

ODESA **ВІСНИК**
NATIONAL UNIVERSITY **ОДЕСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО**
HERALD **УНІВЕРСИТЕТУ**
Volume 19. Issue 2 (23). 2014 Том 19. Випуск 2 (23). 2014
SERIES ***СЕРІЯ***
JURISPRUDENCE **ПРАВОЗНАВСТВО**

ISSN 2304-1587

MINISTRY OF EDUCATION AND SCIENCE OF UKRAINE
Odesa I. I. Mechnikov National University

ODESA NATIONAL UNIVERSITY HERALD

Series: Jurisprudence

Scientific journal

Published four times a year

Series founded in July, 2006

Volume 19. Issue 2 (23). 2014

Odesa
«Astroprint»
2014

ISSN 2304–1587

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

ВІСНИК ОДЕСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Серія: Правознавство

Науковий журнал

Виходить 4 рази на рік

Серія заснована у липні 2006 р.

Том 19. Випуск 2 (23). 2014

Одеса
«Астропринт»
2014

Засновник: Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

Редакційна колегія журналу:

І. М. Коваль, д-р політ. наук (*головний редактор*), **О. В. Запорожченко** (*заступник головного редактора*), **В. О. Іваниця** (*заступник головного редактора*), **В. М. Хмарський** (*заступник головного редактора*), **С. М. Андрієвський**, **Ю. Ф. Ваксман**, **Л. М. Голубенко**, **Л. М. Дунаєва**, **В. В. Заморов**, **В. В. Глебов**, **Є. В. Круглов**, **В. Г. Кушнір**, **В. В. Менчук**, **О. В. Сминтина**, **В. І. Труба**, **О. В. Тюрін**, **Є. А. Черкез**, **Є. М. Черноіваненко**

Редакційна колегія серії:

А. С. Васильєв, д-р юрид. наук (*науковий редактор*); **І. С. Канзафарова**, д-р юрид. наук (*заступник наукового редактора*); **О. І. Миколенко**, д-р юрид. наук (*відповідальний секретар*); **М. О. Баймуратов**, д-р юрид. наук; **О. В. Дзера**, д-р юрид. наук; **А. А. Музика**, д-р юрид. наук; **Є. Л. Стрельцов**, д-р юрид. наук; **В. Л. Яроцький**, д-р юрид. наук; **В. І. Труба**, канд. юрид. наук; **Є. Д. Стрельцова**, канд. юрид. наук; **Т. О. Гончар**, канд. юрид. наук; **З. В. Кузнєцова**, канд. юрид. наук

Editorial board of the journal:

I. M. Koval (*Editor-in-Chief*), **O. V. Zaporozhchenko** (*Deputy Editor-in-Chief*), **V. O. Ivanysia** (*Deputy Editor-in-Chief*), **E. L. Streltsov** (*Deputy Editor-in-Chief*), **S. M. Andrievsky**, **Yu. F. Vaksman**, **V. V. Glebov**, **L. M. Golubenko**, **L. M. Dunaeva**, **V. V. Zamorov**, **V. E. Kruglov**, **V. G. Kushnir**, **V. V. Menchuk**, **O. V. Smyntyna**, **V. I. Truba**, **O. V. Tyurin**, **E. A. Cherkez**, **E. M. Chernoiivanenko**

Editorial board of the series:

A. S. Vasiljev, Doctor of law sciences (*Scientific Editor*); **I. S. Kanzafarova**, Doctor of law sciences (*Deputy of Scientific Editor*); **O. I. Mikolenko**, Doctor of law sciences (*Executive Secretary*); **M. O. Baimuratov**, Doctor of law sciences, **O. V. Dzera**, Doctor of law sciences, **A. A. Muzyka**, Doctor of law sciences, **E. L. Streltsov**, Doctor of law sciences, **V. L. Jarotskij**, Doctor of law sciences, **V. I. Truba**, Candidate of law sciences, **E. D. Streltsova**, Candidate of law sciences, **T. O. Gonchar**, Candidate of law sciences, **Z. V. Kuznetsova**, Candidate of law sciences

З 2012 року (з 17-го тому)

«Вісник ОНУ. Серія: Правознавство»
має власну подвійну нумерацію

ЗМІСТ

Теорія та історія права і держави

Плавич В. П., Плавич С. В.

