%20sinaiskij.htm

Галина Трунова,
к.ю.н., доцент

ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ У ЗВ'ЯЗКУ З ТИМЧАСОВОЮ ВТРАТОЮ ПРАЦЕЗДАТНОСТІ

Труднощів у функціонуванні системи соціального страхування безліч і, на жаль, соціальне страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, яке повинно сприяти безпеці і збереженню здоров'я застрахованих осіб, не виконує свою функцію належним чином. Одна з проблем українського сьогодення – це те, що лікарняний перетворився на розкіш, адже, в умовах кризи кількість персоналу, як правило, на вітчизняних підприємствах максимально оптимізована, згідно соціологічних досліджень 65 % працівників хворіють на роботі.[1] До чого в кінцевому результаті призводить така «оптимізація» можна побачити за даними численних епідемій та, на жаль, в оформленні пенсій по інвалідності.

Проблемою для реалізації права на допомогу по тимчасовій непрацездатності також є тіньові заробітні плати. Питання детінізації виплат заробітної плати, зменшення нелегальної зайнятості та загалом – детінізації економіки надзвичайно складне та багатопланове явище, оскільки водночас стосується працівників, роботодавців, фіскальних органів та питання наповнення державного бюджету. І навіть, якщо ми не говоримо про тіньову заробітну плату, тобто, якщо працівник офіційно працює і за нього сплачено всі необхідні соціальні внески, то і в такому випадку існує багато проблем у реалізації права застрахованого на матеріальне забезпечення у сфері соціального страхування у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю.

Питання про призначення або відмову у призначенні соціально-страхового забезпечення приймається комісіє (уповноваженим) із соціального страхування. Комісія (уповноважений) із соціального страхування підприємства зобов'язана перевіряти підставу, правильність видачі листків непрацездатності й правильність їх заповнення[2] у відповідності до Інструкції про порядок видачі документів, що засвідчують тимчасову непрацездатність громадян та Інструкції про порядок заповнення листка непрацездатності[3].

---

[1] Больничный? это роскошь! [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.kadrovik.ua/content/bolnichnyi-eto-roskosh.

[2] Постанова Правління Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності «Про затвердження Положення про комісію (уповноваженого) із соціального страхування підприємства, установи, організації» від 23.06.2008 р. № 25 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0636-08.

[3] Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Інструкції про порядок видачі документів, що засвідчують тимчасову непрацездатність громадян» від 13.11.2001р. № 455 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/

На підставі рішення комісії (уповноваженого) із соціального страхування страхувальник-роботодавець розраховує суми матеріального забезпечення (крім допомоги на поховання, яка є фіксованою[1]) відповідно до Порядку обчислення середньої заробітної плати (доходу, грошового забезпечення) для розрахунку виплат за загальнообов`язковим державним соціальним страхуванням.[2]

Хоча в частині 3 статті 30 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» і передбачено, що рішення про призначення матеріального забезпечення та надання соціальних послуг приймається комісією (уповноваженим) із соціального страхування.[3] Проте жодної відповідальності для суб'єкта правозастосування – комісії (уповноваженого) із соціального страхування законодавством не визначено.

Водночас, Законом встановлено, що відповідальність за правильність нарахування і витрачання коштів соціального страхування з тимчасової втрати працездатності несе страхувальник.[4] Тобто в будь-якому випадку відповідальність за реалізацію права застрахованих осіб на соціально-страхове забезпечення у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності покладається на роботодавця.

З метою захисту прав застрахованих осіб, вважаємо за доцільне доповнити статтю 30 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» нормою про відповідальність членів комісії (уповноваженого) із соціального страхування за порушення законодавства із соціального страхування, з відповідним внесенням доповнень до Кодексу про адміністративні правопорушення.

Законом також передбачені випадки призначення допомоги по тимчасовій непрацездатності, по вагітності і пологам та на поховання безпосередньо Фондом соціального страхування. Звичайно призначення і виплата матеріального забезпечення Фондом соціального страхування це найоптимальніший варіант і гарантованість права застрахованих осіб на відповідне забезпечення. Однак

---

show/z1005-01; Наказ Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України, Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності, Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України «Про затвердження Інструкції про порядок заповнення листка непрацездатності» від 24.11.2006 р. № 532 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1456-04.

[1] Постанова Правління Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності «Про встановлення розміру допомоги на поховання» від 16 листопада 2011 р. №55 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z1453-11.

[2] Постанова Кабінету Міністрів України «Про обчислення середньої заробітної плати (доходу, грошового забезпечення) для розрахунку виплат за загальнообов`язковим державним соціальним страхуванням» від 26.09.2001 р. № 1266 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1266-2001-%D0%BF.

[3] Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 23.09.1999 р. № 1105 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1105-14.

[4] Там само.

значна частина призначення і виплати матеріального забезпечення здійснюється саме через роботодавця (страхувальника). Останній факт зумовлений перш за все тим, що оплата перших п'яти днів тимчасової непрацездатності здійснюється за рахунок коштів роботодавця.[1]

На мою думку, оплата перших п'яти днів тимчасової непрацездатності за рахунок роботодавця це відхід від страхової техніки. Втрачається сама сутність страхування – колективна відповідальність за індивідуальний ризик. Разом з тим, сьогодні особи, які самостійно забезпечують себе роботою та добровільно застраховані особи взагалі позбавлені права на допомогу по тимчасовій непрацездатності протягом перших п'яти днів. В зазначеному прослідковуються дискримінаційні моменти і відхід від принципу надання права отримання виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням особам, зайнятим підприємницькою, творчою діяльністю.

Однією з проблем ефективного правозастосування в умовах реформування системи соціального страхування є відсутність оперативного внесення змін та доповнень до нормативно-правової бази, якою регламентується питання функціонування системи соціального страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності.

Також однією з умов ефективного застосування норм права соціального страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності є дотримання строків прийняття рішення щодо задоволення чи відмови в задоволенні (або частковому задоволенні) суб'єктивного права особи на матеріальне забезпечення.

За загальним правилом документи для призначення допомоги розглядаються не пізніше десяти днів з дня їх надходження. Допомога на поховання призначається не пізніше дня, що настає за днем звернення. Строк для звернення за допомогою – не пізніше дванадцяти місяців від настання страхового випадку.

О.А. Мірошниченко, досліджуючи проблемні питання в цій царині, звертає увагу на те, що протягом останніх років намітилася тенденція до затримки виплат допомог у сфері соціального страхування по тимчасовій непрацездатності, та наголошує на необхідності встановлення особистої матеріальної відповідальності працівників Фонду соціального страхування у випадку прострочення.[2] Однак фахівці Фонду соціального страхування, зазначають, що затримки у виплаті допомог застрахованим у Фонді особам можуть статися тільки з вини

[1] Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку оплати перших п'яти днів тимчасової непрацездатності внаслідок захворювання або травми, не пов'язаної з нещасним випадком на виробництві, за рахунок коштів роботодавця» від 26 червня 2015 р. № 440 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/440-2015-%D0%BF.

[2] Мірошниченко О.А. Окремі проблеми правового регулювання виплати допомоги по вагітності та пологам на сучасному етапі / О.А. Мірошниченко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ukterra.com.ua/content/окремі-проблеми-правового-регулювання-виплати-допомоги-по-вагітності-та-пологам-на-сучасному.

комісій із соціального страхування та (або) фінансових служб підприємств, установ, організацій.[1]

Велике значення для дотримання строків, визначених законодавством, має правильна організація роботи комісії (уповноваженого) із соціального страхування. Згідно Положення про комісію засідання повинні проводитися відповідно до затвердженого нею плану, але не рідше двох разів на місяць.[2]

Проведений аналіз окремих проблем, які виникають при застосуванні норм у сфері соціального страхування з тимчасової втрати працездатності дозволяє зробити висновок про те, що в основному вони зумовлені насамперед недоліками правового регулювання. Адже питання ефективності правозастосовчої діяльності безпосередньо пов'язане з питанням ефективності правових норм. Проблемою чинного законодавства є відсутність відповідальності комісії (уповноваженого) із соціального страхування за порушення норм соціально-страхового законодавства. Також для забезпечення рівності прав застрахованих осіб необхідно встановити єдиний підхід щодо оплати перших п'яти днів тимчасової непрацездатності. Необхідно забезпечити своєчасне внесення змін і доповнень до чинних нормативно-правових актів у сфері соціального страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності. З метою ж підвищення ефективності реалізації прав застрахованих необхідно, щоб питання про призначення матеріального забезпечення розглядалися комісією, коли це необхідно, без затримок, що забезпечить вчасність виплат.

Ярина Удала,
аспірантка відділу теорії держави і права
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ НОВІТНІХ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ В ПРАВОТВОРЧУ ДІЯЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВИ

Активне становлення національної інформаційної сфери і гармонійне прилучення до глобального світового інформаційного простору набуває сьогодні особливого значення, є безперечно актуальним та перспективним, так як за певних умов може стати фундаментом розвитку інформаційного суспільства в Україні.

Особливе значення мають питання широкого використання інформаційно-

[1] Актуальні новини Дніпропетровського обласного відділення Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності за тиждень – з 01 по 15 січня 2016 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.fse.gov.ua/fse/control/dnp/uk/publish/article/83948;jsessionid=DE4CAE519AFB78E803CAD75AC0C17 FB0.

[2] Постанова Правління Фонду соціального страхування з тимчасової втрати працездатності «Про затвердження Положення про комісію (уповноваженого) із соціального страхування підприємства, установи, організації» від 23.06.2008 р. № 25 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0636-08.

комунікаційних технологій з метою надання вільного доступу до інформації, в тому числі офіційної правової, оскільки саме вони є базовими принципами інформаційного суспільства, який проголосила Генеральна Асамблея Організацій Об'єднаних Націй, Декларація принципів і Плані дій Всесвітнього саміту з питань інформаційного суспільства[1].

Інтеграція українського державного управління до європейського адміністративного простору в умовах розвитку інформаційного суспільства сьогодні поставила нові вимоги до діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх спроможності ефективно діяти в умовах упровадження електронного врядування й розвитку електронної демократії, що актуалізує необхідність змін у всіх без винятку сферах суспільного та державного життя[2].

Загальносвітовою тенденцією є посилення глобалізаційних процесів, розширення сфери послуг і їх якості у результаті науково-технічного прогресу, в тому числі масштабного, глибинного та динамічного проникнення новітніх інформаційних технологій у всі сфери життєдіяльності особи, суспільства та держави.

У більшості розвинених країнах світу новітні інформаційні технології були визначені основним засобом модернізації урядової діяльності задля підвищення ефективності, результативності і надання доступу до правової інформації.

Аналіз практики ряду демократичних країн свідчить, що питання доступності, відкритості інформації щодо правотворчого процесу віднесено до пріоритетних напрямів державної політики, що забезпечуються різними інструментами: нормативно-правовою регламентацією доступу громадян до публічної інформації; забезпеченням функції зворотного зв'язку з громадянами (у тому числі з використанням новітніх інформаційних технологій); створенням у структурі парламенту окремого відділу по зв'язках з громадянами; трансляцією засідань парламенту, у тому числі з використанням мережі Інтернет тощо[3].

Для України впровадження досягнень новітніх інформаційних технологій у правотворчій сфері є такою ж необхідністю, як і для країн, що досягли значного успіху в цій царині, адже використання її надбань – не просто данина часу, а новий щабель у розвитку будь-якої цивілізованої держави, що своїм шляхом і головною метою обрала демократію[4].

---

[1] . Постанова Верховної Ради України «Про затвердження Програми інформатизації законотворчого процесу у Верховній Раді України на 2012–2017 роки» від 05. 07. 2012 р. № 5096–VI [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua.

[2] . Соловйов С. Г. Проблеми розвитку електронної демократії в умовах модернізації державного управління України: наук. розробка / С. Г. Соловйов, В. Г. Даниленко. – К.: НАДУ, 2012. – 68 с. – С. 3.

[3] Маруженко О. П. Інформаційне забезпечення законотворчого процесу в Україні : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Олексій Петрович Маруженко / Інститут законодавства Верховної Ради України. –К., 2009. – 20 с. – С. 16

[4] . Меньшеніна А. Є. Особливості функціонування демократії в інформаційному суспільстві / А. Є. Меньшеніна // Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. Серія 22 :

На жаль, нині є небагато досліджень, присвячених використанню органами державної влади та місцевого самоврядування у процесі їх функціонування сучасних інформаційних технологій. Це не означає, що зовсім нема наукових публікацій, присвячених аналізу, оцінці рівня розвитку, перспективам застосування інформаційних технологій. Навпаки, робіт саме такого спрямування чимало. Проте наукових доробок, присвячених використанню інформаційних технологій органами державної влади та місцевого самоврядування, для прикладу, в правотворчій, сфері зовсім мало. І це не тому, що науковці недооцінюють роль сучасних ІКТ. Причини інші.

Серед них, насамперед, – низький рівень матеріально-технічної бази деяких органів державної влади та місцевого самоврядування; недооцінка рівень застосування інформаційних технологій у процесі виконання органами своїх функцій; недостатній рівень розвитку нормативно-правової бази, що регулювала б питання впровадження новітніх інформаційних технологій у діяльність органів державної влади; відсутність координації зусиль державно-приватного секторів з метою пропагування розвитку в Україні сучасного інформаційного суспільства; повільні темпи впровадження нових методів навчання із застосуванням інформаційних технологій та ін.

Поряд з цим є серйозні підстави сподіватися, що найближчим часом ситуація докорінно зміниться, так як впровадження новітніх інформаційних технологій у діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування в процесі здійснення ними правотворчості обумовлене значними перевагами. Серед них можна виділити наступні: забезпечення відкритості, прозорості й транспарентності цих органів; можливість надання широкого доступу до правової інформації, можливості постійного користування нею, підтримання її в актуальному стані; значна економія часових та матеріальних ресурсів для оприлюднення необхідної інформації; пропагування і забезпечення навчання електронної грамотності серед населення; розвиток демократизації суспільства, наближення до світових стандартів надання доступу до інформації тощо.

Зазначені переваги застосування органами державної влади та місцевого самоврядування інформаційних технологій є особливо відчутними у зв'язку зі швидкими темпами правотворчості в нашій державі.

Тож для вирішення питання ефективного впровадження новітніх інформаційних технологій в правотворчу діяльність держави, національна політика розвитку інформаційного суспільства в Україні повинна ґрунтуватися на засадах пріоритетності науково-технічного й інноваційного розвитку держави; формування необхідних для цього законодавчих та сприятливих економічних умов; всебічного розвитку загальнодоступної інформаційної інфраструктури, інформаційних ресурсів; сприяння збільшенню різноманітності й кількості

Політичні науки та методика викладання соціально–політичних дисциплін. – 2014. –. Спец. вип. – С. 473 – 479. – Режим доступу:

електронних послуг, забезпеченню створення загальнодоступних електронних інформаційних ресурсів; поліпшення кадрового потенціалу; посилення мотивації щодо використання інформаційних технологій, широкого впровадження їх в науку, освіту, культуру, охорону здоров`я, охорону навколишнього середовища; гарантування інформаційної безпеки[1].

Інформаційне забезпечення діяльності суб'єктів правотворчого процесу повинно розглядатися в контексті переходу до інформаційного суспільства, розвитку, що вимагає не лише відповідної державної політики, спрямованої на створення умов для збереження, поширення та комплексного використання усіх видів державних інформаційних ресурсів[2], а й підтримки науково-дослідницької галузі та прискорення темпів впровадження новітніх інформаційних технологій у правотворчій діяльності держави. Впровадження цих заходів сприятиме піднесенню рейтингу України на міжнародній арені, її іміджу як, передусім, відкритої демократичної держави.

Таким чином, шляхи вдосконалення правотворчого процесу в Україні неможливо розглядати поза глобальними вимірами, дією світових тенденцій, які пов'язані з розвитком інформаційного суспільства, впровадженням в життя нових інформаційних технологій, що стали істотним компонентом нашої реальності, засобом і ресурсом процесу соціальних змін.

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

Анастасія Іванова,
к. ю. н., старший науковий співробітник,
старший науковий співробітник відділу історико-правових досліджень
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПРОБЛЕМА ЕФЕКТИВНОСТІ ПРАВА В ДОСЛІДЖЕННЯХ УКРАЇНСЬКИХ ВЧЕНИХ: ІСТОРІОГРАФІЧНИЙ АСПЕКТ

Існує популярна думка, що проблема ефективності права є порівняно новою для юридичної науки і цілісної теорії ефективності права досі не існує. Так, ще 1996 р. у підручнику, підготовленому завідувачем кафедри теорії і історії

[1] . Закон України «Про основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки» від 09.01.2007 № 537–V [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua.

[2] . Бондаренко А. Інформаційні технології як механізм взаємодії органів влади з громадськістю / А. Бондаренко// Державне управління та місцеве самоврядування: зб. наук. праць. – Дніпропетровськ: Вид–во ДРІДУ НАДУ, 2009. – Вип 1 (1). – С. 110 с. – 110–115.

держави і права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка В. О. Котюком, можна було прочитати, що питаннями ефективності і правозастосування «наша наука почала займатися порівняно нещодавно, тому вони є недостатньо розробленими і відсутнє чітке уявлення про цей процес»[1].

Раніше у цьому зв'язку С. С. Алексєєв зазначав: «Власне постановка питання про ефективність права як наукової загальнотеоретичної проблеми стала можливою відносно правових систем, що сформувалися та розвивалися на науковій основі – правових систем соціалістичних країн. Розроблення цієї проблеми, використання її даних у практичній діяльності пов'язані з розвитком соціології, з творчим застосуванням соціологічних методів у соціалістичному правознавстві»[2].

Якщо абстрагуватися від певної апологетики соціалістичного права, цілком природньої для свого часу, то можна погодитися з тим, що до 60-х–70-х років минулого століття проблема ефективності права дійсно прямо не ставилася і в теоретичних роботах можна прочитати хіба що про «умови правильної реалізації правових норм» або про «ефективність кримінального покарання» («кримінально-правових заходів боротьби із злочинністю»). Хоча, логічно, питання якості законів і ефективності правозастосовної діяльності у тій чи іншій опосередкованій формі виникали і на світанку юридичної науки, й в усі подальші роки. Значне місце вони посідали, наприклад, у творчості австрійського соціолога права Є. Ерліха, який, до речі, тривалий час працював в Україні – викладав у Чернівецькому університеті.

Першу з відомих нам робіт з проблем ефективності права, що цитувалася в радянській юридичній літературі, опублікував один з засновників юридичної соціології, французький вчений Ж. Карбон'є 1958 року[3].

Варто зауважити, що в Україні зберігалася наступність основних підходів до вивчення ефективності права, закладених ще за радянського періоду розвитку юридичної науки. Зокрема, сучасні українські вчені у своїх дослідженнях активно послуговуються класичними працями В. М. Кудрявцева, В. І. Нікитинського, І. С. Самощенка і В. В. Глазиріна[4], В. В. Лазарєва[5], Ф. Н. Фаткулліна та Л. Д. Челюкіна[6].

Серед робіт, що побачили світ після 1991 року, високий індекс цитування характерний для відповідного підрозділу тритомного підручника «Загальна те-

---

[1] Котюк В.О. Теорія права. Курс лекцій– К.: Вентурі, 1996. – С.172.

[2] Алексеев С. С. Общая теория права. Т.1. –М.:Юрид. лит., 1981. – С.196.

[3] Carbonnier J. Effectivité et ineffectivité de la règle de droit // L'Année Sociologique (Paris). – 1957-1958. – P. 3–17.

[4] *Кудрявцев В. Н., Никитинский В. И., Самощенко И. С., Глазырин В. В.* Эффективность правовых норм. – М.: Юрид. лит, 1980. – 280 с.

[5] *Лазарев В. В.* Эффективность правоприменительных актов: Вопросы теории. – Казань, 1975. – 207 с.

[6] *Фаткуллин Ф. Н., Челюкин Л. Д.* Социальная ценность и эффективность правовой нормы. – Казань: изд-во Казан. ун-та, 1977. – 119 с.

орія держави і права. Академічний курс»[1], індивідуальної монографії С. В. Полєніної[2] та колективної монографії за ред. В. М. Сирих та Ю. О. Тихомирова[3].

Водночас значно рідше посилаються (або не посилаються загалом) на пріоритетні для свого часу дослідження цієї проблематики М. П. Лебедєва[4], О. С. Пашкова[5], О. М. Яковлєва[6], І. С. Самощенка, А. Б. Венгєрова і В. І. Никітинського[7], Є. П. Шикіна[8], В. О. Козлова[9] та на відповідні розділи етапних для свого часу колективних багатотомних досліджень[10][11]. Очевидно, на думку сучасних авторів, ці та деякі інші роботи вкладаються в пізніші та повніші видання. Цілком можлива також дія «самоцензури», коли дослідники просто уникають посилань на роботи з кричущими радянськими назвами.

Що ж до власне досліджень українських вчених, то окремим аспектами проблеми ефективності права (щоправда, не завжди використовуючи саме цей термін) ще в радянський період займалися П. М. Рабінович, Е. В. Назаренко, В. М. Горшенєв, М. І. Козюбра, В. В. Цвєтков, В. Б. Авер'янов, В. В. Головченко та деякі інші правознавці. В Інституті держави і права АН УРСР – провідному науковому закладі республіки – протягом 1981–1984 рр. під керівництвом М. І. Козюбри здійснювалося планове дослідження «Закономірності і тенденції розвитку права та шляхи підвищення його ефективності в умовах розвитого соціалізму».

---

[1] Малько А. В. Эффективность правового воздействия //.Общая теория государства и права: Академический курс / Отв. ред. *М. Н. Марченко*. – Т.3. – 2-е изд. – М.: Зерцало, 2001. – С.110–138.

[2] *Поленина С. В.* Качество закона и эффективность законодательства. – М., 1993. – 56 с.

[3] Эффективность закона (Методология и конкретные исследования) / Отв. ред. *В. М. Сырых, Ю. А. Тихомиров*. – М., 1997. – 211 с.

[4] *Лебедев М. П.* Об эффективности воздействия социалистического права на общественные отношения // Советское государство и право. – 1963. – №1. – С. 22–31.

[5] *Пашков А. С., Чечот Д. М.* Эффективность правового регулирования и методы ее выявления // Советское государство и право. – 1965 – №8. – С.3 –11; *Пашков А. С., Явич Л. С.* Эффективность действия правовой нормы (К методологии и методике социологического исследования) // Советское государство и право. – 1970. – №3. – С. 40–48; Эффективность действия правовых норм / Отв. ред. *А. С. Пашков*. – Л.: ЛГУ, 1977. – 143 с.

[6] *Яковлев А. М.* Социальная эффективность уголовного закона // Советское государство и право. – 1967. – №10. – С. 55–63.

[7] *Самощенко И. С., Никитинский В. И.* Изучение эффективности действующего законодательства // Советское государство и право. – 1969. – №8. – С. 3–11; *Никитинский В. И.* Эффективность норм трудового права. – М.: Юрид. лит., 1971. – 247 с.

[8] *Шикин Е. П.* Основные условия эффективности применения права. – Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Свердловск., 1971. – 18 с.

[9] *Козлов В.А.* Вопросы теории эффективности правовой нормы. – Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. – Л., 1976. – 26 с.

[10] Эффективность норм социалистического права // Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. – М.: Юрид. лит, 1973. – С.264–285.

[11] *Гаврилов О. А.* Проблемы исследования эффективности действия правовой системы // Правовая система социализма. – Кн.2 Функционирование и развитие. – М.: Юрид. лит, 1987. – С. 230–254.

Напрацювання вчених згодом були відображені в декількох колективних монографіях загальнотеоретичного характеру[1], а також в індивідуальній монографії В. В. Головченка, присвяченій ефективності правового виховання[2]. Концентроване узагальнення здобутки радянських учених знайшли в статті А. П. Зайця в методологічному збірнику, підготовленому в Інституті держави і права АН УРСР[3].

В незалежній Україні одним з перших ґрунтованих досліджень з відповідної проблематики стала колективна монографія «Законодавство: проблеми ефективності», підготовлена правознавцями Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Книга містить розділи «Визначення ефективності законодавства: методологічні аспекти» (В. Ф. Сіренко), «Соціальна і юридична ефективність законодавства» (Н.М. Оніщенко, С. В. Бобровник), «Науково-методичні начала вивчення й оцінки ефективності законодавства» (В. В. Головченко), «Ефективність законодавства в сфері цивільно-правових відносин» (Я. М. Шевченко) і ряд інших, присвячених проблемам ефективності окремих галузей законодавства[4].

Після цього було підготовлено ряд галузевих досліджень з проблем ефективності законодавства в сфері державного управління[5], аграрного законодавства[6], норм кримінального права України[7] та міжнародного гуманітарного права[8], зокрема міжнародно-правових норм у галузі охорони навколишнього середовища[9].

В 2000-х було захищено кандидатські дисертації О. М. Мельник про правове

---

[1] Конституция УССР. Реализация ее принципов и норм. – К.: Наук. думка, 1988. – 144 с.; Право и общественный прогресс в социалистическом обществе / Отв. ред. *Н. И. Козюбра*. – К.: Наук. думка, 1988. – 382 с.

[2] *Головченко В. В.* Эффективность правового воспитания: понятие, критерии, методика измерения. – К.: Наук. думка, 1985. – 128 с.