Проблема обоснования юридических норм 7

Притченко Р. С.

Сущностные характеристики судебной практики 17

Конституційне право, адміністративне право і процес

Стукаленко В. А.

Теоретичні аспекти мажоритарної виборчої системи 23

Білик П. П.

Право і управління: теоретичні питання взаємозв'язку та їх практичне значення 31

Стукаленко О. В.

Державний контроль у сфері будівництва: сучасні реалії 38

Цивільне право, господарське право і процес

Труба В. И.

К вопросу о юридической природе алеаторных (рисковых) договоров 46

Смітюх А. В.

Поняття та ознаки рейдерства у контексті суміжних понять поглинання та загарбання 56

Степанова Т. В.

Щодо прогалин законодавчого регулювання правового статусу секретаря судового засідання у господарському процесі 63

Євміна І. Л.

Недійсність договорів за цивільним та господарським законодавством: засади правозастосування 70

Міжнародне право та зовнішньоекономічна діяльність

Нігреєва О. О.

Судові рішення у системі джерел міжнародного права: зміна концепту 80

Чайковська В. В.

Про поняття «правовий режим» (на прикладі правового регулювання зовнішньоекономічної діяльності) 87

Трибуна молодого вченого

Стойловський Р. В.

Відносини взаємодопомоги в праві та їх кримінально-правове забезпечення 95

Назаревич І. І.

Основоположні принципи у сфері праці за проектом Трудового кодексу України101

Рецензії

Миколенко О. І., Степанова Т. В.

Рецензія на підручник «Курс адміністративного процесуального права. Загальна частина / С. В. Ківалов, І. О. Картузова, А. Ю. Осадчий. — Одеса : Фенікс, 2014. — 342 с.»110

Матеріали науково-методологічних семінарів з правознавства

Найфлейш В. Д.

Особое мнение судьи в хозяйственном процессе115

Інформація для авторів120

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ПРАВА І ДЕРЖАВИ

УДК 320.1

В. П. Плавич

доктор философских наук, кандидат юридических наук, профессор, академик, Заслуженный деятель науки и техники Украины
Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра общеправовых дисциплин и международного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

С. В. Плавич

кандидат юридических наук
Апелляционный суд Одесской области, помощник судьи
ул. Гайдара, 24-А, Одесса, 65000, Украина

ПРОБЛЕМА ОБОСНОВАНИЯ ЮРИДИЧЕСКИХ НОРМ

Анализируются проблемы юридического обоснования правовых норм. Раскрыта методология герменевтического анализа правовых текстов. Обоснована возможность создания экспертных систем, способных просчитать возможные траектории движения действующего субъекта к той или иной цели в заданном нормативном направлении.

Ключевые слова: юридическое обоснование, правоприменительная деятельность, моделирование правовых ситуаций, интуитивное правовое чувство, новые способы познания реальности.

Постановка проблемы. Для юриспруденции правильное решение вопроса о природе и логической структуре норм права является одним из важнейших условий, обеспечивающих единообразие и точное применение и исполнение юридических законов правоприменительными органами, учреждениями, организациями и гражданами. Норма права выступает регулятором особого рода общественных отношений, именующихся правоотношениями. Как показывает государственно-правовая жизнь, проблема обоснования юридических норм всегда была и остается актуальной в теории государства и права, а ее решение не может быть однозначным в силу природы и характера правовых норм.

Анализ последних исследований и публикаций. Значительное внимание разработке учения об основании юридических норм и применении законов уделяют такие ученые, как Н. М. Онищенко, Ю. С. Шемшученко, Н. М. Пархоменко, О. Д. Тихомиров, А. И. Ющик, О. В. Скрыпнюк, Г. О. Мурашин и др. Рассматриваемая проблема является, пожалуй, наиболее сложной и в то же время наименее разработанной в теории аргументации, логики и права.

Постановка задачі. В данній публікації пропонується на основі узагальнення теоретических досліджень і положень діючого законодавства України дослідити проблему обґрунтування юридических норм і застосування юридических законів України.

Изложение основных положений. Поняття норми права належить к числу найбільш важлих категорій теорії права. Будь-яке правове явище розкривається і виявляє себе тільки в взаємозв'язку з нормами права. Норме права, як частини системи, в тій або іншій ступені своїми ознаками, притаманними праву. Тому їй можна дати визначення, ідентичне по своєму значенню визначенню права в цілому [1, с. 78].

При розгляді юридическої норми виявляється, що вона має визначену системно-структурну організацію, оскільки складається з двох взаємозв'язаних елементів, а саме: перша частина данної норми визначає ті норми, при наявності яких виникають взаємні зобов'язання і претензії між двома особами, тоді як друга частина встановлює самі зобов'язання і претензії. Данні умовні правила складаються з: 1) визначення умов застосування правила і 2) викладу самого правила. Відповідно, кожна юридическа норма може бути виражена в наступній формі: «якщо → то».

У. Луйкпен утверджував, що людині, як носієлю дорефлексивного свідомості, з початку притаманне почуття справедливості, яке представляє собою основу права [2, с. 161]. Реалізація цього почуття (внутрішньої екзистенції) і є існування права. З суб'єкта, приймаючого державно-владні рішення, намагаються вивести становлення вічно змінюючогося права, — вважає Е. Фехнер [3]. У В. Майхофера розум породжує норму поведінки (індивідуальну норму) в конкретній життєвій ситуації, призначеної для визначеної типизованої ролі [4].

Вради з тим з'єднати єдиничну життєву ситуацію з постульованим універсальним початком соціального буття сторонникам цього напрямку також не вдалося. Можливо, в зв'язку з цим самому родоначальнику феноменології — Гуссерлю в кінці життя стало очевидним, що суб'єкт сам обумовлений життєвим світом (по термінології М. Хайдеггера — *Dasein*, в якому екзистує людина) [5, с.17].

А. Шюца і його послідовники відзначають, що соціальний світ представляє собою одночасно об'єктивну і суб'єктивну реальність. В якості першої він представлений соціальними інститутами, забезпечуючими соціалізацію індивіда і виробництво в формі традицій суспільства. Світ як суб'єктивна реальність — це унікальна суб'єктивність людини і його можливість змінювати (конструювати) об'єктивну реальність. Так забезпечується інноваційне виробництво соціума.

Необхідно відзначити, що, незважаючи на плідність цих положень соціолого-феноменологічної школи права (вони поширюються і на статус особистості, і на соціальні інститути, і на механізм зміни соціального світу і др.), відсутні будь-які спроби застосувати ці ідеї в правознавстві. Між тим головним постулатом такої «не

существующей» феноменологии права могла бы стать теория источника права (или формирования права). При этом основное внимание должно быть сосредоточено на разработке правовой инновации и, что еще более важно, на ее принятии населением (легитимации нововведения). Соглашаясь с представителями социологической феноменологии воспроизводства социальных институтов, можно вывести общее определение: право — это то, что принимается населением в качестве общеобязательных норм поведения.