[3] *Заец А. П.* Вопросы методологии исследования эффективности республиканского законодательства // Методологические проблемы юридической науки. – К., 1990. – С.110–123.

[4] Законодавство: проблеми ефективності / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К.: Наук. думка, 1995. – 232 с.

[5] *Цвєтков В. В.* Державне управління: основні фактори ефективності (політико-правовий аспект) // Правова держава України : Проблеми, перспективи розвитку. – Х., 1995. – 164 с.; *Скриль С. А.* Теоретичні проблеми ефективності законодавства в сфері державного управління. Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2001. – 16 с.

[6] Аграрне законодавство України: проблеми ефективності / За ред. *В. І. Семчика*. – К.: Наук. думка, 1998. – 243с.

[7] *Рощина І. О.* Ефективність норм кримінального права України у запобіганні злочинам: автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 20с.

[8] *Дяченко В. І.* Ефективність дії норм міжнародного гуманітарного права в їх еволюційному розвитку: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 16 с.

[9] *Медведєва М.* Проблема ефективності міжнародноправових норм у галузі охорони навколишнього середовища // Публічне право. – 2012. – № 4 (8). – С. 158-166.

регулювання і шляхи підвищення його ефективності[1] та Я. І. Ленгер про реформування правової системи України як засобі підвищення її ефективності[2].

Крім того, проблема ефективності права дістала висвітлення практично в усіх українських підручниках з загальної теорії держави і права (на сьогодні їх можна нарахувати декілька десятків).

Загалом українські правознавці стоять на традиційних позиціях і визначають ефективність права, передусім, як співвідношення фактичних результатів реалізації норми права та мети, що у ній задекларована, розрізняючи залежно від мети правових актів загальносоціальну і юридичну ефективність права[3].

Ефективність визначається як якісна характеристика правового регулювання (впливу) поруч із цінністю і економічністю. Вона забезпечується ефективністю власне «матеріального» закону, ефективністю процедурно-процесуального механізму застосування закону, ефективністю діяльності з застосування та реалізації закону. Розрізняють загально соціальні та юридичні передумови ефективності юридичної (правової) норми[4].

Поруч із цим «вузьким», формально-логічним підходом, визнається і ширше розуміння ефективності права не як критерію, а як детермінанти, що визначається через сутність, внутрішню будову, властивості, зв'язки і взаємозалежності всіх елементів правового регулювання. В цьому разі ефективність законодавства є якісною характеристикою системи нормативно-правових актів, що уможливлює визначення ступеня позитивних результатів при урегулюванні визначної групи однорідних суспільних відносин. Як підкреслює О. М. Мельник, в нових умовах було б некоректним продовжувати визначати ефективність закону лише як співвідношення між результатом дії норми і метою її прийняття. В світлі сучасного розуміння сутності закону ефективність законодавства слід вимірювати його внеском до укріплення правових основ державного і суспільного життя, до формування в розвитку елементів свободи суб'єктів суспільних відносин, до реалізації права і свобод громадян.

В українській літературі також звертається увага на значення для ефективності права соціальних потреб, що намагаються задовольнити за допомогою конкретного правового акта, та адекватності правових засобів, які використовуються для задоволення цих потреб. Зокрема, В. Ф. Сіренко підкреслював, що в процесі вивчення ефективності законодавства слід звертати увагу не стільки на мету, скільки на інтереси.

---

[1] *Мельник О. М.* Правове регулювання та шляхи підвищення його ефективності. Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2004. — 20с.

[2] *Ленгер Я. І.* Реформування правової системи України як засіб підвищення її ефективності: Автореф. дис... канд. юрид. наук: – К., 2007. – 20с.

[3] *Рабінович П. М.* Ефективність права // Юридична енциклопедія. – Т.2. – К.: Укр. Енциклопедія, 1999. – С. 360.

[4] *Рабінович П. М.* Основи загальної теорії права та держави. – 10-е вид. – Львів: Край, 2008. – С.202-205.

Ефективне законодавство розглядається як система, що включає якісні закони, адаптивне правозастосування і правосвідомість соціального світу. Проголошується ідеї «плюралістичної ефективності», визнання того факту, що засоби правового регулювання мають постійно змінюватися відповідно типу і структури суспільства, домінуючих соціальних інтересів. Ступінь ефективності законодавства пропонується визначати через співвідношення правопорядку і соціального порядку. Критерієм якості законів і ефективності правозастосування проголошується готовність суб'єктів правовідносин до правомірної поведінки[1]. П. М. Рабінович, натомість, пропонує інструментальний підхід до розуміння критеріїв ефективності закону, та визначає їх як «здатність цих норм із найменшими витратами впливати позитивно на суспільні відносини й на поведінку їх учасників»[2].

В останніх роботах українських теоретиків права особлива увага звертається на необхідність системного підходу, врахування міждисциплінарного характеру проблеми ефективності права. Підкреслюється, що закон, прийнятий без урахування всіх соціальних, економічних, політичних і правових факторів, приречений на неефективність і навіть може викликати зворотній ефект. Тому важливу роль в правотворчості відіграє соціально-наукове прогнозування[3].

Академік НАПрН України Н. М. Оніщенко в ряді своїх робіт акцентує на тому, що проблему ефективності законодавства необхідно розглядати в декількох площинах. Зокрема, має враховуватися внутрішній, національний аспект і зовнішній, навіть зовнішньоінтегративний, пов'язаний із імплементацією міжнародних стандартів в законодавство України. При цьому сучасне трактування ефективності законодавства пов'язується зі сферою дії права, під якою розуміють взаємодію багатьох складових: стан економіки, політичного режиму, якості законодавства, ефективності роботи юридичних установ[4].

Зв'язком науки із законодавчої практикою покликаний займатися Інститут законодавства Верховної ради України. Зокрема відділом моніторингу діючого законодавства, виконуються відповідні наукові дослідження, результатом яких стала відповідна наукова монографія[5]. Робота містить як загальнотеоретичні

---

[1] *Скриль С. А.* Указ. соч.

[2] *Рабінович П.* Ефективність юридичних норм: загальнотеоретично-понятєвий інструментарій дослідження // Вісник Академії правових наук України. – 2008. – № 1(52) – С. 13-21.

[3] *Матвєєва Ю. І.* Деякі питання методики оцінки ефективності законодавства наукові записки. // Наукові записки. Національний університет «Києво-Могилянська Академія». – Т. 38: Юридичні науки. – К., 2005. – С. 52-56.

[4] *Оніщенко Н. М.* Сприйняття права в умовах демократичного розвитку: проблеми, реалії, перспективи. – К.: Юрид. думка, 2008. – С.84–86; *Оніщенко Н. М.* Проблема ефективності законодавства та сучасний розвиток // Вісник. - 2007. - № 12. – С. 3-6.

[5] Моніторинг ефективності законодавства: мета, критерії, реальність / За заг. ред. *О. В. Зайчука*. – К., 2009. –386 с.

положення, так і розділи, присвячені ефективності окремих галузей законодавства.

Хотілося б звернути увагу колег на останню роботу видатного українського вченого в галузі державного управління, члена-кореспондента НАН України В. В. Цвєткова «Демократія і державне управління: теорія, методологія, практика». Автор виходить з постулату, що «ефективність управління – це і ефективність права і навпаки», а тому багато уваги приділяє проблематиці, що нас цікавить.

Привертає увагу значна кількість напрацювань, присвячених соціальній ефективності права[1]. Зокрема, І. О. Гуменюк співвідношення юридичного та соціального аспекту ефективності розглядає в контексті розуміння ефективності як ступеня реалізації соціальної цінності правових норм, де соціальна цінність та ефективність співвідносяться як процес і результат (подібно законності й правопорядку)[2].

До проблем ефективності права звертаються не лише правознавці, а й представники інших наук, чиї дослідження маютьь міждисциплінарний характер. Так, професор-філософ Н. П. Осипова розглядає питання ефективності права у контексті функціонування громадянського суспільства. Соціальна ефективність права, зазначає автор, є виразом можливості реалізації на правових засадах свободи і волевиявлення особистості та виступає однією із умов існування і основоположним критерієм розвиненості громадянського суспільства[3].

Окремої уваги вартують дослідження, метою яких є розмежування суміжних понять, зокрема «ефективність права», «ефективність законодавства», «ефективність правових норм», «ефективність юридичних норм». Цікавому аспекту – спробі розмежування понять «ефективність законодавства» і «ефективне законодавство» присвячена відповідна розвідка Г. В. Тимченко[4].

Чільне місце проблеми ефективності права посідають і в новітніх міждисциплінарних та юридичних дослідженнях цілком прикладного характеру, де вони розглядаються в контексті таких наукових напрямів, як правове (юри-

---

[1] *Матвеева Ю. І.* Соціальна ефективність правових норм // НАУКМА. Наукові записки. Том 53. Юридичні науки. – 2006. – 8(53). – С. 31-35; *Лоскутов Т. О.* Соціальна ефективність права та її критерії [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://intkonf.org/loskutov-to-sotsialnaefektivnist-prava-ta-yiyi-ktiteriyi

[2] *Гуменюк І. О.* Зміст поняття «ефективність» норм законодавства про соціальний захист // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 39. – С. 80-83.

[3] *Осипова Н. П.* Соціально ефективне право – ознака громадянського суспільства // Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Сер.: Політологія. – 2009. – № 1. – С. 106.

[4] *Тимченко Г. В.* «Розмежування понять «ефективність законодавства» і «ефективне законодавство» // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: юридичні науки. – 2014. – № 9-2. – Т. 1. – С. 41-44.

дичне) прогнозування, юридична статистика[1], правове моделювання, правова інформатика[2] тощо.

Дотичними до проблематики ефективності права є спроби розкрити зміст таких оціночних понять, як якість права та якість законодавства. Зокрема, як стверджує О. І. Ющик, система законодавства це насамперед не кількість, а якість законів[3].

Зазначене дає підстави стверджувати, що теоретичним основам ефективності права приділено достатньо уваги у вітчизняній юридичній науці. Водночас, тривають дискусії навколо визначення оціночних понять: «ефективність», «ступінь ефективності», «критерії ефективності», «якість закону». Подальша робота у цьому напрямі, на думку деяких дослідників, у довгостроковій перспективі дасть змогу розробити універсальні методики встановлення ефективності правових норм[4].

Звісно, в рамках однієї доповіді неможливо повністю та докладно висвітлити всю палітру поглядів сучасних українських правознавців на проблеми ефективності права. Але, ми сподіваємось, що цей історіографічний огляд сприятиме підвищенню інтересу науковців до відповідної проблематики та полегшенню їхньої творчої праці на цій ниві.

Наталія Фурлет,
здобувач кафедри правознавства
Східноукраїнського національного університету імені Воломира Даля

ТРУДОВІ ПРАВА КЕРІВНИКА ВИЩОГО НАВЧАЛЬНОГО ЗАКЛАДУ

Сьогодні в Україні активно здійснюється реформування освітньої системи, особливої значущості в цьому процесі набуває модернізація вищої школи. Метою цього процесу є створення привабливої та конкурентоспроможної національної системи вищої освіти України, інтегрованої у Європейський простір вищої освіти. З прийняттям нового Закону України «Про вищу освіту» (далі – Закон) ВНЗ отримали значну автономію та право на самоврядування. Одним з принципів діяльності ВНЗ у сучасних умовах є поєднання колегіальних та еди-

---

[1] *Розенфельд Н. А.* Коротка методика юридичного аналізу методики застосування законодавства. – К. : Юстініан, 2009. – 48 с.

[2] *Кіндрат П. В.* Ефективність законодавства: понятійно-термінологічний аспект // Правова інформатика. –2014. – 3(43). – С. 55-59; *Кіндрат П. В.* Комплексна система оцінки ефективності законодавства // Порівняльно-аналітичне право. – С. 252-255; *Кіндрат П. В.* Оцінка ефективності законодавства // Науковий вісник Херсонського державного університету: Серія Юридичні науки. – 2014. – Т.1. – Вип. 4. – С. 19-22.

[3] *Ющик О. І.* Теоретичні основи законодавчого процесу. – К.: Парламентське вид- во, 2004. – С. 10.

[4] *Матвеева Ю. І.* Зазн праця.

ноначальних засад управління. Трудо-правовий статус центрального суб'єкта управління ВНЗ, керівника вищого навчального закладу, зазнав суттєвих змін. Повністю змінилася процедура обрання керівника ВНЗ, на законодавчому рівні визначена Типова форма контракту з керівником державного вищого навчального закладу.

Водночас, новий Закон утворив значну кількість дискусійних питань щодо трудових правовідносинах між керівником ВНЗ та центральним органом виконавчої влади у сфері освіти і науки – Міністерством освіти і науки України (далі – Міністерство, МОН). Серед них такі як прийняття на роботу, звільнення з роботи, призначення виконуючого обов'язки ректора та інші.

Аналізуючи діючі правові норми, що регулюють трудові правовідносини керівника ВНЗ із МОН, можемо звернути увагу на особливість правової регламентації праці зазначеної категорії, це пояснюється специфікою їх праці. На трудо-правовий статус керівника ВНЗ особливо впливають правила єдності та диференціації правового регулювання трудових відносин.[1] Тобто єдине у своїй основі трудове право не може бути однаковим за конкретним змістом і характером норм для всього кола своєї дії, не може не враховувати об'єктивних обставин, зумовлених специфікою освітянської галузі. Так, одним із способів диференціації є включення спеціальних трудових норм до галузевих законів. Основними з яких є Закон України «Про освіту» та Закон України «Про вищу освіту».

Особливість регулювання трудових прав керівника ВНЗ полягає в тому, що він одночасно виступає органом ВНЗ, наділеним управлінськими повноваженнями, і найманим працівником установи (посадовою особою), якого наймає власник ВНЗ (уповноважений ним орган) і укладає з ним контракт. Так, в статті 34 Закону сказано, що «права, обов'язки та відповідальність керівника вищого навчального закладу» визначаються законодавством і статутом вищого навчального закладу»[2]. І це вже перше дискусійне положення, так як і досі Міністерством не затверджений типовий статут ВНЗ. З однієї сторони, можемо вести мову, про самостійність та індивідуальність ВНЗ під час розробки свого статуту, однак досить часто буває, що ВНЗ розроблюючи свій «основний документ» або «передирає» його у іншого вишу, або особливо не переймається, бо Міністерство і так все «виправить». А це в свою чергу приводить до того, що статут у ВНЗ стає документом, який просто є, але їм не користуються, тому віднайти там трудові права ректора іноді буває важко.

Абзац десятий пункту третього статті 42 Закону імперативно вказує, що з керівником ВНЗ укладається контракт строком на п'ять років. В даному ви-

---

[1] Правове регулювання трудових відносин наукових (науково-педагогічних) працівників: Монографія / Ю.В. Баранюк, С. В., Дріжчана, А. В., Скоробагатько та ін. ; відп. ред. Н. М. Хуторян. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2005. – 240 с.

[2] Про вищу освіту : Закон України від 01.07.2014 № 1556-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. - № 37-38. – Ст. 2716.

падку контракт покликаний конкретизувати коло обов'язків та прав сторін трудового договору, підвищення рівня відповідальності керівника ВНЗ і МОН. Особливість контракту полягає в тому, що він регулює як «виробничі», так і тісно пов'язані з ними соціальні відносини.

Перелік прав керівника ВНЗ можемо знайти у Типовій формі контракту, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 5 грудня 2014 року № 726 (далі – Типова форма контракту). Серед них виокремимо саме трудові: (1) приймати на роботу та звільняти з роботи працівників вищого навчального закладу, визначати їх функціональні обов'язки, застосовувати до них заходи заохочення та стягнення; (2) разом з виборними органами первинних профспілкових організацій працівників вищого навчального закладу і студентів подавати для затвердження вищому колегіальному органові громадського самоврядування вищого навчального закладу правила внутрішнього розпорядку та колективний договір і після затвердження підписувати їх.

Підкреслимо, що це трудові права керівника як органу управління ВНЗ, щодо його прав як особи, яку наймає Міністерство, то в Типовій формі контракту містяться такі: (1) оплата праці (пункт 9 регулює питання посадового окладу та преміювання); (2) право на щорічну грошову відпустку (пункт 10)[1];

Особливо цікавим є питання дотримання трудових прав керівника під час дострокового розірвання контракту з ним. Так, у пункті 17 Типової форми контракту визначено: «У разі дострокового припинення контракту з незалежних від керівника причин, в тому числі розірвання контракту керівником — з причин невиконання чи неналежного виконання засновником обов'язків, передбачених цим контрактом, або засновником — з підстав, не передбачених законодавством та цим контрактом, установлюються відповідно додаткові гарантії та (або) компенсації моральної та матеріальної шкоди, заподіяної керівникові: ...». Враховуючи те, що зараз Міністерство надає копії контрактів ректорів, відповідаючи на запити на отримання публічної інформації, то проаналізувавши ряд контрактів діючих ректорів, можемо зауважити, що пункт 17 Типової форми взагалі «мертве» положення і досить часто взагалі, не прописуються. Тобто поняття «додаткові гарантії та (або) компенсації моральної та матеріальної шкоди» ректорів є міфічним.

Акцентуємо увагу ще на одному не менш важливому пункті Типової форми контракту, який визначає важливе трудове право керівника. Так, пункт 18 вказує, що у разі дострокового розірвання контракту у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням сторонами обов'язків, передбачених цим контрактом, він розривається з попередженням за два тижні відповідної сторони.

Водночас, не виконання цієї вимоги Типової форми призводить до того,

---

[1] Деякі питання реалізації статті 42 Закону України «Про вищу освіту»: постанова Кабінету Міністрів України від 5 грудня 2014 року № 726 // Офіційний вісник України. – 2015. - №14. – С. 23.

що порушується процедура звільнення керівника ВНЗ і це є підставою для звернення до суду.

Таким чином, ми можемо зробити висновок, основними нормативними документами, які регулюють трудові права керівника ВНЗ є діючий Кодекс законів про працю України, Закон України «Про вищу освіту», постанова Кабінету Міністрів України від 5 грудня 2014 року «Деякі питання реалізації статті 42 Закону України «Про вищу освіту». Однак маємо констатувати, що існує так звана розпорошеність трудових прав керівника ВНЗ.

Наш погляд, має бути затверджена типова форма статуту ВНЗ, в якому відображені трудові права керівника ВНЗ, при цьому ці права обов'язково має містити і контракт ректора. Це дасть змогу уникати суперечок під час регулювання трудових правовідносин ректорів та помилок при процедурі їх звільнення.

Олег Халабуденко,
доктор права, доцент кафедры частного права
Международного свободного университета Молдовы (ULIM)
(Кишинев, Молдова)

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ НОРМЫ: ЭФФЕКТИВНОСТЬ, СТРУКТУРА, ФУНКЦИИ

Современные методологические исследования эффективности правовых норм апеллируют к политико-правовому подходу, сводимому по преимуществу к экономически эффективной оценке действия права. С точки зрения утилитаризма моральная, а следовательно и правовая ценность поведения определяется его полезностью[1]. Политико-правовой подход к правовой действительности в том случае, когда он основывается на юридическом прагматизме, трансформируется в получивший широкое распространение со второй половины XX столетия метод школы экономического анализа права (law and economics). Названная школа видит основание права в реализации экономической эффективности правовых регуляторов, принимая во внимание критерий полезности и оценивая их в контексте деятельности рационального экономического агента, стремящегося максимизировать уровень удовлетворения своих потребностей[2]. При таком подходе конструкции частного права рассматриваются как лучший

[1] О соотношении правовых, экономических и моральных составляющих в сфере социального регулирования см.: Халабуденко О.А. Право и экономика vs право и мораль: некоторые методологические замечания// Право и бизнес: конвергенция частного и публичного права в регулировании предпринимательской деятельности. М., 2015. – 857 с. С. 49-62.

[2] См.: Фридмен М. Методология позитивной экономической науки//THESIS. 1994. Т. 2. Вып. 4. – С. 20-52. С. 49.

выбор, как «эффективное решение, обеспечивающее наилучшее использование ресурсов общества»[1].

В самом деле, исследования действий экстрактивных и инклюзивных институтов в обществе[2] свидетельствуют, что именно правопорядки с развитыми инклюзивными институтами отличаются стабильностью, обеспечивая рост благосостояния и сокращение обнищания, тогда как экстрактивные институты в конечном итоге приводят к усугублению кризисов. Связано это с тем, что первые из названных институтов позволяют «элитарной» группе лиц присваивать блага исключительно или по преимуществу к собственной выгоде, а вторые – участие всех или большинства лиц в присвоении и защите благ жизни

В самом деле, лица могут распоряжаться благами, присвоенными способами, которые дозволены правом. Отсюда следует, что юридическая обязанность может быть возложена на лицо при условии, что оно обладает соответствующим субъективным правом, ибо тщетно ожидать удовлетворения требования от лица, не обладающего правом, которым оно может распорядиться. Общество не может быть признано состоятельным, если имущественно бесправны лица, его составляющие. Бесправие в имущественной сфере в конечном итоге приводит к феномену «богатых» стран с бедным населением[3].

Институты, а точнее – соответствующие юридические конструкции в сфере частного права приобретают характер субстанции (в значении *existentia*), когда участник правового общения выражает волю на их осуществление. С этого момента в них обнаруживается некий «центр»: возможность, заложенная на нормативном уровне, становится правовой действительностью.

Правовая возможность в приобретении, осуществлении, защите или прекращении субъективного права определяется нормой права, что позволяет сделать вывод о том, что сущность (*essentia*) права определяется нормой права. В основном своем значении норма права (правовая норма) это – общеобязательное правило поведения, установленное или санкционированное правопорядком, охраняемое от нарушений с помощью мер государственного принуждения, придающих последнему легитимный характер. По своему характеру норма относится к классу директивных (деонтических) высказываний. Нормы, возникающие в процессе правотворчества, формулируются в терминах, выражающих понятия, которые с точки зрения юристов, отражают общие представления о мере дозволенного поведения управомоченного лица.

При этом следует отметить, что юридические выражения не имеют непосредственной связи с аналогами в мире фактов, которая есть у большинства

---

[1] Одинцова, М.И. Экономика права: учеб. Пособие [Текст]/М.И. Одинцова; Гос. ун-т – Высшая школаэкономики. – М.: Изд. Дом ГУ ВШЭ, 2007. – 430 с. С. 19.

[2] См.: Дарон Аджемоглу, Джеймс А. Робинсон. Почему одни страны богатые, а другие бедные. Происхождение власти, процветания и нищеты. М., АСТ, 2015. 693 с.

[3] Халабуденко О.А. Имущественные права. Книга 1. Вещное право. Кишинев, 2011. – 305 с. С. 11.

обычных слов, а обычные слова не эквивалентны выражениям, употребляемым в юриспруденции. Факты, их анализ, не сообщает нам ничего о социальных ценностях. Из сущего невозможно познать ценное, истинное, должное. В противном случае можно прийти к абсурдным, но, увы, встречающимся среди исследователей утверждениям о тождественности понимания нормы в обществе («норма права») и в природе (например, «норма осадков»). В этой связи Г. Харт сделал вывод, что «наша неспособность определить ключевые термины с точки зрения обычных аналогов в мире фактов есть величайшая аномалия юридического языка»[1].

Нормативные высказывания устанавливает ценности, тогда как дескриптивные высказывания направлены на то, чтобы описывать факты. Когда мы утверждаем, что запрещено не исполнять обязательство, то нашей целью не является описание того, каковы факты, но создание определенной линии нашего поведения, согласно которой должник не должен, например, нарушать обязательство, и если он нарушит, то он будет привлечен к ответственности. Таким образом, нормативные высказывания указывают на то, как мы должны вести себя в конкретной фактической ситуации. Другими словами, из представленной нормы не выводимо, что мы будем себя вести именно таким образом, но она является эталоном или нашим решением о том, как мы должны действовать в данной ситуации. Практически все юридические конструкции представляют собой решения о линиях поведения[2]. Итак, регулятивное и охранительное действие нормы носит оценочный характер: «никаких объективных связей между фактами и их правовыми последствиями не существует и не может быть установлено...»[3]

Результат исследования нормы представляет собой суждение о ней. По своей природе норма права есть логическое суждение импликативного типа и состоит из двух элементов: основания и следствия. В том случае, когда правило поведения призвано установить права и обязанности, его основание именуется гипотезой и правовые последствия, выраженные в форме прав и обязанностей – диспозицией. Следует отметить, что факты, с которыми гипотезы правовой нормы связывают определенные правовые последствия, могут быть представлены не только праваилом поведения, но также юридическими состояниями (типизированные правовые свойства лиц), юридическими обстоятельствами (юридически значимые свойства объектов прав), фикциями и презумпциями как юридически обоснованными предположениями о фактических обстоятельствах. В этих случаях правовые последствия, явившиеся следствием

---

[1] Харт, Г.Л.А. Идея права/ Пер. с англ.; под общ. Ред. Е.В. Афанасьева и С.В. Моисеева. – Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2007. – 302 с. С. 230.

[2] Оглезнев, В.В. Г.Л.А. Харт и формирование аналитической философии права. Томск: Издательство Томского ун-та, 2012. – 216 с. С. 78.

[3] Белов, В.А. Гражданское право. Общая часть. Т. I. Введение в гражданское право: учебник/ В.А. Белов. – Москва: Издательство Юрайт, 2011. – 521 с. С. 244.