Эвристическая ценность такого подхода, думается, очевидна: он позволяет более глубоко исследовать важные традиционные для теории права проблемы и прежде всего взглянуть на правовую реальность с новой стороны. Но нельзя не заметить и существенного недостатка в такой интерпретации права: все ли принимаемое населением (особенно в условиях манипулируемости общественным мнением со стороны политтехнологов) можно считать правом? Можно ли считать в качестве критерия права устойчивую повторяемость общественных отношений и представление о них как о должном? На каком «уровне» располагается общественная обязательность? Если вслед за Л. И. Петражицким в качестве «пределов» права рассматривать малую группу (что для сторонников мультикультуризма весьма характерно), то следует ли называть правом обязательные для всех членов, например, преступного сообщества (мафии) нормы? Думается, что общеродовое понятие права должно иметь несколько более содержательный признак, нежели легитимность (признание чего-либо населением).

Очевидно, что трансцендентальной феноменологии права не хватает конкретики имманентного, тогда как социологической феноменологии права не достает априорного основания, свойственного всем правовым явлениям. С нашей точки зрения, нормы права могут претендовать на статус правовых только в том случае, если они пройдут отбор историй.

Норма права — это общеобязательное, установленное или санкционированное и охраняемое государством правило поведения, выражающее обусловленную материальными условиями жизни волю и интересы народа, активно воздействующее на общественные отношения в целях их упорядочения. Любое государственно-организованное общество не может обойтись без норм права. Но это единичный феномен права, поэтому полное научное определение понятия предполагает выяснение присущих норме права специфических признаков [6, с. 365].

Значительное внимание разработке учения об основании правовой нормы было уделено учеными в дореволюционный период (Н. Коркунов, Ф. Тарановский, Г. Шершеневич и др.). Свое дальнейшее развитие оно получило в разработках советских ученых (Н. Александров, М. Байтин, П. Недбайло). Современный этап развития учения о правовой норме требует не только дальнейшего совершенствования, но и переосмысления важных ее признаков и свойств.

Таким образом, проблема обоснования норм, рассматриваемая авторами, является, пожалуй, наиболее сложной и в то же время наименее разработанной.

«Нормы» и «оценки» относятся к активным употреблениям языка, связанным непосредственно с человеческой деятельностью. Существуют две основные схемы целевого обоснования норм (оценок). В одной из них используется понятие логического следования, в другой — понятие причинной (казуальной) связи [7, с. 289].

Социальная теория, и в частности теория права, анализирует общество в свете улучшения условий существования человека. Описывая альтернативы дальнейшего развития тех или иных сфер социальной жизни или намечая историческую перспективу для общества в целом, социальная теория обязана подвергать критике другие возможные пути развития. Этого нельзя достигнуть без оценочных суждений. Человеческая деятельность невозможна без «норм» и «оценок». Науки, изучающие человека и общество и имеющие своей конечной целью рационализацию и оптимизацию человеческой деятельности, также используют «нормы» и «оценки», опираются на определенные ценности. Проблема здесь не в устранении «норм» и «оценок», что в данных науках в принципе недостижимо, а в обосновании объективности выдвигаемых нормативных и оценочных положений.

Наиболее важным способом обоснования объективности нормативных и оценочных положений является логическое выведение одних норм из других. Если какая-то норма логически следует из уже принятых норм, она обоснована и приемлема в той же мере, что и нормы, используемые в качестве посылок для ее выведения.

Этой проблемой занимается нормативная (деонтическая) логика. Можно лишь напомнить, что она не санкционирует логических переходов от чисто описательных (фактических) посылок к нормативным заключениям. Нормы нельзя вывести из описаний, описания — из норм.

Правовая норма отличается единством, целостностью, неделимостью. Для нее характерна определенная структура, т. е. специфическая компоновка содержания, связь и соотношение ее элементов.

Проблема структуры нормы права относится к числу дискуссионных. Мнения правоведов разделились: одна группа авторов (П. Е. Недбайло, В. М. Горшенев и др.) полагает, что норма права состоит из трех элементов, другая (Н. П. Томашевский, А. Ф. Черданцев) — придерживается двучленной системы.