установления названных фактов, определенных в правовом предписании, реализуются в конкретных правовых ситуациях в результате актов управомоченного лица. Такие правовые предписания, так же как и правила поведения, состоят из двух частей: 1) части, указывающей на обстоятельства, которые вызывают правовое последствие, предусмотренное второй частью предписания; 2) части, указывающей на правовое последствие, которое вызывается обстоятельствами, предусмотренными первой частью предписания[1].

В современной специальной литературе, исходя из представления о том, что право не может существовать без аппарата принуждения, широкое распространение получила «трехзвенная» концепция правовой нормы. Согласно ее положениям правовая норма слагается не из двух, а из трех элементов (гипотезы, диспозиции и санкции) и строится по модели «если (гипотеза) – то (диспозиция), иначе (санкция)»[2]. Однако необходимо отметить, что гипотеза всякой правовой нормы представляет собой составную часть правовой нормы как единого целого и в этом смысле образует устойчивую логически-необходимую связь с правовыми последствиями, выраженными в виде диспозиции или санкции. Следовательно, «гипотеза и диспозиция, хотя они и берутся как сущие изолированно, не имеют никакого смысла друг без друга»[3]. Таким образом, характеристика нормы как структуры предполагает учет устойчивых логически-необходимых связей между ее элементами.

При этом формальная логика не знает суждения, построенного по модели «если – то – иначе», а трехэлементная модель представляет собой чисто механическое соединение двух импликаций. Что же представляет собой с точки зрения права «третий элемент» в рассматриваемой модели? «Иначе» следует передать как если «условия (все или некоторые), описанные в такой-то норме, не имеют места быть», то «наступают последствия такие-то». Это – новая диспозиция, обычно именуемая санкцией[4]. Дальнейший ход рассуждений зависит от того, что понимается под санкцией. Ответ на поставленный вопрос зависит от оценки факта, закрепленного в гипотезе соответствующей нормы. Мы присоединяемся к точке зрения Е.А. Крашенинникова, который отмечал, что «санкция указывает не на меры принуждения, а на меры возможного и должного поведения, способные быть реализованными в принудительном порядке»[5].

При этом гипотеза и санкция соответствующей нормы находятся в такой же логически необходимой связи, как и отмеченная выше оппозиция – гипотеза и диспозиция. В самом деле, предусмотренные санкцией права и обязанности

---

[1] Крашенинников Е.А. Гражданско-правовые нормы//Вестник Высшего Арбитражного Суда. – 2011. – № 2. – С. 6-13. С. 9.

[2] Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики/ Под общ. ред. В.А. Белова. – Москва: Юрайт-Издат, 2007. – 993 с. С. 101.

[3] Крашенинников Е.А. Op. cit. С. 8.

[4] Гражданское право. Op. cit. С. 102-103.

[5] Крашенинников Е.А. Op. cit. С. 11.

возникают при наличии определенных условий. Эти условия, так же как и условия, вызывающие возникновение прав и обязанностей, предусмотренных диспозицией, фиксируются в соответствующей гипотезе. Последняя есть то, что она есть лишь по отношению к санкции, и *vice versa*. Стало быть, санкция, так же как и диспозиция, содержит в себе самой соотношение со своей гипотезой. Отсюда следует, что диспозиция и санкция не могут фигурировать в качестве основных частей одной нормы права[1]. Если в одной нормативной конструкции и присутствуют три элемента, то речь все-таки идет не об одной норме, но о двух логически связанных друг с другом правилах поведения. Санкция выступает составной частью гражданско-правовых норм, установленных на случай конфликтных ситуаций.

Допустимо предположение, что полная нормативная конструкция объединяет две нормы, каждая из которых состоит из двух элементов. Первая из них имеет регулятивный эффект и реализуется в соответствующей юридической форме регулятивного правоотношения, вторая – носит охранительный характер и ее действие направлено на защиту прав (иных прерогатив). При этом можно согласиться с мнением В.Н. Протасова о том, что «модельные конструкции правовой нормы не следует противопоставлять друг другу и считать правильной какую-то одну из них. Возможны разные подходы к строению юридической нормы, и более плодотворно рассматривать их как «набор» моделей <...>, каждый из которых призван решать свои, только ему присущие задачи»[2].

Выявление эвристического соответствия между сферой правовой действительности как целым и отдельными ее составляющими приводит к выводу о допустимости деления нормативных предписаний на частные и публичные. Нормы частного права направлены на определение границы свободы лица в отношении легитимного присвоенного блага. Ценность такого блага не исчерпывается способностью удовлетворять те или иные потребности посредством объекта присвоения, а основывается на признании и защите правопорядком правовой ситуации, возникающей в связи с его присвоением. Другими словами, ценность блага с точки зрения права задается легитимной формой его присвоения и защиты, определяемой соответствующей юридической конструкцией, а не способностью удовлетворять те или иные потребности лица (последнее связано с экономической оценкой блага).

---

[1] Ibid.

[2] Протасов В.Н. Строение нормы права в свете теории охранительных правоотношений//Сборник научных статей в честь 60-летия Е.А. Крашенинникова, Ярославль, ЯрГУ, 2011. – 232 с. С. 7.

Роксолана Ханик-Посполітак,
к.ю.н, доцент, завідувач кафедри галузевих правових наук
Національного університету «Києво-Могилянська Академія»,

ПУНКТ 5 Ч. 1 СТ. 96 ЦПКУ (ЗАЯВЛЕНО ВИМОГУ ПРО ПОВЕРНЕННЯ ВАРТОСТІ ТОВАРУ НЕНАЛЕЖНОЇ ЯКОСТІ): «МЕРТВА» НОРМА ЧИ РЕАЛЬНИЙ МЕХАНІЗМ?

Метою запровадження у цивільному процесі наказного провадження було спрощення, скорочення та здешевлення судової процедури у тих випадках, коли це можливо та виправдано, що відповідає принципу процесуальної економії.

Серед підстав, за якими може бути видано судовий наказ, п. 5 ч.1 ст. 96 Цивільного процесуального кодексу України (далі – «ЦПКУ») називає «заявлено вимогу про повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало законної сили, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола споживачів». Дане положення залишається без змін у проекті ЦПКУ, що розроблено радою з питань судової реформи[1]. Слід зазначити, що даної підстави не було у ЦПКУ 2014 року. Лише з внесенням змін та доповнень у ЦПКУ в 2010 році було введено дане положення. Дана норма є прикладом захисту судом суспільного інтересу[2].

Якщо подивитися досвід наших сусідів (Білорусії, Німеччини, Польщі, Російської Федерації), то такої підстави видачі судового наказу ми не знайдемо.

Судова практика показує, що на даний момент жодного судового наказу в Україні по вказаній підставі (п. 5 ч.1 ст. 96 ЦПКУ) видано не було. Чому така ситуація існує на даний момент?

П. 5 ч. 1 ст. 96 ЦПКУ називає одну обов'язковою передумовою видачі судового наказу. Однак дану передумову можна розбити на декілька складових елементів, зокрема має бути:

а) позитивне судове рішення;

б) яке набрало законної сили;

в) що ухвалене на користь невизначеного кола споживачів;

г) в якому встановлено факт продажу товару неналежної якості.

Отже, основна складність застосування п. 5 ч. 1 ст. 96 ЦПКУ полягає в тому, щоб було ухвалене рішення на користь невизначеного кола споживачів. В даному випадку йде мова про так звані «колективні (групові)» позови. Реалізація яких на даний момент є складною, а відповідно й не виникає передумов для звернення із заявою про видачу судового наказу. Тому й можна говорити про не

[1] http://jrc.org.ua/upload/steps/4bdb30572972eec7a7c7d9f9f263b61d.pdf

[2] Цивільний процесуальний кодекс: науково-практичний аналіз. – К.: ВД «Дакор», 2013. – С. 193

можливість застосування даного положення на практиці, оскільки українське процесуальне законодавство ще не передбачає існування колективних (групових) позовів. Такої ж думки дотримуються й інші науковці.[1]

На даний час, відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 25 Закону України «Про захист прав споживачів» можливим є подання лише позовів про визнання дій продавця, виробника (підприємства, що виконує їх функції), виконавця протиправними щодо невизначеного кола споживачів. Так, Голосіївський районний суд м. Києва 06 червня 2016 року у справі № 752/5983/15-ц задовольнив повністю позов ГО «Громадський контроль захисту прав споживачів» до Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий дім «Центр харчових технологій» про визнання дій виробника протиправними щодо невизначеного кола споживачів і припинення цих дій.[2] На нашу думку, ці позови уже можна назвати колективними. Однак і вони не набули широкого застосування[3].

Що ж стосується факту продажу товару неналежної якості щодо невизначеного кола споживачів, то ні в Законі України «Про захист прав споживачів», ні в процесуальному законодавстві не передбачено процедури розгляду такої категорії справ. Тому і юристи-практики також говорять про не можливість застосування п. 5 ч. 1 ст. 96 ЦПКУ[4]. На жаль, дієвого механізму вирішення даної категорії справ не передбачено і в проекті ЦПКУ, що розроблений Радою з питань судової реформи.

Таким чином можна констатувати, що на даний час положення п 5 ч. 1 ст. 96 ЦПКУ хоча і є позитивним, однак не застосовується, оскільки відсутні як нормативні, так і організаційні передумови для цього. Для їх застосування необхідним є внесенням змін до низки інших норм ЦПКУ, зокрема позовного провадження щодо запровадження дієвого механізму подання позовів в інтересах невизначеного кола споживачів. Лише в цьому випадку можна буде констатувати ефективність даної норми ЦПКУ.

---

[1] Курс цивільного процесу: підручник /за заг. ред. В.В. Комаров. – Х.: Право, 2011. – С. 664-665.

[2] http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58195404

[3] ВСУ. Узагальнення судової практики від 01.02.2013. «Судова практика з розгляду цивільних справ про захист прав споживачів (2009 - 2012 рр.)» - - [Електронний ресурс] - Режим доступу - http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0006700-13?nreg=n0006700-13&find=1&text=%ED%E5%E2%E8%E7%ED%E0%F7%E5%ED%EE%E3%EE- назва з екрану

[4] Див. там же

Наталія Хуторян,
доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України,
Заслужений діяч науки і техніки України,
завідувач відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ПРИНЦИПИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ТА ЇХ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ЕФЕКТИВНОСТІ НОРМ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Ефективність норм трудового законодавства є однією із ключових теоретичних та практичних проблем сучасності. Правове регулювання праці є надважливою сферою суспільного життя, оскільки стосується кожного. Низка досліджень підтверджує, що якість та ефективність трудового законодавства значно сприяє зростанню економіки країни. Правозастосування, у цьому контексті, є надзвичайно важливим, а принципи правозастосування спряють швидкому виявленню та усуненню проблем, що виникають на практиці.

Здійснення правозастосування повинно базуватися на основних принципах, без дотримання яких воно є неможливим. Основними принципами правозастосування є такі: законність, обґрунтованість, справедливість, доцільність, об'єктивна істина.

Принцип законності полягає в тому, що орган, який застосовує норми права щодо особи, як в позитивному (застосування заохочення), так і в негативному (застосування дисциплінарного стягнення) значенні, зобов'язаний діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Скажімо при накладенні дисциплінарного стягнення роботодавець повинен перевірити, чи відповідає норма права виду дисциплінарного проступка, за вчинення якого вона застосовується, чи не пропущені строки притягнення до дисциплінарної відповідальності, чи взято пояснення від працівника.

При прийнятті на роботу роботодавець при застосуванні норми права (укладенні трудового договору) теж повинен дотримуватися певних вимог: як то: не відмовляти в прийнятті на роботу особам, яким законодавство гарантує надання роботи, не відмовляти за дискримінаційною ознакою, укласти письмовий трудовий договір у випадках, коли така форма є обов'язковою та ін.

Принцип обґрунтованості в правозастосовній діяльності означає повне виявлення, ретельне, скрупульозне вивчення і використання всіх матеріалів справи, прийняття рішення тільки на підставі достовірних, перевірених фактів. Цей принцип лежить в основі всіх інших принципів. Його порушення при прийнятті правозастосовного акта є вагомою підставою для відміни цього акта.

Принцип справедливості дотримується тоді, коли вивчені причини правопорушення, чи будь-якого вчинку особи, врахована попередня поведінка особи, коли покарання співмірне правопорушенню. Цей принцип чітко простежується у змісті ч.2 та ч.3 ст. 149 КЗпП України, згідно з якими "за кожне порушення

трудової дисципліни може бути застосовано лише одне дисциплінарне стягнення" (співмірність), "при обранні виду стягнення власник або уповноважений ним орган повинен врахувати ступінь тяжкості вчиненого проступку і заподіяну ним шкоду, обставини, за яких вчинено проступок, і попередню роботу працівника".

Дотримуючись цього принципу і враховуючи всі обставини роботодавець може навіть не застосовувати покарання (дисциплінарне стягнення), оскільки це право, а не обов'язок роботодавця, про що йдеться у ч.1 ст.147 КЗпП України: "За порушення трудової дисципліни до працівника може бути застосовано тільки один із заходів стягнення... ", "може бути", а не "повинно" вказує якраз на те, що застосування дисциплінарного стягнення це право, а не обов'язок роботодавця.

Принцип соціальної справедливості, наголошує М.М. Марченко, означає діяльність правозастосовчого органу чи посадової особи не в інтересах якихось громадян чи груп, а в інтересах всього суспільства.[1] Можливо при винесенні судового рішення чи вироку і доцільно говорити про принцип соціальної справедливості, оскільки винний у скоєнні злочину несе покарання і відбувається його перевиховання та таким чином убезпечуються всі інші члени суспільства від посягання на їх життя, здоров'я, майно. Але в іншому принцип соціальної справедливості повинен знаходити своє втілення, в першу чергу, не в правозастосовній діяльності, а в правотворчій діяльності, щоб закони та інші нормативно-правові акти були справедливими та відповідали інтересам всього суспільства. Що ж до правозастосовної діяльності, то доцільніше говорити про принцип справедливості або про поєднання його з принципом соціальної справедливості. Особливо дотримання цього принципу важливо при застосуванні мір відповідальності, що проявляється у справедливості покарання, а саме його співрозмірності з тяжкістю і суспільною шкідливістю дисциплінарного проступка, з розміром заподіяної матеріальної шкоди та врахуванням всіх як пом'якшуючих, так і обтяжуючих обставин справи.

Ще одним принципом застосування є *принцип доцільності*, який передбачає необхідність відповісти на питання, а чи треба в даному випадку застосовувати право, особливо якщо йдеться про застосування санкцій, чи соціально і індивідуально корисне застосування норм в тому чи іншому випадку, враховуючи індивідуальну характеристику особи, щодо якої застосовується право, обставини справи.[2]

Принцип доцільності в правозастосовній діяльності, особливо в судовій практиці та правозастосовній практиці посадових осіб роботодавця означає врахування конкретних обставин застосування того чи іншого нормативного акта. Взяття до уваги специфіки ситуації, що склалася в момент прийняття рі-

[1] Общая теория государства и права. Академический курс. В 2-х томах. Под ред. Проф. М.Н.Марченко. Том 2. Теория права. – М.: Изд-во "Зерцало", 1998. – С. 319.

[2] Алексеев С.С. Названа праця. – С. 240.

шення, вибір найбільш оптимального варіанту реалізації правових вимог за тих чи інших конкретних обставин. Так, для прикладу, при вчиненні незначного дисциплінарного проступку керівник, враховуючи особу винного працівника, може обмежитись попередженням, не застосовуючи мір дисциплінарної відповідальності, передбачених ст. 139 КЗпП України.

Принцип об'єктивної істини – це виражена в праві вимога, згідно якої рішення правозастосовного органу повинно повно і точно відповідати об'єктивній дійсності. Безпосереднім вираженням цього принципу є обов'язок правозастосовних органів прийняти всі необхідні і доступні міри для всебічного повного і об'єктивного встановлення всіх обставин справи, прав і обов'язків суб'єктів.[1]

Особливістю правозастосування принципів в трудовому праві є те, що основним суб'єктом дотримання вказаних принципів при правозастосуванні є роботодавець. Крім того, суворе дотримання цих принципів, зокрема головного принципу - законності, забезпечується нормами відповідальності за порушення цих принципів (ст.265 КЗпП України). В цьому і полягає також віддмінність принципів правозастосування від принципів правотворчості, за недотримання яких юридичної відповідальності для законодавчих органів не передбачено.

Виходячи з викладеного, основними принципами правозастосування норм трудового права та права соціального забезпечення є: законність, обґрунтованість, доцільність, об'єктивна істина, справедливість. Без дотримання цих принципів неможливе правильне застосування норм трудового законодавства загальними та спеціальними органами чи посадовими особами.

Анастасія Чайковська,
аспірант відділу проблем цивільного,
трудового і підприємницького права
Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ЕФЕКТИВНІСТЬ ПОРЯДКУ ВИКЛЮЧЕННЯ УЧАСНИКА ЗІ СКЛАДУ ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ ДЛЯ ВИРІШЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ КОНФЛІКТІВ

Законодавством передбачена можливість виключення учасника зі складу товариства. Так, у статті 100 Цивільного кодексу України вказується, що учасник товариства у випадках та в порядку, встановлених законом, може бути виключений з товариства.

Законом України «Про господарські товариства» у статті 64 деталізується порядок виключення для учасника товариства з обмеженою відповідальністю. Вказаною статтею передбачено, що учасника товариства з обмеженою відповідальністю, який систематично не виконує або неналежним чином виконує обов'язки, або перешкоджає своїми діями досягненню цілей товариства, може

[1] Алексеев С.С. Названа праця. – С. 529.

бути виключено з товариства на основі рішення, за яке проголосували учасники, що володіють у сукупності більш як 50 відсотками загальної кількості голосів учасників товариства.

З метою здійснення належного захисту судами прав і законних інтересів Верховний Суд України прийняв Постанову від 24.10.2008 року № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів». У зазначеній постанові Суд роз'яснив, що виключення учасника з товариства з обмеженою відповідальністю чи товариства з додатковою відповідальністю відповідно до статті 59 Закону України «Про господарські товариства» належить до компетенції зборів товариства з обмеженою відповідальністю чи товариства з додатковою відповідальністю, а не суду (пункт 29).

У Постанові Вищого господарського суду України від 25.02.2016 № 4 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин» зазначається, що під час вирішення спорів, пов'язаних з виключенням учасників з господарських товариств, господарським судам слід враховувати, що прийняття рішення про виключення учасника з господарського товариства законом віднесено до компетенції загальних зборів учасників цих товариств, а не суду. Виключення учасника з товариства судом є втручанням у господарську діяльність товариства, а тому суд не має права брати на себе функції органів управління товариством; суд перевіряє обґрунтованість та законність прийняття рішення про виключення учасника у разі подання ним позову про визнання такого рішення недійсним (пункт 4.24).

Таким чином, було обмежено право на звернення до суду для вирішення питання про виключення учасника зі складу товариства. Відповідно до роз'яснень суди можуть розглядати питання про виключання учасника зі складу товариства лише у випадку оскарження учасником рішення загальних зборів.

Вважаємо, що така позиція судів не узгоджується із положеннями законодавства, зокрема Конституції України, та не відповідає меті прийняття роз'яснень, а саме захисту прав та інтересів усіх учасників.

Товариство з обмеженою відповідальністю «Ліхтнер Бетон Львів» звертало до Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення положень частини четвертої статті 58, частини першої статті 64 Закону України «Про господарські товариства». Однак, Конституційний Суд України відмовив у відкритті конституційного провадження у справі за таким конституційним зверненням (Рішення від 5 лютого 2013 року, справа № 1-3/2013 року).

Натомість, існує окрема думка судді Конституційного Суду України Лилака Д. Д., який зазначає, що віднесення цього питання до компетенції загальних зборів учасників товариства не є перешкодою для його розгляду судом і здійснення у таких справах правосуддя. Суддя зазначає, що на правові відносини щодо виключення учасника з товариства поширюється юрисдикція судів, а тому недобросовісний учасник може бути виключений з товариства безпосередньо в судовому порядку.

Досліджуючи доцільність розгляду судом питання про виключення учасника зі складу товариства, перш за все необхідно звернути увагу на те, що у низці рішень Європейського суду з прав людини, юрисдикцію якого в усіх питаннях, які стосуються тлумачення і застосування Конвенції, визнано Україною, закріплено, що право на справедливий судовий розгляд може бути обмежене державою, якщо це обмеження не завдає шкоди самій суті права.

Однак, вважаємо, що обмеження права на судовий розгляд питання про виключення учасника зі складу товариства завдає шкоди правам та інтересам, що полягає у наступному.

Вирішення питання виключно загальними зборами товариства направлено переважно на захист інтересів самого товариства. Оцінка підстав виключення учасника буде проводитись на розсуд юридичної особи. Учасник може бути позбавлений можливості ефективно спростовувати докази товариства та доводити свою позицію, перш за все, через відсутність незалежної об'єктивної сторони.

Крім того, необхідно зауважити, що з моменту виключення учасника товариства рішенням загальних зборів і до моменту перегляду судом правомірності такого рішення, учасник буде позбавлений можливості реалізовувати свої корпоративні права та впливати на господарську діяльність товариства. У той час як товариство може здійснити певні господарські операції та прийняти суттєві рішення щодо подальшої долі товариства.

Вищий господарський суд України обґрунтовує свою позицію тим, що нібито виключення учасника з товариства судом є втручанням у господарську діяльність товариства, а тому суд не має права брати на себе функції органів управління товариством. Вважаємо, що у випадку розгляду справи про виключення учасника, суд буде поставати незалежною об'єктивною стороною.

Втручання у господарську діяльність унеможливлюється тим, що ініціювання розгляду такого питання буде належати самому товариству. Суд вже на етапі вирішення питання про виключення учасника зможе перевірити обґрунтованість та законність підстав для виключення учасника, не допускаючи порушення прав такої особи.

Вбачається, що однією з підстав для висновку Верховного Суду України про виключність повноважень загальних зборів і неможливість розгляду питання у судову порядку, була потреба зменшення навантаження на судову систему. Однак, навпаки, таке обмеження породило велику кількість спорів про оскарження рішень загальних зборів.

Одночасно, з вирішенням питання про виключення учасника зі складу товариства, суд може розглядати і питання про розмір частки, яка має бути виплачена учаснику у разі задоволення позову про виключення учасника. У зв'язку з чим, можливо досягнути як ефективного захисту прав учасників, так і зменшення навантаження на судову систему.

Таким чином, вважаємо, що передбачений порядок виключення учасника зі складу товариства виключно загальними зборами є неефективним для вирі-

шення корпоративних конфліктів, у зв'язку з тим, що не направлений на захист прав та інтересів усіх учасників товариства. Вважаємо за доцільне віднесення питання про виключення учасника зі складу товариства до компетенції суду.

Аліна Чанишева,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДОПОМІЖНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЩОДО ЗАСТАВИ

Допоміжні зобов'язання щодо застави не можуть бути визнані основними, бо у них немає будь-якої іншої мети, крім сприяння нормальному розвитку речових заставних правовідносин, які в свою чергу є засобом забезпечення основного зобов'язання (того, задля якого встановлена застава). Проте заставні зобов'язання не є ні забезпечувальними, ні додатковими. Вони не є забезпечувальними, оскільки вони не можуть стимулювати боржника до належного виконання будь-якого зобов'язання. А додатковими вони не є тому, що виникають уже в момент укладення договору застави, хоч деякі права і обов'язки, що складають зміст допоміжних заставних зобов'язань, набувають характеру відповідно права вимоги і боргу пізніше, в строки, встановлені договором застави або з настанням юридичних фактів, передбачених цивільним законодавством чи договором.

Допоміжний характер застави чітко помітний. Предмет застави – це майно, що належить заставодавцю на праві власності (господарського відання), чи належні заставодавцю права. Передання в заставу майна чи майнових прав, природно, породжує певні відносини між заставодавцем і заставодержателем. Ці відносини є суто допоміжними, бо їх єдине призначення полягає у сприянні нормальному функціонуванню абсолютних заставних правовідносин.

Допоміжними є зобов'язання між заставодавцем і заставодержателем щодо обмеження речового права заставодавця на предмет застави, який залишився у володінні заставодавця. Так, згідно з ч. 1 ст.586 ЦК України договором може бути обмежена правоможність заставодавця користуватися предметом застави, у тому числі здобувати з нього плоди і доходи. Правоможність заставодавця розпоряджатися предметом застави обмежується безпосередньо законом: його відчуження, передання в користування або розпорядження в інший спосіб заставодавець може здійснювати лише за згодою заставодержателя (ч. 2 ст. 586 ЦК України). Подібні правила встановлені також ст.17 Закону України «Про заставу» і ст. 9 Закону України «Про іпотеку». Обов'язки заставодавця дотримуватись обмежень, що встановлені названими законодавчими положеннями та договором застави, складають зміст допоміжного зобов'язання між заставодавцем та заставодержателем. Цей зміст є негативним, що відповідає формулюванню ч. 1 ст. 509 ЦК України, згідно з яким боржник у зобов'язанні

може нести обов'язок утриматися від дій. Зазначеному обов'язку заставодавця у зобов'язанні, яке тут розглядається, кореспондує суб'єктивне право заставодержателя, яке може набувати форми вимоги.

Інтерес представляє співвідношення цього зобов'язання з речовим правовідношенням щодо предмету застави. У цьому правовідношенні заставодавець уже не виступає як суб'єкт, що здійснює абсолютне панування над річчю, бо його абсолютне право стало обмеженим. Така взаємодія відносних і абсолютних правовідносин є звичайним явищем у правовій системі України. Специфіка цієї взаємодії у випадку, що розглядається, полягає в тому, що через зобов'язання не надається особі речове право, а обмежується.

Окреме допоміжне зобов'язання встановлюється з приводу збереження предмета застави. Права та обов'язки, що входять до змісту цього зобов'язання, можуть встановлюватись договором. Законом такі права та обов'язки встановлюються тільки стосовно іпотеки. Стаття 10 Закону України «Про іпотеку» встановлює обов'язки іпотекодавця вживати за власний кошт усіх необхідних заходів для належного збереження предмету іпотеки, включаючи своєчасне проведення поточного ремонту, відновлення незначних пошкоджень, раціональну експлуатацію та захист предмета іпотеки від незаконних посягань та вимог інших осіб.

У разі укладення договору іпотеки виникає допоміжне організаційне зобов'язання, в межах якого іпотекодержатель має право перевіряти документально і в натурі наявність, стан, умови збереження і користування предметом іпотеки. Це право іпотекодержатель може реалізувати за умови попереднього письмового попередження іпотекодавця. При цьому іпотекодержатель повинен не перешкоджати користуванню предметом іпотеки з боку іпотекодавця чи інших осіб. У зобов'язанні, про яке йдеться, іпотекодавець несе обов'язок не перешкоджати іпотекодержателю здійснювати відповідні перевірки. Такі допоміжні зобов'язання можуть виникати і при інших формах застави (крім іпотеки), якщо відповідні умови передбачені договором застави.

У межах допоміжного інформаційного зобов'язання, що виникає на підставі ч. 2 ст.10 Закону України «Про іпотеку», іпотекодавець несе обов'язок своєчасно повідомляти іпотекодержателя про будь-яку загрозу знищення, пошкодження, псування або іншого погіршення стану предмета іпотеки.

Страхування предмету іпотеки є обов'язковим згідно з п. 35 ч. 1 ст.7 Закону України «Про страхування» і ст. 8 Закону України «Про іпотеку». В інших випадках страхування предмета застави може здійснюватись на підставі договору застави. У таких випадках на підставі закону або договору між заставодавцем і заставодержателем виникає організаційне зобов'язання, в якому заставодавець несе обов'язок застрахувати предмет застави. Труднощі в забезпеченні виконання цього зобов'язання спонукають заставодержателів вимагати від заставодавців виконання зобов'язання щодо страхування ще до виникнення забезпечуваного заставою зобов'язання.

Правовою підставою допоміжних зобов'язань щодо застави служить низка положень про заставу, сформульованих у розділі І «Загальні положення» Закону України «Про заставу». Згідно зі ст. 8 Закону України «Про заставу» випадкове знищення або випадкове пошкодження предмета застави породжує зобов'язання, до змісту якого входить право заставодержателя вимагати від заставодавця надати рівноцінний предмет або, якщо це можливо, відновити знищений або пошкоджений предмет застави. Це правило не узгоджується з ч. 2 ст. 587 ЦК України, згідно з якою зобов'язання щодо заміни або відновлення предмету застави виникає у разі його втрати, псування, пошкодження або знищення з вини заставодавця, який володів предметом застави. Із цього законодавчого положення випливає, що в інших випадках, зокрема, вказаних у ст. 8 Закону України «Про заставу», таке зобов'язання не виникає. Очевидно, ця суперечність між ст. 8 Закону України «Про заставу» і ч. 2 ст. 587 ЦК України повинна бути усунута шляхом доповнення ч. 2 ст. 587 ЦК України зазначенням на те, що на боці заставодавця відповідний обов'язок виникає також при випадковому знищенні або випадковому пошкодженні предмету застави.

У випадку, коли сторони договору домовились про заставу у формі закладу, виникає заставне зобов'язання, відповідно до якого заставодавець зобов'язується передати предмет застави у володіння заставодержателю. Предметом закладу можуть бути і цінні папери, хоч розміщення правила про можливість застави цінних паперів шляхом їх передання заставодержателю або у депозит нотаріальній конторі, приватного нотаріусу чи банку у ст. 5 Закону України «Про заставу» і відсутність посилання на це правило у розділі IV «Заклад» названого Закону ставлять під сумнів віднесення таких випадків до закладу. Тому положення ч. 3 ст.5 Закону України «Про заставу» доцільно було б перенести до розділу IV «Заклад» цього Закону.

Застава у разі закладу виключається тільки тоді, коли вона не можлива за визначенням. Якщо у заставу передаються товари в обороті та переробці, то цей вид застави за своєю сутністю виключає передання предмета застави у володіння заставодавця. Такого поняття як володіння майновим правом (саме майновим правом, а не цінним папером, що таке право засвідчує) цивільне право і наука цивільного права не знають. Відповідні сторони не позбавлені права укласти договір про уступку права вимоги боржником на користь кредитора з наступною зворотною уступкою (після виконання зобов'язання, що забезпечувалось уступкою). Але це вже не буде охоплюватись правовою конструкцією застави, а, отже, – і закладу.

Галія Чанишева,
д.ю.н., професор, декан соціально-правового факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРИНЦИП СОЦІАЛЬНОГО ДІАЛОГУ У СИСТЕМІ ПРИНЦИПІВ ТРУДОВОГО ПРАВА

У науці трудового права соціальний діалог визнається одним з основних принципів правового регулювання трудових відносин. Такого висновку доходять як вчені, котрі визначають поняття соціального діалогу у сфері праці[1], так і науковці, які досліджують систему принципів трудового права[2].

Слід відзначити важливість існуючого в сучасній науці трудового права системного підходу до дослідження принципів правового регулювання трудових відносин. Так, І. П. Жигалкін підкреслює, що системність трудоправових принципів вимагає:

а) їх узгодженості між собою,

б) єдиного підходу до їх розуміння й застосування,

в) урахування характеру і змісту різнорідних принципів,

г) з одного боку, диференційованого, а з другого − інтегрованого підходу до правового регулювання відносин у сфері праці,

д) відповідності принципів трудового права справжнім інтересам суспільства й держави. Кожен із принципів може бути витлумачений і застосований тільки з урахуванням сутності інших пов'язаних з ним принципів [3].

У науці трудового права відсутній єдиний підхід до визначення місця принципу соціального діалогу у системі принципів трудового права. Це пояснюється наявністю різних класифікацій принципів правового регулювання трудових відносин.

Так, здійснюючи класифікацію принципів трудового права, І. П. Жигалкін виокремлює фундаментальні, загальні та спеціальні принципи[4]. Фундаментальними є ті, що лежать в основі всього трудового права як загальнообов'язкового соціального регулятора трудових і пов'язаних з ними відносин і служать втілен-

---

[1] Чанишева Г.І. Колективні відносини у сфері праці: теоретико-правовий аспект: Монографія. – Одеса: Юридична література, 2001. – С.98; Сорочишин М.В. Правові аспекти соціального діалогу у сфері праці: Монографія. – Одеса: Юридична література, 2014. – С.91.

[2] Паньков Д.А. Принципи правового регулювання трудових відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. – Одеса, 2007. – С.11; Жигалкін І.П. Система принципів трудового права в умовах формування нової правової доктрини України: автореф. дис. ...докт. юрид. наук: 12.00.05. – К., 2016. – С.7.

[3] Жигалкін, І. П. Система принципів трудового права в умовах формування нової правової доктрини України [Текст] : дис. ... д–ра юрид. наук : 12.00.05 / Східноукраїнський національний університет імені Володимира Даля. — Сєвєродонецьк, 2016. — С.166.

[4] Жигалкін, І. П. Система принципів трудового права в умовах формування нової правової доктрини України [Текст] : дис. ... д–ра юрид. наук : 12.00.05 / Східноукраїнський національний університет імені Володимира Даля. — Сєвєродонецьк, 2016. — С.165-166.

ням найважливіших цінностей, притаманних цій галузі права. До них належать гуманізм, соціальна справедливість і рівність. Загальні і спеціальні принципи, як похідні від фундаментальних, забезпечують їх реалізацію. Загальні відбивають специфіку трудового права як самостійної галузі права, її місце і призначення в національній системі права, визначають спрямованість її норм. Спеціальними принципами є відправні ідеї, що розвивають суть норм одного чи декількох інститутів (підінститутів) трудового права.

І.П. Жигалкін виокремлює як один із фундаментальних принципів трудового права принцип рівності та розглядає його як базовий для низки принципів правового регулювання відносин у сфері праці, до яких відноситься і принцип соціального діалогу у сфері праці.

У науці трудового права існує й інша класифікація принципів правового регулювання трудових відносин, відповідно до якої зазначені принципи поділяються на чотири основні групи:

1) такі, що виражають політику держави в галузі правового регулювання ринку праці та ефективної зайнятості;

2) такі, що містять керівні засади в галузі встановлення умов праці;

3) такі, що визначають правове регулювання застосування праці найманих працівників;

4) такі, що відображають головні напрямки правової політики в галузі охорони здоров'я та захисту трудових прав працівників[1].

Згідно з цією класифікацією принцип соціального партнерства включається до групи принципів, які визначають установлення умов праці працівників. При цьому акцент робиться на праві на участь працівників, роботодавців, їх об'єднань у договірному регулюванні трудових відносин та інших безпосередньо пов'язаних з ними відносин.

Н.Б. Болотіна вважає, що принцип соціального партнерства є характерним для колективного трудового права. Даний принцип є комплексним за характером і складом і включає такі принципи-права: право працівників і роботодавців на об'єднання для захисту своїх прав та інтересів; свобода об'єднання; рівність прав і можливостей[2].

На нашу думку, зазначені вище підходи до визначення місця принципу соціального діалогу у системі принципів трудового права відрізняються звуженим розумінням сутності даного принципу. Не можна погодитися з Н.Б. Болотіною в тому, що принцип соціального партнерства є характерним тільки для колективного трудового права. Цей принцип застосовується і для регулювання індивідуальних трудових відносин, що останнім часом усе більше проявляється

---

[1] Трудовое право: учеб. / Н.А. Бриллиантова и др.; под ред. О.В. Смирнова, И.О. Снигиревой. – 3-те изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С.26.

[2] Болотіна Н.Б. Трудове право України: Підручник. – 5-те вид., перероб. і доп. – К.: Знання, 2008. – С. 107.

у нормах таких інститутів індивідуального трудового права, як робочий час, час відпочинку, оплата праці, охорона здоров'я працівників на виробництві.

Якщо слідувати існуючому в науці трудового права підходу до визначення системи принципів трудового права як сукупності принципів правового регулювання індивідуальних трудових відносин (принципи індивідуального трудового права), принципів правового регулювання колективних трудових відносин (принципи колективного трудового права) і принципів, властивих трудовому праву в цілому, то у зазначеній системі принцип соціального діалогу у сфері праці належить до останньої групи принципів, тобто таких, що є керівними ідеями, основоположними засадами правового регулювання індивідуальних і колективних трудових відносин, які виокремлюються у предметі трудового права.

Принцип соціального діалогу не слід зводити тільки до участі працівників, роботодавців та їх представників у встановленні взаємоприйнятних умов праці. Даний принцип передбачає необхідність конструктивного співробітництва сторін соціального діалогу на різних рівнях (національному, галузевому, територіальному, локальному) для узгодження своїх об'єктивно протилежних інтересів, пошуку компромісу, досягнення соціально значимих і корисних результатів.

Зазначений принцип покладено в основу правового регулювання створення та діяльності органів соціального діалогу у сфері праці (Національної тристоронньої соціально-економічної ради, галузевих (міжгалузевих) тристоронніх або двосторонніх соціально-економічних рад, територіальних тристоронніх соціально-економічнх рад), різних форм взаємодії та співробітництва сторін соціального діалогу: обміну інформацією; консультацій; узгоджувальних процедур; колективних переговорів з укладення колективних договорів і угод; реалізації представниками працівників прав у сфері інформування і консультування, а також інших прав, пов'язаних з участю в прийнятті роботодавцем рішень; участі працівників та їх представників в управлінні організацією; примирних процедур вирішення трудових спорів; здійсненні сумісного контролю за виконанням зобов'язань за колективними угодами та колективними договорами; участі працівників у розподілі прибутку організацій та ін.

Денис Чижов,
аспірант Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова

ПОНЯТТЯ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ ЛЮДИНИ В УМОВАХ ВІЙСЬКОВИХ КОНФЛІКТІВ

Соціальний захист – необхідний елемент функціонування будь-якої розвиненої держави. Помилково поширена думка, що начебто проблема соціального захисту виникла недавно – у зв'язку з переходом до ринку з його «жорстокими» законами, що раніше цієї проблеми начебто б і не було, тому що

соціальний захист забезпечувався при соціалізмі «природно». Однак при більше глибокому вивченні цього поняття неважко помітити, що соціальний захист людини необхідний завжди й існує в тому або іншому ступені в суспільстві будь-якого типу, однак у різних суспільних системах зміст цього захисту характеризується своєю специфікою, різним ступенем причетних до цього процесів і різною ефективністю.

Термін «соціальний захист» («соціальна безпека») вперше був застосований в 1935 р. в США в «Законі з соціальної безпеки», що стимулював розробку програм допомоги старим, непрацездатним і безробітним громадянам. У 1938 р. цей термін був застосований у законодавчому акті Нової Зеландії й незабаром швидко знайшов широке поширення в документах Міжнародної організації праці (МОП), тому що просто й дохідливо виражав зміст наявних серйозних проблем і очікувань широких верств населення різних країн у соціальній сфері. Надалі цей термін став широко використовуватися при розробці й прийнятті концепцій і рекомендацій, декларацій, прийнятих в окремих країнах і міжнародних організаціях стосовно соціального страхування й соціальної допомоги, гарантування мінімальних доходів працюючих, у випадках настання непрацездатності, а також у сфері охорони праці, заробітної плати тощо[1].

Введення в науковий оборот терміна «соціальний захист» у трансформаційному суспільстві пов'язане з етапом перебудови суспільних відносин (початок 1989-1990 рр.), а після прийняття програм переходу до ринкової економіки (1991-1992 рр.) воно стало широко вживатися при формулюванні завдань соціальної політики держави.

Поняття «соціальний захист» у нашій країні почало широко вживатися тільки на етапі переходу до ринку і як його продукт, хоча в тій чи іншій формі соціальний захист завжди були притаманний суспільству. Формування сучасних систем соціального захисту у світі було пов'язане з усвідомленням необхідності створення соціальних амортизаторів ринкових механізмів.

Як справедливо відзначає професор С. Єрмаков, в економіці збройних сил, як у специфічній сфері економічної діяльності, поряд із загальними, більш складними економічними категоріями, розвиваються власні поняття, власні категорії як загальне абстрактне відбиття особливої діяльності людей. Категорії економіки збройних сил виникають або як відбиття нових зв'язків і нових відносин, або як виділення простих категорій від категорій більш складних[2].

Систему соціального захисту військовослужбовців, як вважає В. Бандалетов, можна визначити як цілісну сукупність передбачених законом стимулів, методів і засобів, що забезпечують військово-службову лояльність і старанність

---

[1] Корольов С. С. Соціальний захист військовослужбовців Збройних Сил України (1991–2005 рр.) : історичний аспект : дис. к. і. н. / Станіслав Сергійович Корольов. – К., 2006. – 196 с.

[2] Ермаков С. М. Экономика Вооруженных Сил СССР / С. М. Ермаков. – М. : Воениздат, 1989. – 266 с.

військовослужбовців. Механізм соціального захисту є організованою певним чином сукупність інститутів держави і правових засобів, що використовуються для захисту специфічних інтересів військовослужбовців[1].

Розглядаючи дані ознаки, необхідно відзначити таке.

По-перше, соціальний захист людини в умовах військових конфліків є складовою частиною соціального захисту населення в цілому і в той же час займає в ній особливе положення. Ця особливість виявляється в таких факторах:

– система соціального захисту повинна охоплювати специфічні соціальні групи суспільства – з одного боку вимущених переселенців, пенсіонерів, дітей та інігих соціальнонезахищених суб'єктів та з іншого - військовослужбовців, учасників АТО, правоохоронців матеріальний добробут і соціальний стан яких цілком залежать від зовнішніх факторів, і, меншою мірою, від їх власної трудової діяльності;

– граничне значення системи соціального захисту повинне перевищувати загальні норми.

Таким чином, на підставі проведеного аналізу літературних джерел, на нашу думку, *соціальний захист військовослужбовців* у загальному розумінні може бути представлений як підсистема національної безпеки держави, що спрямована на задоволення життєвих потреб військовослужбовців, членів їх сімей із залученням матеріальних та людських ресурсів державної, громадянської і ринкової сфер суспільства.

При цьому в Україні в умовах демократизації суспільства започатковуються процеси громадського контролю над збройними силами, в тому числі й в першу чергу в соціальній сфері, що дозволяє громадським об'єднанням впливати на функціонування державної системи соціального забезпечення громадян.

Закон України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» дає таке тлумачення специфіки соціального захисту військовослужбовців: «У зв'язку з особливим характером військової служби, яка пов'язана із захистом Вітчизни, військовослужбовцям надаються визначені законом пільги, гарантії та компенсації[2]»

До функцій соціального захисту учасників АТО поряд із загальноприйнятими необхідно додати такі:

– утворююча (забезпечення необхідного набору матеріальних благ та послуг цільовій групі);

– стимулююча (мотивація до виконання службових обов'язків);

---

[1] Бандалетов В. В. Социальная защита как функция общественных объединений военнослужащих : социологический анализ : дис. ...к. соц. н. : 22.00.08 / Валерий Викторович Бандалетов. – М., 2007. – 242 с.

[2] Про соціальний і правовий захист військовослужбовців і членів їх сімей : Закон України (зі змінами і доповненнями) від 20 грудня 1991 р. № 2011-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 21. – С. 11. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi

– економічна (створення ресурсної бази для утримання системи в цілому);

– соціальна (створює умови для підтримки національної безпеки держави).

Специфіка військової діяльності об'єктивно вимагає дотримання діалектичної єдності між потребами суспільства у військовій послузі й індивідуальних потребах суб'єктів, покликаних реалізувати вищезазначену суспільну потребу. З цією метою військовослужбовці, що укладають контракт на проходження служби у Збройних Силах України, вступають із суспільством в економічні відносини, пов'язані із задоволенням як суспільних, так і індивідуальних потреб у процесі розподілу фонду споживання національного доходу.

Сьогодні об'єктивно склалася проблема «оцінки» військової праці, тобто відшкодування витрат Міністерству оборони за надані суспільству «військові послуги» особовим складом армії та флоту. Глибинна причина криється тут у відриві реальних витрат військовослужбовців у зв'язку зі здійсненням ними функцій збройного захисту та їхньої вартісної оцінки. Досвід показує, що вирішення цього протиріччя можливо лише через створення інституту соціального захисту військовослужбовців шляхом запровадження нових механізмів виділення необхідних фінансових ресурсів для наступного формування фондів спеціальних коштів.

На сучасному етапі суспільного розвитку діалектична єдність потреб містить у собі протиріччя між об'єктивними потребами суспільства із забезпечення своєї безпеки і можливістю реалізації цих потреб. Утворилася ситуація, при якій держава, законодавчо наділивши військовослужбовців особливим соціальним статусом з усіма правами, що випливають із нього, пільгами, компенсаціями та гарантіями, фактично не може забезпечити їхню повну реалізацію відносно військовослужбовців і членів їхніх родин через відсутність необхідної економічної бази, достатнього обсягу фінансових ресурсів, чіткого механізму реалізації гарантій і пільг, що декларуються, вимагаючи при цьому неухильного та якісного виконання військовослужбовцями своїх службових обов'язків. На наш погляд, співвідношення суспільних та індивідуальних потреб можна представити такою схемою.

Формування спеціальних фондів коштів відбувається при безпосередній і активній участі фінансів держави, в тому числі фінансів збройних сил. Фінанси, як категорія, представлені розподільними відносинами, пов'язаними з утворенням доходів, формуванням і використанням фондів цільового призначення. В умовах недостатньої наповнюваності дохідної частини Державного бюджету через недосконалість податкової системи, різко зростає значення розподільної функції фінансів для формування фондів соціального захисту військовослужбовців. Розподіл частини національного доходу здійснюється за допомогою розробки фінансово-економічних нормативів і показників, що забезпечують залежність задоволення індивідуальних потреб учасників АТО від результатів їхньої праці.

Таким чином, нині існує об'єктивна необхідність розвитку інституту соціального захисту учасників АТО, ефективність дій якого буде залежати як від ступеня визнання суспільством їх особливої соціальної ролі у цілому, так і від стабільного функціонування фінансової системи держави, а значить – від обсягів формованих фондів на оборону країни, в тому числі на зміст особового складу армії й флоту.

Людмила Чулінда,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри загальнотеоретичної юриспруденції, конституційного та адміністративного права Київського інституту Національного університету «Одеська юридична академія» в м. Києві

РОЛЬ ТЛУМАЧЕННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ НА СТАДІЯХ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Тлумачення нормативно-правових актів є однією з актуальних і складних проблем правознавства та юридичної практики, від вирішення яких залежить ефективність як правового регулювання, так і інтеграції правової системи України у світовий правовий простір.

Активний розвиток законотворення в Україні зумовлює необхідність дослідження юридико-лінгвістичних особливостей текстів нормативно-правових актів, пошуку шляхів удосконалення їх інтерпретації, напрацювання практичних рекомендацій. Правові норми формулюються, виражаються за допомогою загальних, абстрактних понять, а також багатозначних слів, спеціальних юридичних термінів, технічних термінів, які за різних умов суб'єктами права можуть сприйматися неоднозначно. Повноцінна інтерпретація текстів нормативно-правових актів передбачає залучення знань інших наук, зокрема, лінгвістики.

Тлумачення як пізнавальний процес, при якому мовне вираження нормативно-правового акта отримує певне значення, має місце на всіх стадіях правового регулювання: у правотворчості, систематизації права, при різних формах його реалізації.

Тлумаченню належить значна роль у процесі правотворчості, на початковому етапі правового регулювання. Об'єктом тлумачення у процесі правотворчості є чинне законодавство, а також проекти нормативно-правових актів. Вирішення питання про необхідність оновлення законодавства, заповнення прогалин, усунення неточностей, дублювання тощо супроводжується з'ясуванням змісту старих нормативно-правових актів, оскільки для вирішення цього питання є важливим глибоке знання оновлюваного законодавства, його позитивні й негативні сторони. Тлумачення є одним із суттєвих чинників, за допомогою якого нове законодавство органічно входить до існуючої системи законодавства. Під час обговорення також не обійтись без тлумачення (з'ясування змісту) законопроектів, використання методу порівняння законопроекту з нормативно-правовим

актом, який підлягає оновленню. Саме при порівняльному тлумаченні текстів найкраще видно позитивні риси й прорахунки проекту. Відтак тлумачення є не тільки ефективним засобом виявлення недоліків і, відповідно, умовою його удосконалення, а й надає можливість узгодження індивідуальних і групових інтересів, формування єдиної державної волі.

Тлумачення як з'ясування змісту текстів нормативно-правових актів, зокрема юридико-лінгвістичне тлумачення, повинно залучатися до експертизи нових актів з метою забезпечення єдності термінологічно-мовного оформлення й однозначного розуміння тексту проекту, що розглядається, та проектів інших актів законодавства, а також українських перекладів міжнародно-правових документів України. Тлумачення сприяє дотриманню законності у нормотворчій діяльності відомств, оскільки попереднє з'ясування змісту регламентованих норм є обов'язковою умовою для раціональної відомчої нормотворчості.

Тлумачення, а саме з'ясування, використовується при систематизації нормативно-правових актів під час обробки змісту нормативно-правових актів. Такий вид систематизації, як кодифікація, також не може обійтися без попереднього з'ясування змісту текстів нормативно-правових актів у процесі опрацювання нормативно-правового матеріалу, усунення неузгодженості між окремими нормативними актами, формування структури кодифікованого акта з його специфічним змістом.

Тлумачення текстів нормативно-правових актів має місце на будь-якому етапі правореалізації. Правові веління виражаються в текстах нормативно-правових актів і можуть виконати своє призначення тільки у тому випадку, якщо вони будуть правильно розумітися, тлумачитися. З'ясування норм права, які закріплюють принципи правозастосовної діяльності, підвищує рівень законності вирішення справ. Правозастосування як своєрідна контрольна діяльність у процесі правореалізації вимагає чіткого з'ясування змісту норм права, які реалізуються. Навіть вибір правових норм передбачає розуміння їх змісту.

Тлумачення не тільки передує, але й супроводжує застосування нормативно-правових актів. Дійсно, перед тим, як діяти відповідно до правової норми, тобто перед її застосуванням, необхідно усвідомити значення певної норми, з'ясувати її зміст, тобто здійснити один із видів тлумачення тексту нормативно-правового акта. Слід відзначити, що процес тлумачення тексту нормативно-правового акта не обмежується її з'ясуванням до застосування, проникаючи у всі етапи правореалізації: з'ясування змісту тексту нормативно-правового акта може бути визнано неправильним, бути заміненим на інше або видозмінитися. До того ж нове тлумачення може надаватися як тим органом, який вперше тлумачив нормативно-правовий акт, так і органом вищого рівня. З'ясування змісту правової норми обов'язково передує його роз'ясненню, хоча роз'яснення не обов'язково настає після з'ясування, оскільки для правильного вирішення конкретної справи досить з'ясувати зміст нормативно-правового акта.