С. С. Алексеев предлагает с достаточной четкостью провести разграничение между логическими нормами и нормами-предписаниями. Если логическая норма содержит три элемента, то норма-предписание — два: или гипотезу и диспозицию, или гипотезу и санкцию.

На наш взгляд, трехчленная структура нормы права — объективная реальность, внутренне присущее ей свойство. Однако предпринимаются попытки к дальнейшей дифференциации ее элементов. Так, А. Г. Братко при анализе запретов выделяет в них не три, а четыре элемента, так как, по его мнению, гипотеза содержит два элемента: гипотезу диспозиции (т. е. гипотезу запрета) и гипотезу санкции. В итоге получается структура запрещающей нормы: условие применения запрета — запрет, условие применения санкции — санкция.

Поэтому характеристика юридической нормы как истинной или ложной возможна только в рамках модальной или деонтической логики. Тезис же об истинности норм права при этом не доказывается.

Юридические нормы относятся к двойственным, описательно-оценочным (дескриптивно-прескриптивным) выражениям. Они содержат описание сфер правовых отношений жизни общества, а также предписывают определенные формы поведения и требуют реализации известных ценностей и идеалов.

Нередко это противоречивое единство описания и предписания разрывается, и юридическим нормам дается либо дескриптивная, либо прескриптивная интерпретация. Споры по поводу истинности данных норм ведутся с давних пор и сейчас не потеряли своей остроты.

Сторонники «крайнего подхода» считают юридические нормы описаниями и убеждены, что понятия «истина» и «ложь» приложены к ним в том же либо несколько модифицированном смысле, что и к остальным описаниям. Нередко выдвигается дополнительный аргумент: если бы юридические нормы не были связаны с истиной, то ни одну правовую систему нельзя было бы обосновать и все такие системы оказались бы равноправными.

Эта ссылка на угрозу релятивизма и субъективизма в праве очевидным образом связана с убеждением, что объективность, обоснованность и тем самым научность необходимо предполагают истинность, а утверждения, не являющиеся истинными или ложными, не могут быть ни объективными, ни обоснованными, ни научными. Это убеждение — характерная черта устаревшего стиля теоретизирования, ушедшего в прошлое более века назад.

Сторонники еще одного «крайнего подхода» подчеркивают регулятивную, проектирующую функцию юридических норм. Главным считается не дескриптивное, а прескриптивное их содержание, что исключает приложение к этим нормам понятия «истина». Нередко при этом, чтобы избежать релятивизма и иметь возможность сопоставлять и оценивать разные правовые системы, взамен истины вводится некоторое иное понятие. Его роль — быть как бы «заменителем» истины в сфере права. В качестве таких «суррогатов» истины предлагались также понятия «эффективность», «значимость», «целесообразность» и т. п.

Ни один из этих подходов к истинности юридических норм (принципов) нельзя назвать обоснованным. Каждый из них представляет собой попытку разорвать то противоречивое дескриптивно-прескриптивное единство, каким является юридическая норма (принцип), и противопоставить одну его сторону другой.

Проблема обоснования юридических норм и принципов связана с раскрытием их двойственного дескриптивно-прескриптивного характера. Юридические нормы и принципы напоминают двуликое существо, повернутое к действительности своим регулятивным ликом, а к ценностям — «действительностным», истинным ликом. Эти нормы и принципы оценивают действительность с точки зрения ее соответствия ценностям, идеалу, образцу и одновременно ставят вопрос об укорененности этого идеала в действительности.

Таким образом, проблема не в том, чтобы в области юриспруденции заменить добро истиной, и не в том, чтобы заменить добро чем-то, что напоминало бы истину и связывало бы, подобно ей, право с действительностью. Задача состоит в выявлении взаимосвязи и взаимного дополнения истины и добра, в установлении их взаимоотношений с другими юридическими категориями [8, с. 207–209].