Для того, щоб роз'яснити текст нормативно-правового акта, треба з'ясувати

його зміст, а з‘ясування може бути першим і єдиним етапом процесу тлумачення, етапом пізнання правової норми щодо конкретних обставин, які зумовлюють необхідність її застосування. Така ситуація виникає, наприклад, при з‘ясуванні судом змісту нормативно-правового акта при вирішенні конкретної справи. Органи держави (наприклад, дізнання, слідства, прокуратури) також здійснюють тлумачення правових норм, які застосовуються. Тлумачення ними текстів нормативно-правових актів може бути виражене не тільки шляхом з‘ясування, а й роз‘ясненням таких норм.

У тих випадках, коли текст нормативно-правового акта піддається офіційному тлумаченню, процес тлумачення охоплює два етапи: з‘ясування і роз‘яснення тексту нормативно-правового акта. Інтерпретаційна діяльність здійснюється за певною процедурою у чітко визначеній сукупності дій, послідовності й системі, відповідним чином оформлених і доведених до відома адресатів.

Отже, тлумачення текстів нормативно-правових актів як етап певного процесу має місце, по-перше, у правотворчості, по-друге, у систематизації нормативних актів, по-третє, на всіх етапах правореалізації, не набуваючи форми самостійного процесу. Роз‘яснення тексту нормативно-правового акта як самостійний процес є факультативним етапом у правовому регулюванні. Роль тлумачення текстів нормативно-правових актів, зокрема юридико-лінгвістичного тлумачення, зумовлена тим, що різні форми впливу на суспільні відносини опосередковуються через мову, писемне й усне мовлення, яке потребує усвідомлення, розуміння через з‘ясування, а також роз‘яснення.

Тлумачення текстів нормативно-правових актів (у формі з‘ясування) є невід‘ємним етапом у процесі дії правових норм, охоплює усі рівні юридичного аналізу:

- аналіз буквального тексту, тобто “букви” закону, зовнішнього, словесно-документального викладу його змісту;
- догматичний аналіз, тобто аналіз юридичних особливостей норм права, їх техніко-юридичної своєрідності, особливостей джерел права;
- соціально-історичний (метаюридичний) аналіз моральних, економічних чи інших положень нормативно-правових актів, які дозволяють пізнати волю законодавця (“дух закону”);
- практико-прикладний аналіз чинних нормативно-правових актів, який являє собою з‘ясування змісту закону щодо різних суб‘єктів і життєвих ситуацій.

Отже, думка інтерпретатора просувається від аналізу буквального тексту (“букви закону”) до аналізу юридичних особливостей правових норм, а також до моральних, соціальних та інших основ правових приписів (“духу права”); вагомим є також практико-прикладне тлумачення чинних нормативно-правових актів.

Наявність помилок у правозастосовному процесі свідчить про недостатню

правотлумачувальну практику, а також про невміння застосовувати правила юридико-лінгвістичного тлумачення. Практично відсутні джерела, з яких можна було б дізнатися про те, які конкретно правила і як саме вони використовувалися при певному легальному тлумаченні. Публікація подібних матеріалів мала б значення особливо для тих юридичних понять, тлумачення і застосування яких на практиці викликає ускладнення, могла б сприяти однозначному тлумаченню і застосуванню законодавства різними суб'єктами. Тільки в окремих думках суддів Конституційного Суду України можна знайти детальні міркування про те, які способи, правила юридико-лінгвістичного тлумачення використовувалися у процесі тлумачення, яким чином залучалися знання про мову взагалі.

Роль юридико-лінгвістичного тлумачення на всіх етапах правореалізації, зокрема правозастосування, визначається тим, що воно являє собою одну з необхідних умов його законності й доречності, реалізації ціннісного підходу до інститутів і норм права, є одним із способів, які сприяють ефективності законодавства.

Роман Шабанов,
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри цивільно-правових дисциплін,
господарського та трудового права,
Харківського національного педагогічного університету ім. Г.С. Сковороди

ВИМУШЕНЕ ТА ДОБРОВІЛЬНЕ БЕЗРОБІТТЯ: ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Підвищення в Україні рівня безробіття (за даними Державного комітету статистики у II кварталі 2016 року рівень безробіття склав 1615,6 осіб, тобто 9,3 % від загальної кількості населення України[1]) відповідає загальній світовій тенденції скорочення промислового виробництва та звуження сфери послуг, що приводить до втрати робочих місць. Але це лише одна сторона проблеми, що викриває той вид безробіття, який можна назвати вимушеним, та вкладається у розуміння безробіття згідно з п. 1 ст. 1 Закону України «Про зайнятість населення»: безробіття як соціально-економічного явища, за якого частина осіб не має змоги реалізувати своє право на працю та отримання заробітної плати (винагороди) як джерела існування[2].

У свою чергу, в основі правового розуміння безробіття не може знаходитись безробіття добровільне, у стані якого знаходиться особа через суб'єктивні при-

[1] Зайнятість та безробіття населення в II кварталі 2016 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.ukrstat.gov.ua

[2] Про зайнятість населення : Закон України від 05.07.2012 р. № 5067-VI // Голос України. – 2012. – № 153–154. – 18 серп.

чини, які цілком залежать від носія праці. Означене підтверджується, виходячи з однієї з ознак безробітної особи у формулюванні чинного Закону України «Про зайнятість населення», а саме – готовність та здатність приступити до роботи. Оскільки згідно з ч. 2 ст. 43 Конституції України використання примусової праці забороняється, відповідно до ч. 2 ст. 3 Закону України «Про зайнятість населення» добровільна незайнятість особи не може бути підставою для притягнення її до відповідальності, так і соціальний захист з боку держави особа не має права одержати, якщо не докладає зусиль для пошуку роботи чи взагалі не бажає її отримувати, вважає недоцільним брати участь у суспільно корисній праці.

Слід зазначити, що міжнародна спільнота, зокрема МОП та Євростат, асоціює добровільну незайнятість (або добровільне безробіття) із часткою економічно неактивного населення, під яким розуміє осіб, які не мають роботи і не займаються її пошуками, тобто не можуть бути класифіковані як «зайняті» або «безробітні»[1]. Дослідники МОП відзначають, що всебічна інформація про економічно неактивне населення є важливою і необхідною частиною інформації про ринок праці, оскільки, з одного боку, відбувається постійний перехід частини населення зі стану економічно активного населення в стан економічно неактивного населення (вихід на пенсію, тимчасове припинення трудової діяльності та ін.), а з іншого – частина населення постійно входить до складу економічно активного населення (студенти після закінчення навчальних закладів; жінки, що відновлюють роботу, які до цього займалися доглядом за дітьми і домашнім господарством; пенсіонери, що відновлюють трудову діяльність із різних причин (низький розмір пенсії, прагнення суспільної корисності тощо); частина населення, що вступає в працездатний вік і пропонує свої послуги на ринку праці, інші[2].

Фахівці МОП наголошують, що особливою категорією економічно неактивного населення є «зневірені» особи, які впродовж обстежуваного періоду: а) «не мали роботи», тобто не працювали за наймом або на власному підприємстві; б) були «готові приступити до роботи», тобто почати працювати за плату за наймом або на власному підприємстві впродовж наступних двох тижнів; в) «не займались пошуками роботи» впродовж останніх чотирьох тижнів, тому що не вірили у можливість знайти її (після неодноразових невдалих спроб знайти роботу втратили надію на працевлаштування), не шукали роботу через те, що не знали, як її знайти, або переконані, що для них немає підходящої роботи.

---

[1] Eurostat, 1999, Guidelines and table programme for the Community programme of population and housing censuses in 2001, Vol. 1: Guidelines, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://stats.oecd.org/glossary/ detail.asp?ID=6252

[2] International Labour Organization (ILO) Resolutions Concerning Economically Active Population, Employment, Unemployment and Underemployment Adopted by the 13th International Conference of Labour Statisticians, October 1982, para. 5.

За методологією МОП зневірені належать до категорії економічно неактивного населення, проте для цілей аналізу дані про їхню кількість можуть використовуватися для оцінки загального обсягу пропозиції робочої сили та попиту на неї[1]. Важливість та доцільність наведених вище висновків рекомендацій МОП полягає у тому, що шляхом дослідження частки економічно неактивного населення та причин покинення трудового життя громадянами держава повинна розробляти спеціальні програми, спрямовані на створення сприятливих умов для повернення фрустрованих осіб на ринок праці.

У цьому розумінні цікавим є досвід деяких демократичних економічно розвинутих країн, які прямо у змісті власної конституції закріплюють обов'язок працювати (ст. 27 Конституції Японії, ст. 4 Конституції Італії, ст. 58 Конституції Португалії, ст. 35 Конституції Іспанії[2]), який означає, що лише громадяни, які бажають працювати, мають право вимагати від держави роботи та матеріального забезпечення на випадок її відсутності, звісна річ, якщо вони є працездатними.

Л.С. Мамут слушно вказує, що формулювання «кожен зобов'язаний працювати», яке проголошується сучасними конституціями, ніякою мірою не легалізує примус до праці. Адже за людиною визнається право вибору типу професійної діяльності, свобода визначення нею місця роботи, тобто всього того, що запобігає можливості існування примусової праці[3]. Тобто означені конституційні норми створюють, насамперед, мотиваційну основу для здійснення активних заходів у поверненні або залученні до трудового життя як з боку громадянина, так і з боку держави й роботодавця. У цьому контексті необхідно зауважити, що основна мета мотивації у практиці мотивованої діяльності – це застосування різних підходів до вирішення проблем праці та управління залежно від конкретної ситуації та у побудові ефективної системи мотивації і забезпеченні стійкості трудових відносин[4]. Ось чому, коли йдеться про конституційне закріплення права на працю, то одночасно має вирішуватись питання про створення умов реалізації людських можливостей, про умови стимулювання здійснення можливостей людини, про справедливу оцінку результатів її праці. Тобто про те, що залежить головним чином від держави і роботодавця, адже Конституція України у ст. 3 визначила таке: утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

---

[1] International Labour Organization (ILO) Resolutions Concerning Economically Active Population, Employment, Unemployment and Underemployment Adopted by the 13th International Conference of Labour Statisticians, October 1982, para. 5.

[2] Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. – 2-е изд., исправл. и доп. – М. : БЕК, 1999. – 584 с.

[3] Мамут Л.С. Социальное государство с точки зрения права / Л.С. Мамут // Государство и право. – 2001. – № 7. – С. 11.

[4] Назаришин Р. Фундаментальні поняття мотиватики як науки про мотивацію праці / Р. Назаришин // Україна: аспекти праці. – 2013. – № 3. – С. 39.

Такий підхід до правового розуміння явища безробіття відповідає провідним засадам правового регулювання зайнятості населення, яке має на меті забезпечити повну, продуктивну і вільно обрану зайнятість для громадян та захистити їх від наслідків вимушеного безробіття, а не створювати безперспективну у соціальному та економічному плані роботу чи виплачувати матеріальну допомогу тим особам, які не бажають заповнювати вільні вакансії та не сприйматимуть виплату допомоги із безробіття як тимчасову компенсацію необхідних для життя коштів. Ще раз підкреслимо, що в останньому випадку мається на увазі аж ніяк не безробіття, а добровільна незайнятість.

Вікторія Шевердіна,
аспірантка Науково-дослідного інституту правового забезпечення інноваційного розвитку НАПрН України

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ КЕРІВНИКІВ ПІДПРИЄМСТВ, УСТАНОВ, ОРГАНІЗАЦІЙ ЗА НЕВИПЛАТУ ЗАРОБІТНОЇ ПЛАТИ

Відносини між роботодавцем і працівником в багатьох випадках породжують спірні, а іноді конфлікті ситуації. Інтереси роботодавця та найманого працівника не завжди співпадають – як правило, роботодавець прагне при якомога менших витратах власних ресурсів (грошових, фізичних чи інтелектуальних зусиль) отримати якомога більше прибутків. Між тим, посадові особи роботодавця повинні усвідомлювати необхідність безумовного дотримання вимог законодавства про працю, інакше вони можуть бути притягнуті до відповідальності.

Управління праці та соціального захисту населення інформує, що у нашій країні гарантоване право на отримання громадянами заробітної плати за працю визначено законом, який має найбільшу юридичну силу перед іншими нормативно-правовими актами та діє з початку створення нашої держави - Конституцією України, а саме у статті 43, яка передбачає, що кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку вільно обирає або на яку вільно погоджується[1].

Також права працівників на виплату їхньої законної винагороди за виконану роботу відстоюються у статті 115 Кодексу законів про працю України[2]. Спираючись на цю статтю, працівник має право вимагати від роботодавця виплати заробітної плати регулярно в робочі дні у строки, встановлені колективним договором або нормативним актом роботодавця, погодженим з профспілковою організацією чи іншим уповноваженим на представництво трудовим

[1] Конституція України, Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР / Відомості Верховної Ради України, 1996, № 30, ст. 141.

[2] Кодекс законів про працю України, Закон України від 10.12.1971 № 322-VIII / Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – Дод. до № 50

колективом органом (а в разі відсутності таких органів - представниками, обраними і уповноваженими трудовим колективом), але не рідше двох разів на місяць через проміжок часу, що не перевищує шістнадцяти календарних днів, та не пізніше семи днів після закінчення періоду, за який здійснюється виплата.

Кодекс законів про працю України (ст. 265) визначає, що за порушення трудового законодавства (незаконне звільнення працівників, несвоєчасну виплату заробітної плати, невиконання зобов'язань за колективними договорами, перешкоджання законній діяльності професійних спілок тощо) посадові особи роботодавця несуть дисциплінарну, адміністративну та кримінальну відповідальність[1].

Важливим моментом є ще і те, що у разі, коли день виплати заробітної плати збігається з вихідним, святковим або неробочим днем, заробітна плата має виплачуватися напередодні. Часто буває таке, що роботодавці забувають, або просто ігнорують це положення статті і затримують виплати, порушуючи права працівників.

Щодо розміру заробітної плати за першу половину місяця, то він визначається колективним договором або нормативним актом роботодавця (наказом по підприємству), погодженим з профспілковою організацією, але не менше оплати за фактично відпрацьований час з розрахунку тарифної ставки (посадового окладу) працівника. Заробітна плата працівникам за весь час щорічної відпустки виплачується не пізніше ніж за три дні до початку відпустки.

За невиплату заробітної плати або недотримання строків її виплати чинним законодавством передбачено: дисциплінарну, адміністративну, кримінальну та матеріальну відповідальність керівника підприємства.

Дисциплінарній відповідальності за невиплату заробітньої плати підпадає встановлені винні дії керівника підприємства, установи, організації, внаслідок чого заробітна плата виплачується несвоєчасно або у розмірах, нижчих від установленого законодавством її мінімального розміру, трудовий договір з ініціативи власника може бути розірваний відповідно до п. 11 ст. 41 КЗпП. Згідно зі ст. 45 КЗпП України на вимогу виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) власник або уповноважений ним орган повинен розірвати трудовий договір з керівником підприємства, установи, організації, якщо він порушує законодавство про працю, про колективні договори і угоди, Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»[2]. Якщо власник або уповноважений ним орган, або керівник, стосовно якого пред'явлено вимогу про розірвання трудового договору, не згоден з цією вимогою, він може оскаржити рішення виборного органу первинної

---

[1] Там же Кодекс законів про працю України, Закон України від 10.12.1971 № 322-VIII / Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – Дод. до № 50.

[2] Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності. Закон України від 15.09.1999 № 1045-XIV / Відомості Верховної Ради України, 1999, № 45, ст.397.

профспілкової організації (профспілкового представника) у суді в двотижневий строк з дня отримання рішення. У цьому разі виконання вимоги про розірвання трудового договору зупиняється до винесення судом рішення.

Відповідно до ст. 41 Кодексу України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-X (далі – КУпАП) порушення встановлених термінів виплати пенсій, стипендій, заробітної плати, виплата їх не в повному обсязі тягнуть за собою накладення штрафу на посадових осіб підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності та громадян - суб'єктів підприємницької діяльності в розмірі від тридцяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян[1].

Найбільш сувору відповідальність за невиконання трудових прав працівників передбачено Кримінальним Кодексом України. Відповідно до ст. 175 Кримінального Кодексу України від 05.04.2001 р. № 2341-II безпідставна невиплата заробітної плати, стипендії, пенсії громадянам більш як за один місяць, вчинена умисно керівником підприємства, установи або організації незалежно від форми власності чи громадянином - суб'єктом підприємницької діяльності, - карається штрафом від п'ятисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на строк до двох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років[2].

Те саме діяння, якщо воно було вчинене внаслідок нецільового використання коштів, призначених для виплати заробітної плати, стипендії, пенсії, - карається штрафом від тисячі до півтори тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Для звільнення від кримінальної відповідальності необхідно кілька складових. Так, крім повного погашення заборгованості по заробітній платі, обов'язковою умовою є вчинення особою злочину вперше, визнання провини (без чого немислимо щире розкаяння, що є кваліфікуючою ознакою), сприяння розкриттю злочину. Крім того, згідно з пунктом 3 постанови Пленуму ВСУ № 12 від 23 грудня 2005, особа повинна відшкодувати збитки для звільнення від відповідальності за статтею 45 КК України. Зауважимо - добровільно[3].

Також слід враховувати усі найдрібніші аспекти специфіки кожного трудового спору, відштовхуючись конкретно від залежної ситуації. Різноманітність

---

[1] Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 1 - 212-21). Закон України від 07.12.1984 № 8073-X / Відомості Верховної Ради України, 1999, № 45, ст.397.

[2] Кримінальний кодекс України. Закон України від 05.04.2001 № 2341-III / Відомості Верховної Ради України, 2001, № 25-26, ст.131.

[3] Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності; Постанова від 23.12.2005 № 12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-05

вироків суду від накладення штрафу до обмеження волі з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю цим і пояснюється, хоча у більшості випадків позови або просто відхиляються, або підлягають лише частковому задоволенню. Тому, перш за все, якщо ви твердо вирішили захищати і відстоювати свої трудові інтереси ретельно підготуйтеся, зберіть якомога більше інформації, яка підтверджує порушення ваших прав.

Слід зазначити, що відповідно до статті 233 КЗпП у випадку порушення законодавства про оплату праці, працівник має право звернутися до суду з позовом без обмеження будь-яким строком, тому слід завжди реалізовувати право на захист своїх прав та інтересів.

Алла Ширант,
к.ю.н., адвокат БВПД

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ПРАЦІВНИКА ПРИ ФАКТИЧНОМУ ДОПУСКУ ЙОГО ДО РОБОТИ БЕЗ ВИКОНАННЯ РОБОТОДАВЦЕМ ВИМОГ СТ. 24 КЗпПУ

Проблема ефективності законодавства є наріжним камінням судового правозастосування, оскільки ефективність Закону перевіряється саме в судах. При цьому якість Закону в частині його однозначності та відповідності мети правового регулювання – досягнення справедливості – має визначальне значення.

Вищевказане слід проілюструвати ґенезою частини 2 статті 24 КЗпПУ «Форма трудового договору» яка 10 грудня 1971 року містила наступний правовий припис: «трудовий договір вважається укладеним і тоді, коли наказу чи розпорядження не було видано, але працівника фактично було допущено до роботи». Вказана редакція успішно проіснувала 44 роки, була однією з найпотужніших гарантій захисту прав працівників, але 28 грудня 2014 року була виключена із тексту 24 статті КЗпПУ Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці».

Слід визнати, що до 28 грудня 2014 року трудящі нашої країни мали ефективну гарантію захисту своєї праці – оскільки документарне оформлення трудових відносин значною мірою залежить від роботодавця, а попередня редакція статті захищала працівників від ризику неоплати праці і не надання інших трудових гарантій у разі неоформлення роботодавцем трудового договору відповідним наказом.

Натомість нова редакція вказаної статті містить наступне положення: «Працівник не може бути допущений до роботи без укладення трудового договору, оформленого наказом чи розпорядженням власника або уповноваженого ним органу, та повідомлення центрального органу виконавчої влади з питань за-

безпечення формування та реалізації державної політики з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування про прийняття працівника на роботу в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України».

Очевидно – що пряма заборона: не допускати до роботи працівника без укладання трудового договору, оформленого наказом чи розпорядженням власника хоча і має імперативний характер – проте у разі порушення роботодавцем цього припису і здійснення ним фактичного допуску до роботи працівника не тягне однозначних наслідків у вигляді виникнення трудових відносин як це було до 28 грудня 2014 року.

Слід зазначити, що остання редакція статті 24 КЗпПУ не дозволяє однозначно стверджувати, що у разі фактичного допуску працівника до роботи, але без вищевказаного оформлення та повідомлень вказаних органів між роботодавцем і працівником виникають трудові правовідносини.

Незважаючи не те, що при аналізі змін вказаної норми Закону можна стверджувати, що законодавець не мав на меті залишити працівників без захисту у разі їх фактичного допуску до роботи без їх відповідного оформлення роботодавцем, аргументувати цю тезу в суді буде доволі важко.

Оскільки суди традиційно посилаються на діючи норми Закону і навряд чи будуть здійснювати телеологічне тлумачення діючої редакції статті 24 КЗпПУ, враховуючи очевидну мету законодавця - посилити захист трудових прав працівників. Під телеологічним тлумаченням в науковій літературі розуміється врахування премабмули, інших положень Конституції, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод тощо, сутності і змісту суспільних відносин, що регулюються правовою нормою, яка тлумачиться з метою виявлення мети цієї правової норми[1].

Але тільки при вказаному телеологічному тлумаченні можна стверджувати, що у разі порушення заборони роботодавцем допускати до роботи працівника без оформлення та повідомлення відповідних органів трудові відносини все ж таки виникають.

Вказана проблема захисту прав працівників, які в порушення статті 24 КЗпПУ були допущені роботодавцем до роботи без відповідного оформлення, має свою практичну реалізацію в судових спорах. Нажаль роботодавці й після встановлення в Законі прямої заборони - не допускати працівників до роботи без відповідного оформлення - й надалі продовжують системно порушувати права працівників в частині не укладання з ними трудових договорів, при цьому страждають малозахищені верстви населення – біженці, внутрішні переселенці, молодь.

---

[1] Практичний курс тлумачення правових актів: навч. посіб.для суддів і канд. на посади суддів / [І.Л. Самсін, В.Г. Ротань, А.Г. Ярема та ін.] / ; за ред. І.Л. Самсіна. - Х. : Право, 2014. - С. 333.

При цьому мало хто зі скривджених працівників наважується звернутися до суду. А у разі звернення до суду сторона позивача не має чіткої норми в КЗпПУ про те, що при фактичному допуску працівника до роботи трудовий договір вважається укладеним із відповідним наслідками оплати праці та застосування інших гарантій, що надаються трудовим законодавством.

Таким чином, навіть при успішному доведені працівником в суді факту його роботи, але без належного оформлення трудового договору з боку роботодавця суди можуть відмовити у позові працівника через те, що роботодавець не видав наказ про прийняття працівника на роботу та не повідомив відповідні органи, оскільки факт виникнення трудових правовідносин може бути пов'язаний не з фактом праці, а з фактом її оформлення роботодавцем.

Отже наслідками вилучення із тексту статті 24 КЗпПУ вищевказаних положень є фактична відсутність правового захисту працівників від свавілля роботодавців – і людина, яка фактично працювала, не зможе вимагати за свою працю навіть заробітну плату – оскільки немає правової підстави для її нарахування - укладеного трудового договору.

Вказана проблема може бути вирішена двома шляхами: перший – це прийняття Верховним Судом України правового висновку, який врахує те, що законодавець, змінюючи редакцію статті 24 КЗпПУ мав на меті посилення захисту трудових прав працівників і позиція Пленуму Верховного Суду України, що викладена у пункті 7 Постанови Пленуму «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 06 листопада 1992 року є актуальною, а саме: що згідно зі статтю 24 КЗпП укладення трудового договору оформляється наказом чи розпорядженням власника підприємства, установи, організації чи уповноваженого ним органу. Фактичний допуск до роботи вважається 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.

Іншим варіантом є повернення в текст статті 24 КЗпПУ вилученого нормативного припису.

Підсумовуючи вищевказане слід наголосити, що умовою ефективності трудового законодавства є наявність в Законі чітких нормативних приписів, оскільки вітчизняні суди при вирішені трудових спорів рідко вдаються до системного тлумачення норм права і навряд чи будуть тлумачити зміни в трудовому законодавстві в контексті того, що законодавець, змінюючи норму права, мав на меті саме покращення захисту трудових прав працівників.

Михайло Шумило,
доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,
старший науковий співробітник відділу проблем цивільного,
трудового та підприємницького права
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ З ПИТАНЬ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УКРАЇНІ[1]

Про важливість практики Європейського суду з прав людини (далі - Суд) вже неодноразово наголошувалося як представниками правничої науки, так і суддями, правозахисниками, адвокатами. Позитивний вплив рішень Суду є очевидним і безспірним для оздоровлення та європеїзації української правової системи. Як слушно зазначає Д.М. Супрун, участь України у правовій системі Конвенції та додержання встановлених нею гарантій не тільки сприяє зростанню авторитету України на міжнародній арені, а отже, й процесам інтеграції у європейську спільноту, але й допомагає державі виявити деякі суттєві недоліки побудови і функціонування національної правової системи та вдосконалити окремі її сфери, у цьому контексті Суд як міжнародна судова інстанція, юрисдикція якої є обов'язковою, виступає своєрідним каталізатором процесу реформування та вдосконалення внутрішньої правової системи держави, оскільки саме до нього надходять заяви з метою вирішення питань, які не знайшли свого розв'язання на національному рівні, що у свою чергу дозволяє йому робити висновки про найболючіші проблеми національної правової системи[2].

Жодне достойне новочасне дослідження у сфері права не обходиться без аналізу практики ЄСПЛ. Не є винятком і право соціального забезпечення загалом та наукові студії з пенсійного права зокрема. До 2016 року дослідники проблем пенсійного забезпечення, реформи пенсійної системи України аналізували здебільшого рішення ЄСПЛ "ПІЧКУР ПРОТИ УКРАЇНИ" (CASE OF PICHKUR v. UKRAINE), заява №. 10441/06, яке набрало чинності 7.02.2014 р.[3] Сутність справи полягала у тому, що осіб, які виїжджають на постійне місце проживання за кордон позбавляють права на отримання пенсії. Наведене рішення ЄСПЛ з прав людини для юридичної практики у сфері захисту права

---

[1] Публікація містить результати досліджень, проведених при грантовій підтримці Державного фонду фундаментальних досліджень за конкурсним проектом "Правове регулювання пенсійного забезпечення в Україні та Республіці Білорусь: становлення, сучасний стан, перспективи розвитку і взаємодії" № 22742.

[2] Супрун Д. М. Основні аспекти входження України в юрисдикційний механізм Європейської конвенції з прав людини. В кн. Євпроейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / за ред. О.Л. Жуковської. – К.: ВІПОЛ, 2004. – С. 783-784.

[3] Рішення Європейського суду з прав людини "ПІЧКУР ПРОТИ УКРАЇНИ" від 07.11.2013 р. URL: http://old.minjust.gov.ua/19612 (дата звернення: 5.10.2016 р.)

на пенсію є безпрецедентним. Вперше пенсійна справа щодо України була розглянута та по ній ухвалене рішення на користь заявника. Цікавою особливістю цього рішення є те, що ЄСПЛ взяв до уваги та детально проаналізував рішення Конституційного Суду України. Врахування позиції національного органу конституційного нормоконтролю є показником того, що не тільки Конституційний Суд України посилається на правові позиції Європейського суду, а що це процес взаємний у питаннях щодо України.

На жаль, питання втілення рішення Конституційного Суду України від 7 жовтня 2009 року про неконституційність норм пенсійного законодавства щодо припинення виплати пенсії особам, що виїхали за кордон, залишається відкритим. Верховна Рада України досі не внесла відповідні зміни до пенсійного законодавства. Ігнорування парламентом Рішень Конституційного Суду України та Європейського Суду з прав людини щодо реалізації особою права на пенсію, яка виїхала за кордон, є негативною тенденцією та проявом нігілізму. Фактично, стаття 1 Конституції України у частині визнання України правовою та соціальною державою із норм-цілей зводиться до норм-декларацій.

12 липня 2016 року Суд знову звернув свою увагу на пенсійне забезпечення і ухвалив рішення у справі "ПЕТРИЧЕНКО ПРОТИ УКРАЇНИ" (CASE OF PETRYCHENKO v. UKRAINE), заява № 2586/07[1], яка була розпочата 12 грудня 2006 року. Суд визнав порушення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у зв'язку з тим, що у цій справі національні суди не розглянули доводи заявника з прямим посиланням на ст. 46 Конституції України про те, що розмір його пенсії був нижчим від встановленого у відповідний час прожиткового мінімуму. Як наслідок, ЄСПЛ постановив, що Україна упродовж 3-х місяців повинна сплатити заявнику 1 200 євро відшкодування моральної шкоди та додатково суму будь-якого податку, що може нараховуватись. Таке рішення викликало сплеск публікацій політиків-популістів та їх штатних "експертів" у сфері соціального захисту під заголовками наступного штибу "Європейський суд визнав, що мізерні українські пенсії є порушенням прав людини", такі публікації фактично зманіпулювали сутністю рішення Суду. Очевидно, щоб уникнути різночитання та розставлення акцентів у цій справі, необхідні відповідні рефлексії наукового товариства щодо зазначеного рішення ЄСПЛ.

Перш за все, аналіз рішення ЄСПЛ красномовно свідчить про те, що воно має формальний, а не змістовний характер. Тобто, Суд вказав на порушення форми розгляду, а саме те, що заявник скаржився за пунктом 1 статті 6 Конвенції, оскильки національні суди не розглянули його доводи про те, що розмір його пенсії було встановлено всупереч вимогам Конституції. Пунктом 1 статті 6 Конвенції передбачено таке: "Кожен має право на справедливий ... розгляд його

[1] Рішення Європейського суду з прав людини "ПІЧКУР ПРОТИ УКРАЇНИ" від 07.11.2013 р. URL: http://old.minjust.gov.ua/19612 (дата звернення: 5.10.2016 р.)

справи ... судом, ... який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру...". Йдеться про те, що у жовтні 2004 року заявник звернувся до Оболонського районного суду м. Києва з позовом до районного управління Пенсійного фонду України (далі - ПФУ) про виплату стверджуваної заборгованості по виплаті пенсії та відшкодування моральної шкоди. У своєму позові заявник зазначав, зокрема, що за статтею 46 Конституції України він має право на пенсію у розмірі не нижчому від прожиткового мінімуму. Проте у відповідний час розмір його пенсії був нижчим від встановленого розміру прожиткового мінімуму. 25 жовтня 2004 року суд відмовив заявнику у задоволенні позову у зв'язку з необґрунтованістю, зазначивши, що ПФУ не було допущено порушення підзаконних актів. 3 лютого 2005 року та 14 червня 2006 року відповідно Апеляційний суд м. Києва та Вищий адміністративний суд України залишили рішення суду першої інстанції без змін. Жоден з цих судів не розглянув доводи заявника за статтею 46 Конституції щодо невідповідності розміру його пенсії прожитковому мінімуму.

Отже, суті питання Європейський суд з прав людини не зачіпав, а обмежився тільки тим, що аргументи гр. Петриченка не бралися до уваги національними судами. Це рішення є універсальним і може бути застосоване до будь-якої категорії справ, якщо на якось стадії судового розгляду не будуть враховуватися аргументи чи докази, особливо, якщо вони визначені законами України. Більше того, ЄСПЛ вже вдруге звертає увагу на цю проблему, оскільки ідентичне рішення щодо України, також у сфері пенсійного забезпечення було прийнято у 2006 році, а саме у справі "ПРОНІНА ПРОТИ УКРАЇНИ" (PRONINA V. UKRAINE), заява № 63566/00.[1]

Таким чином, рішення ЄСПЛ жодним чином не дає оцінки розміру пенсії в Україні і тимпаче не визнає низький розмір пенсії порушенням права особи. Крім цього, заявники звернуляся до ЄСПЛ у час, коли тільки-но була запровадження пенсійно-страхова система та розпочався відхід від аліментарних принципів пенсіонування. Сьогодні пенсій, які виплачуються у солідарній системі і які б були нижчими прожиткового мінімуму, немає, а отже можна констатувати, що рішення Суду актуальне тільки у ретроспективному розумінні і стосуються конкретних заявників. Проте воно порушує інше важливе питання, що суди ігнорують прямі приписи законодавства, у даному випадку конституційні гарантії.

Не дивлячись на формально-юридичну складову рішення Суду у справах Пертриченка і Проніної, не можна залишити поза межами наукового аналізу власне сутнісну складову. Йдеться не стільки про рішення Суду, скільки про норму Конституції, на яку посилаються заявники. Важливим аспектом порушеного питання є те, що Конституція України приймалася 1996 року, тобто

[1] Рішення Європейського суду з прав людини "ПРОНІНА ПРОТИ УКРАЇНИ" від 18 липня 2006 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_096 (дата звернення: 6.10.2016 р.).

до часу запровадження пенсійного страхування, як передумови виникнення пенсійно-забезпечувальних правовідносин.

На нашу думку, дана конституційна гарантія не враховує надзвичайно важливого аспекту, а саме того, що пенсійна система нині функціонує на засадах страхування. А отже виникає закономірне питання, чи можна застосовувати конституційну гарантію до правовідносин, які залежать не від соціальної політики держави загалом, а від особистого страхового внеску? На нашу думку, такий підхід під гаслами соціального захисту всіх в межах соціальної держави призводить до 'зрівнялівки". А саме, особи, які добросовісно брали участь у пенсійному страхуванні і набули права на пенсію і отримують мінімальний розмір пенсії, який відповідає прожитковому мінімуму, поставлені в одні умови разом з особами, які з різних причин не забезпечили своїми страховими внесками собі мінімальний розмір пенсій. Очевидно, що таке розуміння Конституції повинно зазнати змін, а сама норма Конституції повинна бути розтлумачена таким чином, щоб було зрозуміло, які саме соціальні права мають у грошовому еквіваленті бути не нижчими прожиткового мінімуму.

Марія Щербина,
кандидат юридичних наук

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА ПРИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ ЄДНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ДОЛІ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ ТА ОБ'ЄКТІВ НЕРУХОМОСТІ, ЯКІ НА НІЙ РОЗТАШОВАНІ, В УКРАЇНІ

Однією з основ розвитку держави є ефективність норм права, що обумовлює актуальність комплексного дослідження теоретико – правових засад законодавства. Дослідження ефективності норм права також зумовлено необхідністю вирішення проблем практичного застування законів України та інших нормативно-правових актів, зокрема, законодавчих актів у сфері регулювання земельних відносин.

Право власності є одним з основних прав громадян, а можливість його реалізації – гарантом як залучення іноземних інвестицій, так і розвитку держави в цілому. Нажаль, в Україні власник не завжди може реалізувати своє право власності на земельну ділянку, наприклад, у випадку, коли на земельній ділянці розташований чужий об'єкт нерухомості, адже у такому разі, фактичним власником земельної ділянки буде власник будівлі чи споруди, яка на ній розташована.

Проблема співвідношення прав і обов'язків власників земельних ділянок та власників будівель чи споруд, які розташовані на земельних ділянках, є однією з найбільш складних в сучасному земельному праві України.

Незважаючи на те, що норми чинного законодавства України (ст. 120 Зе-

мельного кодексу України[1] (далі – ЗК України), ст. 377 Цивільного кодексу України[2] (далі – ЦК України), ст. 6 Закону України "Про іпотеку"[3], ст. 7 Закону України "Про оренду землі"[4] тощо) запроваджують принцип єдності юридичної долі земельної ділянки та об'єктів нерухомості, які на ній розташовані, даний принцип не реалізований повною мірою. Така ситуація обумовлена цілою низкою причин, однією з яких є недоліки в чинному законодавстві, зокрема недоліки редакції ст. 120 ЗК України, ст. 7 Закону України "Про оренду землі" тощо.

Так як, у статтях 120 ЗК України та 377 ЦК України прямо не зазначено, що перехід прав на земельну ділянку здійснюється автоматично, то ряд науковців стверджує, що вказані норми не забезпечують автоматичного переходу прав на земельну ділянку, оскільки потрібно укладати два договори: договір відчуження будівлі чи споруди та договір відчуження земельної ділянки, укладення яких "розірвано у часі"[5]. Нажаль, недоліки редакції ст. 120 ЗК України на практиці призводять до нестабільності правозастосування, наприклад, одні нотаріуси оформляють відповідні угоди шляхом укладення одного договору, інші – двох тощо.

На нашу думку, ст. 120 ЗК України також містить в собі певні двозначності, а саме: з одного боку вона передбачає правило, що формулюється як імперативна норма, за якою у разі відчуження будівлі чи споруди завжди автоматично і одночасно переходить право на земельну ділянку, з іншого боку, вона містись вимогу щодо обов'язкової вказівки у договорі відчуження нерухомості кадастрового номеру. Це породжує ряд проблем у правозастосуванні, на які вказують науковці Мірошниченко А.М. та Ріпенко А.І. зазначаючи, що є підхід, за яким не відбувається переходу права на земельну ділянку у випадку, якщо вона не була сформована на момент відчуження тощо (тобто її начебто не існувало)[6]. На думку згаданих науковців, дана проблема виникла через надто жорсткі вимоги з точки зору обороту, які висуває ст. 120 ЗК України, а всі двозначності зазначеної статті повинні тлумачитись з урахуванням її мети – забезпечити

---

[1] Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III в редакції від 05.01.2013// Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27.

[2] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 в редакції від 19.01.2013// Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356.

[3] Закон України "Про іпотеку" від 05.06.2003 №898-I // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 38. – Ст. 313.

[4] Закон України "Про оренду землі" від 06.10.1998 № 161-XIV в редакції від 20.12.2015// Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 46. – С. 280

[5] Спіцина Л. Особливості відчуження земельних ділянок, на яких розташовані будови, споруди, житлові будинки / Л. Спіцина // Землевпорядний вісник. – 2008. – №3. – С. 49.

[6] Мірошниченко А.М., Ріпенко А.І. Будівлі на чужій землі: минуле чи майбутнє? / А.М. Мірошниченко, А.І. Ріпенко// Співвідношення екологічного, природоресурсного, земельного та аграрного права: матеріали до круглого столу 9 грудня 2011 р./ За заг. ред. А.П. Гетьмана та М.В. Шульги. – Х.: Національний університет "Юридична академія України імені Ярослава Мудрого", 2011. – С. 165.

єдність юридичної долі земельної ділянки та будівлі[1]. На наш погляд, важливо, щоб був забезпечений одночасний перехід права на земельну ділянку і будівлю, тож в даному випадку доцільним є зменшення ступеню його двозначності, а саме скасувати вимогу щодо обов'язкової вказівки у договорі відчуження нерухомості кадастрового номеру (що надасть правилу, передбаченому ст. 120 ЗК України, більшої чіткості).

Іншим прикладом недоліків у сфері правового регулювання реалізації принципу єдності юридичної долі земельної ділянки та об'єктів нерухомості, які на ній розташовані, може бути ч. 3 ст. 7 Закону України "Про оренду землі", яка прямо вказує на те, що договором, який передбачає набуття права власності на житловий будинок, будівлю або споруду, припиняється договір оренди земельної ділянки в частині оренди попереднім орендарем земельної ділянки, на якій розташований такий житловий будинок, будівля або споруда, тобто сам договір оренди залишається чинним для нового орендаря. Разом з тим, оскільки відповідно до Закону України "Про оренду землі" підставою набуття права оренди земельної ділянки є договір оренди такої ділянки, то існує думка, що новий власник будівлі чи споруди повинен укладати новий договір із власником землі. Наприклад, С. Рєзніченко вважає, що встановлення договором відчуження об'єкта нерухомості умов про перехід права користування земельною ділянкою не звільняє нового власника об'єкта нерухомості від обов'язку врегулювати земельні питання безпосередньо із власником землі[2].

Судова практика вирішення господарських спорів, нажаль, йде тим самим шляхом. Так, Вищий господарський суд України в своїх Узагальненнях судової практики розгляду господарськими судами справ у спорах, пов'язаних із земельними правовідносинами від 01.01.2010[3] в абз. 3 пп. "а" п.2.2.3 зазначає, що у вирішенні спорів про право власника об'єкта нерухомості на земельну ділянку, на якій він розташований, судам слід враховувати, що виникнення права власності на об'єкт нерухомості не є підставою для автоматичного виникнення права власності чи укладення (продовження, поновлення) договору оренди земельної ділянки. Фактично Вищий господарський суд України зазначає, що правочин щодо переходу права власності на об'єкт нерухомості є лише передумовою для переходу відповідного права на землю, яке потрібно оформлювати відповідно до чинного законодавства України.

На нашу думку, така підстава набуття права оренди земельної ділянки, як наявність договору оренди такої ділянки, при автоматичному переході дотри-

---

[1] Там само.

[2] Резніченко С. Перехід прав на земельні ділянки, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна / Софія Резніченко // Підприємство, господарство і право. – 2012. – №5. – С. 174.

[3] Узагальненнях судової практики розгляду господарськими судами справ у спорах, пов'язаних із земельними правовідносинами від 01.01.2010 // Вісник господарського судочинства. – 2010. – № 1.

мується. Однак, якщо б ч. 3 ст. 7 ЗУ "Про оренду землі" була викладена у такій редакції: "до особи, яка набула право власності на житловий будинок, будівлю або споруду, що розташовані на орендованій земельній ділянці, з моменту набуття такого права також переходить право оренди на цю земельну ділянку", то таке формулювання норми права дозволило б уникнути зазначених вище непорозумінь.

В теорії права під ефективністю правової норми розуміють співвідношення між фактичним результатом її дії і тією соціальною ціллю, для досягнення якої ця норма була прийнята[1]. До такого ж висновку дійшли Нікітинський В. у своїй монографії "Ефективність норм трудового права"[2] та Іконицька І. у своїй монографічній роботі "Проблеми ефективності у земельному праві"[3]. Нажаль, норми права, що закріплюють принцип єдності юридичної долі земельної ділянки та об'єктів нерухомості, які на ній розташовані, не у всіх випадках досягають своєї соціальної цілі – одночасного переходу прав на земельні ділянки та будівлі чи споруди, які на них розташовані (єдності юридичної долі земельної ділянки та об'єктів нерухомості, які на ній розташовані).

Тетяна Юзько,
аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ,
викладач правових дисциплін,
Барський гуманітарно-педагогічний коледж ім. М. Грушевського

РОЛЬ ДЕРЖАВИ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ І РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПРАЦЮ

Конституція України проголосила людину, її права та свободи найвищою соціальною цінністю. Одним із гарантованих Основним законом є право людини на працю.

Право на працю є невід'ємним правом кожної людини без якого неможливо уявити її існування як у фізичному, так і в соціальному аспекті. Насамперед воно означає свободу праці, а також право на вільний вибір професії.

Як зазначає Н.Д. Гетьманцева «право на працю можна визначити у широкому і вузькому розумінні. У широкому розумінні право на працю – це право кожного громадянина вимагати у держави створення правових механізмів, які гарантують можливість кожному громадянину вибір місця роботи, виду діяльності й роду занять та створюють умови і фактори, що спрямовані на реалізацію

[1] Теория государства и права. Под. ред. М.Н. Марченко. – М.: Изд-во Моск. Ун-та., 1987. – С. 394 – 396.

[2] Никитинский В. И. Эффективность норм трудового права / В. И. Никитинский, В. Н. Кудрявцев, Р. З. Лившиц. – М.: Юрид. лит., 1971. – 280 с.

[3] Иконицкая И. А. Проблемы эффективности в земельном праве. - Москва: Наука, 1979. - 183 с.

права на працю, самовираження людини у процесі трудової діяльності та її захист. У вузькому розумінні право на працю – це забезпечене і гарантоване на конституційному рівні право особи мати можливість реалізувати свою здатність до праці, шляхом укладення трудового договору, чи в інший спосіб, для задоволення своїх матеріальних і духовних потреб, а відтак, юридично гарантована можливість вимагати від роботодавця усунення незаконних перепон для реалізації даного права»[1].

Таким чином, можна стверджувати, що вказане право виступає свого роду фундаментом, на якому ґрунтуються всі інші права та свободи людини у сфері праці. Як зауважує Попов С.В., саме воно (право на працю) визнається головним і визначальним у системі прав, закріплених за членами суспільства. Право на працю та умови його реалізації визначають зміст усіх норм трудового права як галузі права і їх внутрішню узгодженість відповідно до об'єктивних потреб розвитку соціально-трудових відносин[2].

Держава повинна створювати умови для реалізації громадянами права на працю, забезпечувати їх соціальні права, забезпечувати їх гарантії. Так, Основний Закон у ч. 2 ст. 43 закріплює положення про те, що держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю, гарантує рівні можливості у виборі професії та роду діяльності, реалізує програми професійного навчання, підготовки та перепідготовки кадрів відповідно до суспільних потреб, заборону примусової праці; право на належні, безпечні і здорові умови праці; право на своєчасне одержання винагороди за працю не нижче встановленого законом мінімального розміру. Як бачимо, держава гарантує кожному право на працю шляхом встановлення рівних можливостей до працевлаштування за вільним вибором.

КЗпП України, відповідно до ст. 2 закріплює право на одержання роботи з оплатою праці не нижче встановленого державою мінімального розміру, – включаючи право на вільний вибір професії, роду занять і роботи. Таким чином, законодавець визначає право на працю як право вільного вибору праці. Проект Трудового кодексу в статті 3 також стало визначає принцип свободи праці, що включає право на працю, яку кожен вільно обирає або на яку вільно погоджується[3].

Зміст даного права закріплений у Загальній декларації прав людини, прийнятій Організацією Об'єднаних Націй у 1948 році, і полягає у можливості заробляти собі на життя працею, яку людина сама обирає чи на яку погоджується.

---

[1] Гетьманцева Н.Д. Правове регулювання трудових відносин в сучасних умовах господарювання: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня док. юрид. наук: спец. 12.00.05 / Н.Д. Гетьманцева. – К., 2015. – С. 27.

[2] Попов С.В. Правовий механізм реалізації конституційного права на працю в сучасних умовах // автореф. дис. на здобуття наук. ступеня док. юрид. наук: спец. 12.00.05 / С.В. Попопов. – К., 2010. – С. 9.

[3] Трудовий кодекс України: Проект у редакції від 05.07.2004 р. [Ектронний ресурс]. – Режим доступа: http:www.rada.gov.ua.

Крім права на працю, статтями 4, 7, 23 та 24 Загальної декларації прав людини, закріплено: право на рівну оплату за рівну працю без будь-якої дискримінації; право на захист від безробіття; право на справедливі та сприятливі умови праці; право на справедливу і задовільну винагороду, що забезпечує гідне існування людини для неї самої та її родини і яке при необхідності доповнюється іншими засобами соціального забезпечення; право створювати професійні спілки і входити до них для захисту своїх інтересів; право на відпочинок і дозвілля, включаючи право на розумне обмеження робочого дня і на оплачувану періодичну відпустку.

Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права закріплює, що держави, які беруть у ньому участь, визнають право на працю, що включає право кожної людини мати можливість заробляти собі на життя працею, яку вона вільно обирає або на яку вільно погоджується, і зроблять належні кроки до забезпечення цього права. Європейська соціальна Хартія проголосила право на працю першим серед соціальних прав і вказала, що кожен повинен мати можливість заробляти собі на життя працею за вільно обраною спеціальністю (ст. 1). Таким чином, зміст права на працю, закріпленого у національному законодавстві, в цілому відповідає вимогам міжнародних стандартів.

Необхідно зазначити, що важливою у забезпеченні вищевказаних трудових прав громадян є роль держави, яка має здійснити усі можливі заходи щодо їх захисту та реалізації.

Основу юридичного механізму забезпечення права людини на працю складають гарантії, що передбачені частиною 2 ст. 43 Конституції України, та відповідне галузеве законодавство (ст. 5-1 КЗпП). В теорії права під юридичними гарантіями розуміється система нормативновизначених, організаційнооформлених засобів і способів, що забезпечують реальне втілення прав, свобод, обов'язків людини[1]. Суть даних гарантій зводиться до проведення державою соціальної політики, яка спрямована на створення робочих місць і забезпечення продуктивної зайнятості.

Сьогодні політика у сфері праці повинна бути спрямована на активне використання правових стандартів та на їх подальший розвиток. Як відомо, основою буд-якої держави є її економіка, тому обов'язок держави в особі її органів і посадових осіб охоплює, перш за все, створення сприятливих умов для розвитку економіки, економічної діяльності, яка не повинна суперечити державній політиці у даній сфері, оскільки політика держави спрямована на створення тих умов, які забезпечують достойне життя людей праці шляхом захисту від безробіття і забезпечення реалізації права на працю, яка б відповідала суті єдиного ринку з його правовими основами[2].

---

[1] Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): Підручник. Видання 2-ге перероб. і доповн. / О.Ф. Скакун. – Харків: Епада, 2009. – 752 с.

[2] Гетьманцева Н.Д. Забезпечення реалізації права на працю і захисту громадян від безробіття / Н.Д.Гетьманцева // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 6. – С. 85.

Державна політика повинна бути спрямована на захист прав працівника. Необхідно відзначити, що державна реалізація політики повинна відбуватися не тільки на державному рівні, а також знаходити своє відображення як у колективних, так і індивідуальних договорах. Так як великого значення набули відносини соціального партнерства в установленні та застосуванні умов праці, то на перше місце виходять договірні способи реалізації права на працю. Створення повноцінної системи соціального партнерства стало важливим напрямком політики держави, оскільки договірне регулювання дозволяє максимально забезпечити реалізацію права людини на працю.

Оскільки Україна є соціальною державою, то одним з основних принципів діяльності якої є створення умов, що забезпечують гідне життя й вільний розвиток людини. Ефективність правового регламентування реалізації права на працю – одна з ознак соціальної держави, оскільки створення громадянам реальних можливостей для одержання роботи відповідно до своєї професії і здібностей відіграє важливу роль у забезпеченні гідного життя й вільного розвитку людини.