Поняв правовую норму, индивид усваивает ее, и для соблюдения этой нормы остается необходимость волевой направленности. Процесс интерпретации правовой нормы является творческим, и, по сути, правоприменитель, выступая созаконодателем, создает новую норму, осуществляя акт подведения общей нормы и конкретного случая.

По нашему мнению, нормативное право в целом движется в направлении формализации и детализации своих гипотез и диспозиций, а значит, уходит от субъективизма и идет навстречу логике. Огромные возможности представляет формальная логика для разработки свидетельских показаний, выдвижения версий, о чем свидетельствуют разработки экспертных систем криминалистического, криминологического и розыскного назначения.

Что касается возможностей формального проектирования правовых ситуаций, то в перспективе представляется вполне возможным создание экспертных систем, способных просчитывать допустимые траектории движения действующего субъекта к той или иной цели в заданном нормативном направлении [9].

К сожалению, логический инструментарий права может использоваться в разных целях, в том числе и для обоснования «расширительного толкования закона», его свободной интерпретации. Мы должны научиться выражать дух закона в его букве. Однако создание специализированных систем для профессионалов с развитым, но не с аморфным правосознанием — это вопрос будущего.

Логическое выведение одних норм из других, уже принятых, является важным способом теоретического обоснования норм. Норма представляет собой частный случай ценностного отношения между мыслью и действительностью. Как таковые, они являются частным случаем оценок. Правовая норма — это социально навязанная и социально закреплённая оценка. Средством, с помощью которого оценка превращается в норму, является санкция, или «наказание» в широком смысле слова, налагаемое обществом на тех, кто отступает от установленных им предписаний. Правовые нормы — это жестко закреплённые социальные оценки со строго закреплённой санкцией.

Нормы как оценки, стандартизированные с помощью санкций, являются частным и достаточно узким классом оценок. Во-первых, нормы касаются человеческих действий или вещей, тесно связанных с действием, в то время как оценки могут относиться к любым объектам. Во-вторых, нормы направлены в будущее, оценки же могут применяться как к прошлому и настоящему, так и к тому, что вообще существует вне времени.

Отличие норм от других оценок связано, таким образом, с санкцией. Она имеет в конечном счете социальную природу.

Логика норм исходит, от представления, что все нормы, независимо от их конкретного содержания, имеют одну и ту же структуру.

Каждая норма включает следующие части, или элементы:

1) содержание — действие, являющееся объектом нормативной регуляции; 2) характер — норма, обязывающая, разрешающая или запрещающая это действие; 3) условия приложения — обстоятельства, в которых должно или не должно выполняться действие; 4) субъект — лицо или группа лиц, которым адресована норма.

Не все эти части находят явное выражение в нормативном утверждении. Однако без любой из них нет нормы.

В логике норм обычно характеризуются только три из четырех структурных частей нормы: содержание, характер и условия приложения. При этом предполагается, что все нормы адресованы одному и тому же субъекту и принадлежат одному и тому же авторитету. Это позволяет при записи норм на символическом языке отказаться от упоминания субъектов и авторитетов разных норм, входящих в рассуждение. Анализ структуры норм, даваемый нормативной логикой, совпадает в своей основе с теми представлениями о строении норм, которые давно уже устоялись в теории права. В юридической интерпретации всякая норма включает гипотезу, диспозицию и санкцию.

Применительно к правовым нормам санкцию естественно считать составным элементом нормы. Хотя нормы являются важным элементом социальной жизни, никакой ясной и универсальной классификации, охватывающей нормы всех видов, не существует.

Традиционно право не признавало иных методов исследования, кроме формально-нормативных (догматических). Поэтому считалось, что юридическая наука не обязана учитывать изменчивую социальную действительность. Известно, что поведение людей предполагает наличие таких социальных регуляторов, как ценности и нормы, которые не всегда формально фиксированы, но, тем не менее, достаточно сильно воздействуют на человека и его поведение. Ценности нормы часто существуют независимо от поведения отдельных людей, хотя и входят составляющей частью в сложный комплекс социальной действительности. Изменение права и эволюция общества взаимно коррелируются. Правовые нормы оказывают влияние на развитие общества и в тоже время меняются соответственно историческому процессу развития общественного строя.