Алла Юшко,
к. ю. н., доцент, доцент кафедри трудового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

НОРМИ, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ПРАЦЕВЛАШТУВАННЯ ВИПУСКНИКІВ ВНЗ: ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ

Законом України від 01.07.2014 № 1556-VII "Про вищу освіту" (п. 4 пп. 2) Розділу XV "Прикінцеві та перехідні положення") були внесені зміни до Закону України від 23.05.1991 № 1060-XII "Про освіту", зокрема, виключено частину 2 статті 52, відповідно до якої випускники вищих навчальних закладів, що здобули освіту за кошти державного або місцевого бюджетів, направлялися на роботу і зобов'язувалися відпрацювати за направленням і в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Кабінету Міністрів України у шестимісячний строк з дня набрання чинності новим Законом України "Про вищу освіту" доручалося привести свої нормативно-правові акти у відповідність до нього (п. 5 пп. 6) Розділу XV "Прикінцеві та перехідні положення" Закону України від 01.07.2014 № 1556-VII "Про вищу освіту").

Постановою від 15.04.2015 № 216 Кабінет Міністрів України вніс зміни і доповнення до своєї постанови від 22 серпня 1996 р. № 992 "Про Порядок працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням". Так, зокрема, у Порядку працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням, виключено пункт 8, що передбачав обов'язок

випускників, які уклали угоду з вищим навчальним закладом після зарахування на навчання, відпрацювати за місцем призначення не менше трьох років. При цьому в зазначеному Порядку залишилися пункти 4, 6, 14 і 17, згідно з якими зберігається обов'язок випускника відпрацювати три роки за направленням, а також відшкодувати у встановленому порядку до державного бюджету вартість навчання та компенсувати замовникові всі витрати у разі неприбуття молодого фахівця за направленням або відмови без поважної причини приступити до роботи за призначенням тощо.

У зв'язку з цим постало питання щодо застосування законодавства про працевлаштування випускників вищих навчальних закладів. Деякі фахівці у засобах масової інформації висловлюють думку, що Кабінетом Міністрів України не приведено у відповідність до нової редакції ст. 52 Закону України "Про освіту" зазначені вище положення Порядку працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням, що суперечить Конституції України. На їх погляд, обов'язок відпрацювання випускників ВНЗ скасовано Законом "Про освіту", тому положення Порядку працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням, щодо відпрацювання молодих фахівців не менше трьох років та відшкодування вартості навчання у разі порушення цього обов'язку не повинні застосовуватися.

Слід, однак, указати, що згідно з пунктом 1 Порядку працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням, цей Порядок розроблено ***не лише*** *відповідно до статті 52 Закону України "Про освіту"*, а й на виконання статті 197 Кодексу законів про працю України та Указу Президента України від 23 січня 1996 р. № 77 "Про заходи щодо реформування системи підготовки спеціалістів та працевлаштування випускників вищих навчальних закладів" в редакції Указу Президента України від 16 травня 1996 р. № 342.

Так, статтею 197 Кодексу законів про працю України (далі — КЗпП України) працездатній молоді — громадянам України віком від 15 до 28 років після закінчення або припинення навчання у загальноосвітніх, професійних навчально-виховних і вищих навчальних закладах, завершення професійної підготовки і перепідготовки, а також після звільнення зі строкової військової служби, військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період, військової служби за призовом осіб офіцерського складу або альтернативної (невійськової) служби надається перше робоче місце на строк не менше двох років.

Молодим спеціалістам — випускникам державних навчальних закладів, потреба в яких раніше була заявлена підприємствами, установами, організаціями, надається робота за фахом на період не менше трьох років у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

Ця норма КЗпП України досі не скасована, не змінена, а отже є чинною та обов'язковою для виконання.

Відповідно до статті 2 Указу Президента України від 23.01.1996 № 77/96 "Про заходи щодо реформування системи підготовки спеціалістів та працевлаштування випускників вищих навчальних закладів" (з наступними змінами і доповненнями) особи, які навчаються за рахунок державних коштів, укладають з адміністрацією вищого навчального закладу угоду, за якою вони зобов'язуються після закінчення навчання та одержання відповідної кваліфікації працювати в державному секторі народного господарства не менше ніж три роки. У разі відмови працювати в державному секторі народного господарства випускники відшкодовують в установленому порядку до державного бюджету повну вартість навчання.

Порядок працевлаштування випускників, які закінчили вищі навчальні заклади за рахунок коштів відповідних юридичних та фізичних осіб, визначається угодами між ними.

Випускники, які закінчили вищі навчальні заклади за власний рахунок, мають право обирати місце працевлаштування за особистим бажанням.

Статтею 3 зазначеного вище Указу Президента України на Кабінет Міністрів України покладався обов'язок затвердити у місячний строк порядок формування державного контракту на підготовку спеціалістів для роботи в державному секторі народного господарства, форму угоди, зазначену в статті 2 цього Указу, умови працевлаштування випускників, які направляються на роботу в державний сектор народного господарства, та порядок відшкодування випускниками до державного бюджету вартості навчання у разі порушення ними умов угоди щодо працевлаштування.

Таким чином, обов'язок працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням, на період не менше трьох років, передбачено законом (частина 2 ст. 197 КЗпП України). Обов'язок таких випускників відпрацювати за фахом у державному секторі економіки не менше ніж три роки, а також відшкодувати в установленому порядку до державного бюджету повну вартість навчання у разі їх відмови працювати за направленням встановлений досі чинним Указом Президента України від 23.01.1996 № 77/96 "Про заходи щодо реформування системи підготовки спеціалістів та працевлаштування випускників вищих навчальних закладів".

Тому, на наш погляд, підстав стверджувати, що Кабінет Міністрів України, який не скасував пунктів 4, 6, 14, 17 Порядку працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням, щодо необхідності відпрацювання випускниками певного строку й обов'язку відшкодування до державного бюджету вартості навчання та компенсації замовникові усіх витрат у разі відмови відпрацювати за направленням, порушив частину 2 ст. 19 Основного Закону, нема. Кабінет Міністрів України як державний орган виконавчої влади діяв на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією України та Законами України.

Ще одна проблема пов'язана з питанням правомірності встановлення у за-

конодавстві обов'язкового відпрацювання випускників ВНЗ за направленням та відповідальності за його порушення. Так, висловлюється позиція, що передбачений постановою Кабінету Міністрів України обов'язок відпрацювання випускниками вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням, певного періоду у замовника суперечить статтям 22, 43 Конституції України і є проявом примусової праці, а відшкодування вартості навчання у разі відмови випускників відпрацювати за направленням суперечить положенням статті 53 Основного Закону щодо права кожного громадянина безоплатно здобувати вищу освіту в держаних і комунальних навчальних закладах на конкурсній основі.

За офіційним тлумаченням Конституційного Суду України, наведеним у Рішенні від 04.03.2004 № 5-рп/2004 "У справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини третьої статті 53 Конституції України "держава забезпечує доступність і безоплатність дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної, вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах" (справа про доступність і безоплатність освіти)", *безоплатність* вищої освіти означає, що громадянин має право здобути її відповідно до стандартів вищої освіти без внесення плати в державних і комунальних навчальних закладах на конкурсній основі (частина четверта статті 53 Конституції України) в межах обсягу підготовки фахівців для загальносуспільних потреб (державного замовлення).

На нашу думку, покладення обов'язку на особу, яка скористалася своїм правом на вищу освіту, щодо відпрацювання на роботі, визначеній державою, не є примусовою працею, яка заборонена відповідно до вимог чинного національного та міжнародного законодавства.

У даному випадку слід чітко розрізняти права і обов'язки сторін правовідносин із здобуття освіти та правовідносин із надання робочого місця.

Відповідно до ст. 64 Закону України "Про вищу освіту" держава у співпраці з роботодавцями забезпечує створення умов для реалізації випускниками вищих навчальних закладів права на працю, гарантує створення рівних можливостей для вибору місця роботи, виду трудової діяльності з урахуванням здобутої вищої освіти та суспільних потреб.

Безоплатність освіти (навчання за державним замовленням) передбачає надання відповідних освітніх послуг без внесення за це оплати будь-якого виду. Дані правовідносини між особою та, в конкретному випадку, державою, передбачають виникнення такого правового зв'язку між зазначеними суб'єктами: праву особи на безоплатну освіту (навчання за державним замовленням) кореспондує обов'язок держави надати таку освіту у встановленому законом порядку.

Студенти ВНЗ, підготовка яких здійснюється за державним замовленням, не вносять плату за навчання. Більш того, вони в установленому порядку отримують стипендію із коштів державного чи місцевих бюджетів.

Однак, повна реалізація відповідних прав та обов'язків із надання державою особі безоплатної освіти (навчання за державним замовленням) передбачає виникнення іншого складу правовідношення, в якому вже праву держави на результати трудової діяльності особи, яка здобула вищу освіту за державним замовленням, кореспондує обов'язок цієї особи здійснювати таку трудову діяльність на умовах, встановлених державою. Це інший вид правовідносин, який виникає в результаті реалізації особи права на безкоштовну вищу освіту.

Укладаючи угоду (правочин) з вищим навчальним закладом про надання освітніх послуг за державним замовленням, особа (абітурієнт) бере на себе відповідні зобов'язання, що встановлені як законодавством, так і угодою про надання освітніх послуг, а саме: зобов'язання після закінчення навчання та одержання відповідної кваліфікації працювати у державному секторі економіки не менше ніж три роки.

Згідно з теорією договірного права одностороння відмова від умов правочину за загальним правилом не допускається. Однак пункт 14 Порядку працевлаштування випускників, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням, містить виняток із загального правила і допускає можливість відступлення особи (випускника ВНЗ) від взятих зобов'язань за певної умови — відшкодування вартості навчання. У даному разі немає підстав говорити про незаконність такої нормативної умови, оскільки вона розширює варіанти поведінки особи і надає їй ширший спектр вибору. В протилежному випадку (за відсутності альтернативного варіанту поведінки) відмова особи, яка навчалася за державним замовленням, працювати в державному секторі народного господарства протягом трьох років буде розцінюватися не інакше як порушення умов договору про надання освітніх послуг.[1]

Вважаємо, що направлення випускника на роботу не є примусовою працею, оскільки вступу особи до вищого навчального закладу за державним замовленням передує вільний вибір такою особою майбутньої професії та роду занять. Укладаючи угоду про підготовку фахівців з вищою освітою, особа обізнана із родом та характером майбутньої роботи, яка може бути запропонована виключно в межах її спеціальності та кваліфікації. Вступаючи на навчання за державним замовленням та укладаючи відповідну угоду, особа-абітурієнт є обізнаною із фактом необхідності відпрацювання певного строку після закінчення навчання, а тому, у випадку неприйнятності місця майбутньої роботи, має законну можливість відмовитися від укладення даного правочину. Якщо ж така особа підписує угоду, то таким чином вона демонструє своє добровільне волевиявлення на виникнення зазначених правовідносин, а тому має нести відповідальність за невиконання зі своєї сторони умов угоди. В даному випадку

[1] Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 22 серпня 1996 року» від 14.09.2009 № 3/609 "Про оскарження постанови Кабінету Міністрів України N 992 «Про Порядок працевлаштування випускників вищих навчальних закладів, підготовка яких здійснювалась за державним замовленням».

компенсація вартості навчання випускником, який відмовляється відпрацювати певний строк за направленням, слід розглядати не як плату за навчання, а як юридичний обов'язок, який настає за порушення умов угоди.

Ольга Явор,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

СТРОКИ В СІМЕЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Час впливає на правовідносини не сам по собі,а через ті чи інші юридичні факти, які ним обумовлюються або обмежуються, тому законодавець використовує категорію строк.

Строком є певний період у часі, зі спливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення.[1] У праві відображаються майже всі часові параметри будь-якої юридично значущої діяльності, у тому числі її тривалість, інтенсивність, переривчастість (безперервність). Правова матерія фіксує чіткі часові межі різного роду дій – дозволених, заохочувальних, рекомендованих або необхідних, а також настання після їх закінчення певних юридичних наслідків. Існують різні форми використання тимчасових категорій у правових нормах, однак безсумнівною є та обставина, що від точного вибору і обґрунтованого встановлення тимчасового компонента норми права залежить ефективність правового регулювання суспільних відносин у цілому. Можна погодитися з думкою, що строки як окрема категорія серед юридичних фактів постійно перебувають у стані руху, визначають тимчасові параметри тих чи інших правовідносин і перетворюються з дій в події, з суб'єктивної категорії в об'єктивну і навпаки.

Настання або сплив того чи іншого строку завжди спричиняє певні юридичні наслідки, пов'язані з виникненням або припиненням суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. Строки, як справедливо зазначає В. В. Луць, можуть розглядатися в декількох площинах: а) строк як момент виникнення (початку) або припинення правовідносин; б) строк як одна з умов, що визначає його зміст; в) строк як критерій правомірності (своєчасності) поведінки учасників правовідносин тощо[2].

Важливий внесок у розвиток доктринальної характеристики строків вніс В. П. Грибанов. Його вчення про строки справило значний вплив на подаль-

---

[1] Ст.251 Цивільний кодекс України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, №№ 40-44, ст.356) // http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15/page5

[2] Луць В. В. Строки і терміни у цивільному праві : монографія / В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 12.

ший розвиток юридичної науки в цій частині. Він, зокрема, виходив із того, що строки займають особливе місце в системі юридичних фактів і не можуть бути віднесені ані до подій, ані до дій, оскільки мають подвійну природу. Йдеться про те, що сплив строку як періоду часу або настання строку як певної межі в часі є об'єктивним явищем і не залежить від волі людини, але при цьому строк може бути визначено законодавцем, домовленістю сторін, поновлено судом тощо[1].

Однак, на наш погляд, факт встановлення строку законодавцем, судом, сторонами правовідносин не позбавляє саму природу строку об'єктивності. Визначення конкретної тривалості строку є елементом встановлення певної моделі поведінки, як і в будь-якій нормі права. Далі строк, образно кажучи, починає жити своїм власним життям. Щодо переривання, призупинення й відновлення строків, то, вважаємо, йдеться про новий юридичний факт, який тягне самостійні юридичні наслідки.

Саме тому ми виходимо з того, що строки становлять *окремий різновид абсолютних юридичних подій у сімейному праві*, а не самостійний (поза визначеною системою) вид юридичних фактів[2]. Такі обставини можуть мати правоутворюючий, правозмінюючий або правоприпиняючий характер.

Строки у сімейному праві можуть бути визначені шляхом: а) посилання до певної обставин чи дії, яка характеризується в законодавстві (реєстрація або припинення шлюбу, народження або усиновлення дитини, подача заяви тощо); б) зазначення періоду часу (один чи два роки тощо). Перебіг і обчислення строків у сімейних відносинах відбувається відповідно до ЦК України (ст. 12 СК).

Так,наприклад, ***часом реєстрації шлюбу*** є календарна дата державної реєстрації шлюбу державним органом реєстрації актів цивільного стану або іншим уповноваженим законом суб'єктом.

При поданні особами, які бажають зареєструвати шлюб, уповноваженим працівником призначається *дата державної реєстрації* (число, місяць, рік), а також вказуються години і хвилини такої реєстрації. Державна реєстрація шлюбу підтверджується відповідним актовим записом із фіксацією дати (число, місяць, рік) державної реєстрації шлюбу.

За загальним правилом, встановленим ст. 32 СК України, шлюб реєструється *після спливу одного місяця* з дня подання заяви про державну реєстрацію шлюбу. Такий строк встановлений для того, щоб працівники державного органу реєстрації актів цивільного стану мали можливість перевірити такі дані, які за-

---

[1] Грибанов В. П. Сроки в гражданском праве / В. П. Грибанов. – М., 1967. – С. 3-48.

[2] Маємо зауважити, що наведена точка зору не є загальновизнаною в юридичній науці. Так, зокрема, В. В. Луць у роботі «Строки і терміни в цивільному праві» виходить з іншого розуміння природи строків, вказуючи, що «настання або закінчення строку набувають значення не самі по собі, а в поєднанні з подіями або тими діями, для вчинення або утримання від вчинення яких цей строк установлений. <...> Строки не посідають самостійного місця в загальній системі юридичних фактів поряд з юридичними діями та юридичними подіями» (див. Луць В. В. Строки і терміни у цивільному праві : монографія / В. В. Луць. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – С. 18).

явили наречені у заяві про реєстрацію шлюбу, з'ясувати, чи відсутні обставини, що роблять реєстрацію шлюбу неможливою. Крім того, загальний строк – *один місяць* – встановлюється, щоб перевірити серйозність намірів нареченого та нареченої зареєструвати шлюб. Саме з дня державної реєстрації шлюбу у них виникають шлюбні правовідносини.

Сімейним законодавством вперше встановлена можливість *відкладення* реєстрації шлюбу. Протягом цього строку особа, що повідомила про перешкоди до реєстрації шлюбу, повинна подати письмові докази на підтвердження цих фактів. Орган державної реєстрації актів цивільного стану може на прохання зацікавлених осіб або зі своєї ініціативи провести необхідну перевірку. За наявності передбачених законодавством перешкод для державної реєстрації шлюбу орган державної реєстрації актів цивільного стану *відмовляє* в його реєстрації і повинен викласти причину такої відмови у письмовій формі. Якщо відомості про такі перешкоди не дістануть підтвердження, державна реєстрація шлюбу проводиться на загальних підставах(п. 10.2.третього розділу Правил державної реєстрації актів цивільного стану в Україні).[1]

Сімейним законодавством також встановлені *скорочені строки* реєстрації шлюбу. Вперше сімейне законодавство дозволяє реєстрацію шлюбу саме в день подання заяви до органу реєстрації актів цивільного стану, або в будь-який інший день протягом одного місяця. У разі вагітності нареченої, народження нею дитини, а також якщо є безпосередня загроза для життя нареченої або нареченого, шлюб реєструється у *день* подання відповідної заяви або у будь-який інший день за бажанням наречених протягом одного місяця (ч. 2 ст. 32 СК України).

За дозволом керівника державного органу реєстрації актів цивільного стану, за наявності поважної причини, шлюб може проводитися до закінчення зазначеного законом *строку* (один місяць) на підставі спільної заяви наречених та документів, що підтверджують наявність поважної причини. Наприклад, бойові дії, епідемії, стихійні лиха, наявність відомостей про можливість здійснення замаху на вбивство відносно нареченого або нареченої, термінове відрядження за кордон, переїзд на постійне місце проживання, необхідність у терміновому медичному обстеженні.

Якщо наречені не можуть з'явитися з поважної причини для проведення державної реєстрації шлюбу у встановлений день, строк такої реєстрації переноситься за їх письмовою заявою на інший день, про що робиться відповідна відмітка на заяві про державну реєстрацію шлюбу та в журналі обліку заяв про шлюб.

У такому разі строк перенесення державної реєстрації шлюбу не може перевищувати *одного року* від дня подання відповідної заяви. (п. 11.2. третього

[1] Правила державної реєстрації актів цивільного стану в Україні, затверджені Наказом Міністерства юстиції України від 18.10.2000 № 52/5 // http://zakon4.rada.gov.ua

розділу Правил державної реєстрації актів цивільного стану в Україні) (абз. 2 ч. 7 ст. 14 ЗУ «Про акти цивільного стану»)[1]

Державна реєстрація шлюбу проводиться тільки у присутності нареченої та нареченого. Якщо наречені не з'явилися для проведення державної реєстрації шлюбу і не повідомили про причину неявки протягом *трьох місяців* з дня подання відповідної заяви, заява втрачає чинність. (п. 12.2. третього розділу Правил державної реєстрації актів цивільного стану в Україні).

Слід відзначити, що 06.05.2016 р. до Верховної Ради України подано проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної реєстрації актів цивільного стану щодо приведення їх у відповідність з європейськими стандартами»[2], який, як зазначають автори законопроекту, розроблено з метою максимального та якісного задоволення потреб людини у сфері державної реєстрації актів цивільного стану, створення ефективного механізму реалізації прав та інтересів громадян, впровадження у державі європейських стандартів. Законопроектом передбачено подання заяви про державну реєстрацію актів цивільного стану до органу державної реєстрації актів цивільного стану незалежно від місця проживання особи. При цьому нареченим надається можливість виключно за бажанням, без зазначення поважної причини, обирати дату державної реєстрації шлюбу. Позбавлення керівника органу державної реєстрації актів цивільного стану права визначати поважність причин для державної реєстрації шлюбу до спливу місячного строку сприяє усуненню корупційних чинників.

Ірина Ярошенко,
к.ю.н., доцент, доцент кафедри цивільного та трудового права,
Київський національний університет імені Вадима Гетьмана

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА: НАЦІОНАЛЬНІ ТА ЄВРОПЕЙСЬКІ ПРОЦЕДУРИ (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ)

Правосуддя, судовий захист, судова діяльність – ці категорії постійно звучать у контексті судової реформи. Сьогодні можна стверджувати, що необхідно не тільки переглядати існуючі норми, приймати нові закони, але і запроваджувати нові процедури, що дозволять забезпечити ефективність правосуддя. Необхідність оптимізації правосуддя змінює і зміст процесуальної діяльності залежно від категорії справи та інших критеріїв.

---

[1] Закон України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану»(Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010, N 38, ст.509) // http://zakon4.rada.gov.ua

[2] Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної реєстрації актів цивільного стану щодо приведення їх у відповідність з європейськими стандартами» // http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58995.

Розвиток цивільного процесуального права є відображенням розвитку національної судової влади. Але не можна залишати поза увагою процеси глобалізації, поступове стирання кордонів, напрацювання єдиних стандартів правосуддя,принципів захисту прав.

Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі: Угода про асоціацію) передбачено посилення співробітництва у сфері юстиції, свободи та безпеки з метою забезпечення верховенства права та поваги до прав і основоположних свобод людини, зміцнення судової влади, підвищення її ефективності, гарантування її незалежності та неупередженості[1]

Отже, для національного судочинства пріоритетним на шляху розвитку має стати запровадження міжнародних та європейських стандартів в сфері судочинства.

Не може бути ефективного правосуддя без системної реформи судочинства. Слід відійти від хибної практики вирішення окремих проблем відповідно до бачень політичних сил, що перебувають при владі. Ще професор В.І. Синайський у своїй праці «Лекціи по русскому гражданскому процессу» зазначав, що залежне правосуддя не є правосуддям. Ніякими державними інтересами та роздумами про загальну користь не може бути порушено незалежне правосуддя. Немає більшого порушення спільної волі, як недовіра громадян до суду[2].

Але реформа має передбачити розумне застосування міжнародних стандартів. Адже наявність у національному законодавстві відповідних норм не означає їх ефективного упровадження в практику. Закон, що регулює судочинство, не може бути декларативним, він має діяти.

Здійснення ефективного правосуддя у цивільних справах є актуальним для європейської спільноти. Кожна країна-член ЄС має власну судову систему. На сьогодні є неможливим створення єдиного процесу для ЄС. Але з метою забезпечення вільного пересування осіб вживаються заходи у сфері судового співробітництва у цивільних справах, що мають транскордонні наслідки. На засіданні Європейської ради у Тампере (жовтень1999 р.) було прийнято рішення про ухвалення спільних процесуальних правил для спрощення та пришвидшення транскордонного судочинства у дрібних споживчих та комерційних справах. Регламентом №861/2007 Європейського парламенту та Ради від 11 липня 2007 року було запроваджено Європейську процедуру вирішення дрібних спорів (далі: ESCP). Така процедура є додатковою (альтернативною) до тих

---

[1] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Ратифіковано із заявою Законом № 1678-VII від 16.09.2014 // Офіційний вісник України.— 2014. - № 75. – Ст. 2125

[2] Синайський В.И. «Лекціи по русскому гражданскому процессу». – Саратов.Электро-Типо-Литографія С.М. Панина. 1916. – С.30.

інструментів, що існують у законодавстві держав-членів (багато держав-членів запровадили спрощені процедури цивільного судочинства для вирішення дрібних спорів[1].

У проекті Закону України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України» (далі: Проект), який розміщений на сайті Ради з питань судової реформи пропонується доповнити позовне провадження спрощеним позовним провадженням[2]. Ця процедура має спільні риси із процедурою ESCP. Її запровадження має сенс. Так, для національного законодавства прийнятим є сприйняття наказного провадження як спрощеного, що не має нічого спільного із європейським інститутом розгляду дрібних спорів (який і відбувається у порядку спрощеного провадження).

Правила ESCP застосовуються у цивільних справах транскордонного характеру, в яких розмір позовних вимог не перевищує 2000 євро (5000 євро з 2015 року с. 162). Ціна позову визначалася відповідно до принципу пропорційності.

За ст. 223.1 Проекту у порядку спрощеного позовного провадження розглядаються справи за позовними вимогами про стягнення грошових коштів, якщо ціна позову не перевищує ста розмірів мінімальної заробітної плати. У порядку спрощеного позовного провадження за згодою сторін може бути розглянута будь-яка інша справа, віднесена до юрисдикції суду, за виключенням певних категорій справ.

Суттєвою різницею положень аналізованих актів є визначення основного критерію відбору справи: в першому випадку – це тільки ціна позову, а в іншому – як ціна позову так і інші критерії (фактично необмежені).

Відповідно до ст. 2 ESCP ці правила не поширюються на справи про: статус або правоздатність фізичних осіб, право власності, що випливає із шлюбних відносин, зобов'язань з утримання, аліментні зобов'язання заповітів і правонаступництва, соціальне забезпечення, трудові відносини, утримання нерухомого майна (крім дій за грошовими вимогами), порушення недоторканості приватного життя і прав особи, що включає наклеп.

За Проектом, у порядку спрощеного позовного провадження не можуть розглядатися справи: що виникають з сімейних відносин, крім спорів про стягнення аліментів та поділ майна подружжя; щодо спадкування; щодо захисту прав інтелектуальної власності; щодо приватизації державного житлового

[1] Ізарова І.О. Науково-практичний коментар до цивільного процесуального законодавства Європейського союзу: перші загальноєвропейські процедури розгляду і вирішення цивільних та комерційних справ транскордонного характеру – видачі Європейського судового наказу й вирішення дрібних спорів. Частина І / І.О. Ізарова; пер. з англ. І.О. Ізарової, А.В. Сизової. – К: ВД «Дакор», 2016. – С.144, 156.

[2] Проект Закону України «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України» // Режим доступу: http://jrc.org.ua/steps/step/procesual'ne_zakonodavstvo)

фонду; щодо визнання необґрунтованими активів та їх витребування; якщо ціна позову перевищує десять тисяч розмірів мінімальної заробітної плати.

Суд може також відмовити у розгляді справи в порядку спрощеного позовного провадження якщо: судом задоволено клопотання про вступ у справу третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору; прийнято до розгляду зустрічний позов або заявлені позовні вимоги, пов'язані з іншими вимогами, у тому числі до інших осіб; у справі необхідно призначити судову експертизу; з урахуванням обставин справи суд дійшов висновку про недоцільність розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження.

С. 170 ст.5. ESCP передбачає, на відміну від Проекту можливість прийняття зустрічного позову, якщо його ціна не перевищує межу, встановлену для первісного позову. Це виправдано, адже зустрічний позов має самостійний характер і його задоволення, як правило,унеможливлює задоволення первісного. Тобто, спір залишається дрібним. Але разом з цим забезпечується повнота розгляду справи.

Аналіз наведених положень дозволяє прийти до висновку, що і європейська процедура і національна передбачають розгляд справ позовного провадження і мають досить схожі підстави відмови у спрощеному порядку розгляду. Проте, національну процедуру навряд чи можна назвати розглядом дрібних спорів. Якщо ціна позову не перевищує 100 розмірів мінімальної зарплати, то така вимога може бути кваліфікована як дрібний спір. Проте, коли йдеться про ціну позову в 10 000 розмірів мінімальної зарплати, то такий спір не є дрібним.

З цього виникає питання: яка мета запровадження спрощеного позовного провадження? Адже спрощені процедури слід застосовувати там, де немає потреби дотримуватися всіх формальних процедур цивільної процесуальної форми.

Європейська процедура розгляду дрібних спорів має бути письмовою (без судового засідання) (ст. 5). Суд може провести судове засідання, якщо вважатиме це за доцільне, або за клопотанням сторін. Якщо проведення судового засідання визнано необхідним, то воно має відбутися із застосуванням засобів зв'язку на відстані (відео- чи телеконференція), доступних у суді, якщо використання таких технологій відповідає справедливому розгляду справи. Це забезпечує у першу чергу економію судових витрат, пов'язаних із явкою до суду. Проте, сторона може подати запит про можливість особистої присутності на слуханні.

Проект також передбачає можливість розгляду справи без виклику сторін, якщо відсутні клопотання сторін про їх особисту участь, а також за одночасного існування таких умов: предметом позову є стягнення грошової суми, розмір якої не перевищує десяти мінімальних заробітних плат; характер спірних правовідносин та предмет доказування у справі не вимагають проведення судового засідання з викликом сторін та (або) свідків для повного та всебічного встановлення обставин справи.

При розгляді справи у порядку спрощеного провадження суд досліджує докази і письмові пояснення, викладені у заявах по суті справи, а у випадку розгляду справи з викликом учасників справи - також заслуховує їх усні пояснення та показання свідків**.** Судові дебати не проводяться.

Як можна бачити, у національній процедурі спрощеного позовного провадження не приділена увага дійсним інструментам спрощення провадження, які дозволять економити час та судові витрати. Непроведення судових дебатів, коли присутні сторони у судовому засіданні, виглядає нелогічним і штучним «скороченням» процесу.

Таким чином, можна зробити наступні висновки.

1. Запровадження спрощеного позовного провадження відповідає вимогам адаптації національного законодавства до законодавства ЄС.
2. Запропоноване у Проекті спрощене позовне провадження не є за своєю суттю спрощеним, оскільки немає чітко визначеної мети такого провадження; підстави його проведення чітко не визначені, що призведе до надто широкого тлумачення положень закону.
3. Національним законодавством не визначені процесуальні інструменти забезпечення спрощеного позовного провадження.

Ігор Яценко,
доктор філософії в галузі політології,
Адвокат, старший партнер Міжнародного правового центру ЄУКОН
(Варшава, Польща)

СУЧАСНА КОНСТИТУЦІЙНА КРИЗА ПОДІЛУ ВЛАДИ В РЕСПУБЛІЦІ ПОЛЬЩА В КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Питання поділу влади та дискусія щодо сучасного стану його реалізації та спроби його модифікації розгорнулася з новою силою в політичному та науковому середовищі в Республіці Польща одразу після завершення президентських та парламентських виборів у 2015 році. Причиною, зокрема, стало те, що вперше в новітній історії Польщі виникла ситуація, коли уся повнота законодавчої та виконавчої влади зосередилася у однієї політичної сили, а саме партії «Право і Справедливість» на чолі з Ярославом Качинським.

Результатом президенських виборів 2015 року Президентом Республіки Польща було обрано Анджея Дуду, який починав свою політичну діяльність у партії «Право і Справедливість», яка широко підтримувала його під час президенської кампанії. Шефом виборчого штабу А. Дуди була Беата Шидло, також діячка партії «Право і Справедливість», яка пізніше стала Прем'єр-міністром.

Внаслідок парламентських виборів більшість у польському Сеймі та Сенаті також стала належати до партії «Право і Справедливість», яка згідно з поль-

ською конституцією сформувала Раду Міністрів на чолі з Б. Шидло. При цьому лідер партії Я. Качинський формально не обійняв жодної з офіційних державних посад але враховуючи його авторитет та традиції партійної дисципліни, які панують у його партії, він фактично одноособово здійснює вирішальний вплив на діяльність на прийняття рішень законодавчої влади та вирішальну частини виконавчої влади – Раду Міністрів. При цьому можна говорити про його вирішальний вплив також на діяльність та прийняття рішень Президентом Республіки Польща А. Дудою.

На момент завершення виборів 2015 року тільки судова гілка влади залишалася поза безпосереднім політичним впливом партії «Право і Справедливість».

Таким чином створилася абсолютно унікальна політична ситуація, в якій питання поділу влади, дієвості механізмів стримування і противаг, рівноваги гілок влади, яка становить в Польщі конституційну засаду реалізації поділу влади, перестало бути тільки теоретичним постулатом в частині запобігання зосередження влади в одних руках. В ситуації, що склалася, питання дієвості поділу влади як головного інструменту запобігання зосередження влади в одних руках, стало викликом для польської політичної та правової думки.

В листопаді 2015 року розпочалися і продовжуються до цього часу спроби нової влади встановити, якщо не контроль, то нейтралізувати судову гілку влади, а саме Конституційний трибунал. Ці спроби реалізовувалися у вигляді: 1) відмови Президента Республіки Польща приймати присягу у суддів Конституційного трибуналу, які були обрані Сеймом ще попередньої каденції; 2) обрання Сеймом нової каденції «нових» суддів Конституційного трибуналу та прийняття у них присяги Президентом Республіки Польща, внаслідок чого на сьогодні обрано вже 18 суддів Конституційного трибуналу, хоча ч. 1 ст. 194 Конституції Республіки Польща[1] становить, що Конституційний трибунал складається з 15 суддв; 3) ухвалення змін до Закону «Про Конституційний трибунал»[2, 3, 4], які: а) збільшують можливість впливу законодавчої та виконавчої гілок влади на Конституційний трибунал, зокрема, шляхом більшого впливу на формування складу Конституційного трибуналу, притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів; б) утруднюють або блокують можливість виконання Конституційним трибуналом своїх функцій, зокрема, шляхом встановлення правил щодо розгляду справ в порядку їх надходження, необхідності розгляду більшості справ у повному складі, правила прийняття рішень кваліфікованою більшістю

[1] KONSTYTUCJA RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483. – c. 43

[2] USTAWA z dnia 19 listopada 2015 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym. Dz.U. 2015 poz. 1928

[3] Ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym. Dz. U. 2015 poz. 2217

[4] Ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym. Dz. U. 2016 Poz. 1157 tom 1

у 2/3 голосів (хоча ч. 5 ст. 190 Конституція Республіки Польща передбачає просту більшість при прийнятті рішень Конституційним трибуналом[1]); 4) відмови публікувати рішення Конституційного трибуналу про визнання такими, що суперечать Конституції Республіки Польща положень змін до Закону «Про Конституційний трибунал».

Ситуація, що склалася навколо Конституційного трибуналу стала також предметом розгляду та оцінки Європейської комісії за демократію через право (Венеційська комісія), яка 11 березня 2015 року затвердила «Висновок №833/2015 в справі новелізації закону від 25 червня 2015 р. про Конституційний трибунал Республіки Польща»[2]. У цьому висновку Венеціанська комісія, зокрема, неодноразово звертає увагу на те, що спроба законодавчої влади в Польщі внести зміни до закону про Конституційний трибунал у тому вигляді, як вони сформульовані в законодавчих актах, безпосередньо впливає на порушення балансу рівноваги влад в закріпленому в конституції Польщі поділі влади. «Наслідки новелізації – особливо в контексті їх загального значення – загрожують не тільки законності, але також функціонуванню усього демократичного ладу, що випливає з можливості нейтралізувати істотний елемент належного функціонування згаданої системи поділу влади»[3].

Польська конституційна криза поділу влади стала також предметом розгляду та застосування правових механізмів захисту правової держави у Європейському Союзі. Наслідком цього стало порушення процедури захисту правової держави, передбаченої ст. 7 Договору про Європейський союз[4], яка застосовується в разі наявності ризика істотного порушення державою-членом спільних цінностей, зокрема, таких як демократія та правова держава. Згідно з ч. 3 ст. 7 Договору про Європейський союз результатом застосування цієї процедури може стати рішення про призупинення деяких передбачених ДЄС прав держави-члена, включаючи право голосу уряду держави члена в Раді Європи[5].

---

[1] KONSTYTUCJA RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483. – c. 42

[2] EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). OPINION ON AMENDMENTS TO THE ACT OF 25 JUNE 2015 ON THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL OF POLAND, Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016) [Електронний ресурс] Режим доступу: http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)001-e

[3] EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). OPINION ON AMENDMENTS TO THE ACT OF 25 JUNE 2015 ON THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL OF POLAND, Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016) [Електронний ресурс] Режим доступу: http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)001-e. C. 16

[4] Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana). - Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej. C 202. Tom 59. 7 czerwca 2016. – C. 13-46

[5] Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana). - Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej. C 202. Tom 59. 7 czerwca 2016. – c. 19

Ця процедура ще ніколи не застосовувалася в історії Європейського Союзу і ситуація в Польщі може стати першим таким випадком[1]. Для застосування цієї процедури необхідно пройти три попередні етапи, передбачені Новою правовою структурою захисту правової держави[2], які складаються з: 1) оцінки Європейської Комісії: Європейська Комісія збирає, аналізує і оцінює інформацію щодо наявності підстав для ствердження загрози для правової держави; 2) рекомендації Європейської Комісії: Європейська Комісія публікує «Рекомендації у справі правової держави» для держави-члена щодо вирішення виявлених проблем у визначений строк та інформування Європейської Комісії щодо дій, які були виконані країною-членом на виконання цих рекомендацій; 3) заходів, які були виниконані на виконання рекомендацій Європейської Комісії: моніторинг заходів країни-члена, скерованих на виконання рекомендацій. В разі відсутності задовільних заходів протягом встановленого строку Європейська Комісія може скористатися механізмом перебаченим ст. 7 Договору про Європейський союз.

На сьогодні справа конституційної кризи у поділі влади в Польщі знаходиться на третьому етапі. Оцінка Європейської Комісії була підготовлена 1 червня 2016 року[3]. Рекомендації Європейської Комісії були затверджені 27 липня 2016 року[4] і передбачають трьохмісячний термін (тобто до 27 жовтня 2016 року) на виправлення ситуації в Польщі. Однак, враховуючи набуття 16 серпня 2016 року чинності нового Закону від 22 липня 2016 року «Про Конституційний трибунал»[5], який зберігає більшість з норм, які стали підставою для підготовчої процедури захисту правової держави в Європейському Союзі вірогідність застосування до Польщі процедури, яка передбачена ст. 7 Договору про Європейський союз є дуже високою.

---

[1] Opinia Komisji w sprawie praworządności w Polsce i ram na rzecz praworządności Pytania i odpowiedzi z dnia 1 czerwca 2016 r. [Електронний ресурс] Режим доступу: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-2017_pl.htm

[2] Ochrona państwa prawnego w Unii Europejskiej - Komisja Europejska przedstawia nowe ramy prawne. Komunikat prasowy Komisji Europejskiej z dnia 11 marca 2014 r. [Електронний ресурс] Режим доступу: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-237_pl.htm

[3] Opinia Komisji w sprawie praworządności w Polsce i ram na rzecz praworządności Pytania i odpowiedzi z dnia 1 czerwca 2016 r. [Електронний ресурс] Режим доступу: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-2017_pl.htm

[4] ZALECENIE KOMISJI z dnia 27.7.2016 r. w sprawie praworządności w Polsce. [Електронний ресурс] Режим доступу: http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/recommendation-rule-of-law-poland-20160727_pl.pdf

[5] USTAWA z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym. Dz.U.2016.1157 z dnia 2016.08.01

Ірина Биля-Сабадаш,
к.ю.н., доц. кафедри теорії держави і права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЮРИДИЧНІ ФІКЦІЇ І ЇХ ВПЛИВ НА ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА

Юридична фікція - це техніко-юридичний прийом, за допомогою якого неіснуючі явища визнаються юридично існуючими, або, навпаки, існуючі явища визнається юридично неіснуючим. В точному перекладі з латини «fictio» – вигадка, вимисел. Видатний німецький правознавець Рудольф фон Ієрінг (1818-1892 рр.) описував юридичні фікції як «як акт, що лише здається», за допомогою якого досягається певний результат, схвалений даною системою права. Він образно характеризував фікції як «юридичну неправду, освячену необхідністю»[1].

Юридична фікція як прийом юридичної техніки стала застосовуватися свідомо і отримала широкого поширення в стародавньому римському і середньовічному англійському праві. Зокрема, одним з видів позовів в римському праві стали фіктивні позови, тобто позови з використанням фікції. При цьому претор пропонував судді допустити в формулі наявність фактів, яких в дійсності не існувало. Фікції відіграли значну роль також в еволюції загального права. Фактично вони виконували ту саму роль, що і фікції в римському праві: допомагали долати консерватизм і формалізм права. Юридичні фікції виступили важливим інструментом розвитку мусульманського, індуського, іудейського права[2].

Наукова розробка даного поняття починається з середини XIX ст. Учені, які аналізували у своїх працях юридичну фікцію, надавали їй різної оцінки. Серед противників визнання цінності правової фікції найбільш чітку та найбільш радикальну позицію сформулював відомий англійський правник І. Бентам. У своїх наукових працях він неодноразово критикував застосування юридичної фікції в англійській юриспруденції, а його найбільш відомим висловом щодо цього є наступні слова: «В англійському праві фікція – це хвороба, яка, проходячи по всіх венах, завдає ніщивного удару по всій системі». Головною вадою юридичної фікції він вважав те, що за її допомогою створювалися правові конструкції, не передбачені чинним законодавством, а судді, використовуючи юридичні фікції, фактично привласнювали собі законодавчу функцію парламенту.

---

[1] Цит. по: Іванський А. І. Роль юридичних фікцій у регулюванні відносин фінансово-правової відповідальності // А. І. Іванський. – Форум права. – 2008. – № 3. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/e-journals/FP/2008-3/08iajvfv.pdf. – С. 202.

[2] Филимонова И. В. Юридические фикции в праве стран Запада и Востока: историческое наследие: Монография / И. В. Филимонова. – М.: Юрлитинформ, 2012. – С. 4 – 8.

Д. Остін, навпаки, вважав, що юридичну фікцію не слід розглядати як виключно негативне правове явище. Появу та використання юридичних фікцій у Римі Д. Остін пов'язував із суспільними змінами, за врегулюванням яких не встигало формальне квіритське право. А оскільки використання фікції допомогло у подальшому встановленні та розвитку римського права, це правове явище доцільно використовувати і у англійському загальному праві, яке успадкувало багато інших римських правових інститутів. В. Блекстоун у своїй праці «Коментарі до англійського права» неодноразово звертався до аналізу юридичної фікції, зазначаючи виключно позитивні сторони її використання в англійському праві.

Ряд учених (зокрема, Мейер Д. І., Мен Г. С., Муромцев С. А.) визнавали позитивне значення юридичної фікції в правовому регулюванні суспільних відносин, але розглядали як тимчасовий архаїчний прийом, який слід відкинути, як тільки право стане досить розвиненим.

Дж. Грей визнавав позитивне значення юридичних фікцій, але вважав, що з розвитком права слід обмежити значення фікції як прийому, за допомогою якого змінювалося чинне право. Натомість більшого використання мають набувати так звані догматичні фікції, які не змінюють чинне право через суддівську правотворчість, а закріплюються в законодавстві. Г. Ф. Дормідонтов розглядав фікцію як особливий прийом юридичної техніки, без якого право не може обійтися. На думку Л. Фуллєра юридичні фікції повинні відігравати виключно допоміжну роль. Він вважав, що юридичним фікція притаманні властивості неправдивості, корисності та небезпечності[1].

В цілому в юридичній науці переважає виважений підхід в оцінці юридичної фікції. Визнається, що вона притаманна різним типам правових систем минулого і сучасності, має виражену практичну корисність, але її використання повинно бути розумним, обґрунтованим.

Основними властивостями юридичних фікцій як техніко-юридичного прийому є наступні. *По-перше*, фікція є особливим прийомом мислення, який полягає у вирішенні певного завдання за допомогою неправдивого положення. Вона проявляється у виді тверджень, які містять елемент, неправдивість якого відома, але який при цьому є зручним і навіть необхідним для того, щоб отримати певні бажані результати. Юридична фікція – такий самий прийом, що використовується в праві. *По-друге*, юридична фікція закріплюється в праві, в силу чого набуває обов'язковості і здатності викликати різноманітні юридичні наслідки. *По-третє*, сутністю юридичної фікції є те, що юридична обов'язковість надається завідомо неістинним фактам. *По-четверте*, специфіка фікції як положення свідомо неістинного обумовлює те, що вона є імперативною за своєю природою. *По-п'яте*, юридична фікція має конвенціональний характер. Вона

[1] Суханова Д. С. Історико-теоретичний аналіз правової фікції у західній науці /Д. С. Суханова // Актуальні проблеми держави і права. – 2012. – Вип. 65. – С. 261 – 265.

не може скластися стихійно і сформулюватися без свідомої людської діяльності. Навпаки, для її виникнення необхідно, щоб суб'єкти умовилися між собою (або щоб одні приписали іншим), що відтепер вони будуть сприймати за істину те чи інше положення, хоча усім відомо, що воно не відповідає дійсності, створене з метою досягнення певних цілей в регулюванні суспільних відносин.

В сучасному праві доволі високим залишається значення юридичної фікції як прийому нормативно-правового регулювання суспільних відносин, коли вона стає змістом відповідної правової норми. Окрім цього юридична техніка передбачає особливості застосування і тлумачення нормативних приписів, які містять юридичні фікції. У відповідних випадках юридична фікція використовується як прийом в процесі застосування аналогії закону та поширеного тлумачення правових актів. Юридична фікція також може використовуватися в правореалізаційній діяльності, коли вона, наприклад, закріплюється в тексті угоди за домовленістю сторін.

Юридична фікція, як особливий техніко-юридичний прийом, можна проаналізувати у зв'язку із проблемою ефективності норм права. В рамках даного дослідження під останньою розуміється співвідношення результатів фактичної реалізації норми права з цілями правового регулювання, заради яких затверджувалася така норма, а також співвідношення юридичного та соціального ефекту від реалізації норми права і фактичних ресурсів, які забезпечують її реалізацію. Юридична фікція позитивно впливає на ефективність правових норм у таких основних напрямках. (1) Однією з головних формально-юридичних передумов ефективності норми права є визначеність правового регулювання. Існують випадки, коли невизначеність фактичних суспільних відносин є неподоланою або складно подоланою, що унеможливлює або суттєво утруднює правове регулювання суспільних відносин, які об'єктивно потребують такого регулювання. В таких випадках досягнення необхідної визначеності правового регулювання неможливе без використання юридичної фікції. Суб'єкт нормотворчості у випадку відсутності елементів, необхідних для регулювання відповідних правовідносин, компенсує таку відсутність за допомогою юридичних фікцій[1]. Класичним прикладом, що ілюструє даний випадок, є визнання днем смерті громадянина дня набуття чинності рішення суду про оголошення громадянина померлим. (2) Також йдеться про те, що право може створювати ряд стимулів для правомірної поведінки, що впливає на ефективність норм права. Існує низка таких стимулів, які сформульовані, в тому числі, за допомогою юридичних фікцій. Одним з прикладів є визнання особи такою, що не має судимості в результат погашення або зняття судимості на підставах і у порядку, передбачених законом. (3) Використання юридичної фікції дозволяє спростити

[1] Іванський А. Правові фікції як прийом юридичної техніки у правовому регулюванні фінансових правовідносин / А. Іванський // Право України. – 2011. – № 3. – С. 236.

провадження у справі і забезпечує процесуальну економію, що підвищує ефективність процесуальних норм і інститутів[1].

Водночас, юридична фікція може суттєво знижувати ефективність норм права. По-перше, якщо вона використовується з порушенням вимог, вироблених юридичною практикою і наукою, щодо застосування юридичної фікції. В першу чергу йдеться про очевидність фікції (її загальновідомість, видимість, зрозумілість); обґрунтованість (наявність об'єктивних підстав застосування фікції); справедливість, розумність, пропорційність (юридичні фікції повинні сприяти реалізації у правовому регулюванні означених принципів. Також відповідний суб'єкт повинен досягти впевненості у тому, що підстави використання юридичної фікції є достатніми і переконливими, і що юридична фікція у відповідному випадку виступає найбільш придатним засобом досягнення цілей правового регулювання). По-друге, коли юридична фікція використовується суб'єктами реалізації норм права з метою досягнення неправомірних цілей, порушення інтересу, що забезпечується відповідною нормою права (укладання фіктивних угод, шлюбів, правочинів; зловживання правом тощо)[2]. Такі дії негативно впливають на ефективність правової норми, оскільки в результаті таких дій страждає певний публічний або приватний інтерес, на захист або реалізацію якого прямо чи опосередковано спрямована відповідна правова норма.

Окремо стоїть проблема такого прояву фіктивного в праві, як наявність так званих фіктивних норм права, які формально закріплені, але фактично не діють. В одних випадках норми фактично не діють в силу суттєвої невідповідності суспільним відносинам, відсутності необхідних ресурсів, які забезпечують їх реалізацію, відсутності необхідних процедурних норм, що є або результатом помилки законодавця, або результатом його свідомої волі. В інших випадках, фактична нечинність норм права пов'язана з суттєвими вадами у діяльності судових, правоохоронних, правозастосовних органів, які (вади) унеможливлюють практичну реалізацію норм права.

---

[1] Див., приміром: Черемнов Д. В. Юридичні презумпції та фікції в цивільному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Д. В. Черемнов; кер. роботи Р.М.Мінченко; Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». – Одеса, 2015. – 20 с.

[2] Аналіз обходу закону та суміжних з ним явищ див., зокрема: Суворов Е. Д. Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона. – М.: Изд. дом В. Ема, 2008. – 188 с.

НАУКОВЕ ВИДАННЯ

ЕФЕКТИВНІСТЬ НОРМ ПРАВА

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Матеріали VII Міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 17 листопада 2016 року)

За загальною редакцією
Н.М. Пархоменко, М.М. Шумила, І.О. Ізарової

Матеріали друкуються у редакції авторів.

Дизайн обкладинки: *О. Разухін*
Оригінал-макет *О.В. Гашенко*

Підписано до друку 28.10.2016. Формат 60х84/16. Папір офсетний.
Обл.-вид. арк.43,38. Умовн. друк. арк. 31,39.
Тираж 300 пр. Зам. № 182.

ТОВ НВП «Ніка-Центр». 03680, Київ, вул. Кржижановського, 4.
т./ф. (044) 39-011-39; e-mail:psyhea9@gmail.com; www.nika-centre.kiev.ua
Свідоцтво про внесення до Державного реєстру суб'єктів
видавничої справи ДК №1399 від 18.06.2003

Видано за участі ТОВ «Консент»

Віддруковано у ТОВ НВП «Ніка-Центр».