Однако понятие «норма» может вызывать совсем другое восприятие, когда репродукция слов не гарантирует репродукцию смысла. Здесь, безусловно, наблюдаются симптомы изменений в восприятии права, которые увеличиваются по мере того, как современное гражданское общество реализуется в политической революции, индустриализации и всеобщей экспансии [10].

Интересно по этому поводу мнение Н. Лумана, который дал характеристику трех позиций, представленных в специальной литературе об изменениях, происходящих в «правовом восприятии». Его первая позиция касается мнения И. Канта о «правовой стороне проблемы революции». Если

анализировать кантовские воззрения по этому вопросу в целом, то они «успешно способствуют» превращению «политической монополии в базу права и делают возможными не только легитимацию, но и развитие легитимирующего себя правового порядка». Н. Луман считает, что вначале должно быть гарантировано повиновение, даже независимо от содержания норм, и только тогда власть в состоянии ограничить саму себя. «В этом наблюдается отказ от простых связей права и времени и переход к секвенции, последовательности шагов: сперва насилие, потом — право... Это означает, что тот, кто хоть как-то затронут революцией, не может больше положиться на законность своих ожиданий: он будет вынужден спекулировать на успехе или провале революции. Действие или бездействие — вот в чем вопрос» [11].

Вторая позиция Н. Лумана относительно правового восприятия заключалась в том, что «юридические решения проблем должны всегда сопоставляться с различными результирующими решениями». В Германии данная точка зрения утвердилась в связи с выдвинутыми теологическими или функциональными методами интерпретации. Более того, защищалась даже такая точка зрения, согласно которой все оценки, в конечном итоге, должны оправдываться через их последствия. Но и здесь «оценка» подразумевает то, что будущее выносит свое решение о праве и несправедливости, т. е. будущее, которое нам не известно и о котором можно лишь догадываться.

Третья позиция Н. Лумана касается социологического правопонимания. Причем юридическая значимость социальных наук является дискуссионной темой в Германии, так как в рамках социальных наук сложно выявить функцию нормы и смысл долженствования.

Если для Э. Гуссерля в образовании смысла определяющим является сознание субъекта [12, с. 124], то для Л. Витгенштейна смысл порождается не субъектом, а определенной социально-языковой практикой, которую, однако, может и должен осуществить только субъект. Это чрезвычайно важное наблюдение, т.к. субъект оказывается неотделенным от смысла, но «входит» в смысл через выражение.

Можно сказать, что Э. Гуссерль и Л. Витгенштейн, двигаясь противоположными путями, в равной степени открывают «субъектное» измерение смысла. Это позволяет сделать вывод, что роль выражения и роль субъекта в формировании смысла не случайна. Она характеризует «природу смысла», а не зависит от того или иного подхода.

Смыслы могут существовать объективно, независимо от субъекта, но они всегда созданы субъектом и языком. Таким образом, новый смысл должен пройти сначала через сознание субъекта, а затем воплотиться в речи, чтобы стать тем, чем он есть. Смысл предстает как идеально-объективное образование: идеальным, поскольку недоступен познанию с помощью органов и чувств, и объективным, поскольку один и тот же смысл может быть обнаружен и понят многими субъектами. При этом смысл — это именно то образование, с которым мы непосредственно имеем дело в процессе познания.

Тот факт, что определить онтологический статус смысла можно только через раскрытие механизмов его образования, демонстрирует и концепция К. Поппера. Смысл получает свое существование посредством его воплощения в языке. Таким образом, только язык благодаря своим возможностям обеспечивает данность смысла для нашего мышления и дальнейшую работу мысли и познания с разнообразными смысловыми образованиями.

Согласно умозаключениям И. Канта и Л. Витгенштейна, внутренняя форма выступает как важный смыслообразующий и когнитивный компонент [13, с. 67–310]. В рамках гуманитарного познания внутренняя форма может выступать как своеобразный символизм, сущность которого состоит в обнаружении фундаментального принципа, всеобщего закона опосредования, обуславливающего собой построение всего содержания культуры. Внутренняя форма обладает большими возможностями и как средство интерпретации, т. е. может рассматриваться как особая методологическая процедура, схема интерпретации, направленная на установление и расшифровку смысла [14, с. 11, 15].

Выводы. Право существует для нас как некая форма, имеющая отношение к проблеме напряженности между временными и социальными изменениями и выдерживающая эту напряженность даже в условиях эволюционного роста сложности и комплексности общественной структуры. Форма права выражается в комбинации двух различий, а именно: 1) модальности ожиданий «когнитивный / нормативный» и 2) кода «законный / незаконный» [15, с. 124]. Все общественные применения права действуют в рамках этих комбинаций и через них же варьируется предметный смысл.

Список литературы

1. Жоль К. К. Методы научного познания и логика / К. К. Жоль. — М.: Мысль, 2008. — 288 с.
2. Luijpen W. Phenomenology of Natural Law. — Pittsburg, 1967. — P. 161.
3. Fechner E. Rechtsphilosophie. — Tübingen, 1956.
4. Maihofer W. Sein und Recht. — Frankfurt am Main, 1954.
5. Михайлов А. А. Принципы феноменологической философии / А. А. Михайлов. — Минск: Современный литератор, 2001. — 191 с.
6. Теорія держави і права. Академічний курс: підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 400 с.
7. Комаров С. А. Общая теория государства и права: учебник. — 7-е изд. — СПб.: Питер, 2006. — 512 с.
8. Ивин А. А. Логика для юристов: Учебное пособие / А. А. Ивин. — М.: Гардарики, 2004. — 288 с.
9. Романов Ю. *Scientia potential est* / Ю. Романов // Компьютеры. — 2000. — № 23. — С. 23–24.
10. Луман Н. Социальные системы. Очерк общей истории / Пер. с нем. И. Д. Газиева; под ред. Н. А. Головина. — СПб.: Наука, 2007. — 648 с.
11. Luhmann N. *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie u. Rechtstheorie*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1981.
12. Гуссерль Э. Идеи чистой феноменологии и феноменологической философии / Пер. с нем. А. В. Михайлова. — М.: Дом интеллектуальной книги, 1999. — Т.1. — 486 с.
13. Кант И. Прологомены ко всякой будущей метафизике, могущей появиться как наука: сочинения в 6 томах / И. Кант И. // АН СССР. Ин-т философии: ред. В. Ф. Асмус. — М.: Мысль, 1965. — Т.4. — 367 с.

14. Рябокоровка Г. В. Внутрішня форма як категорія філософсько-гуманітарного пізнання / Г. В. Рябокоровка: Автореф. дис. ... канд. філос. наук: спец. 09.00.02 «Діалектика і методологія пізнання». — Одеса, 2008. — 20 с.
15. Плавич В. П. Разработка учения об обосновании юридической нормы: современный этап развития / В. П. Плавич // Юридична наука: сучасний етап та перспективи розвитку. — Київ: Юридична думка, 2009. — С. 123–126.

В. П. Плавич

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра загальноправових дисциплін та міжнародного права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

С. В. Плавич

Апеляційний суд Одеської області
вул. Гайдара, 24-А, Одеса, 65000, Україна

ПРОБЛЕМА ОБҐРУНТУВАННЯ ЮРИДИЧНИХ НОРМ

Резюме

Аналізуються проблеми обґрунтування юридичного тлумачення правових норм і застосування законів. Розкрита цікава методологія герменевтичного аналізу правових текстів. Обґрунтована можливість створення експертних систем, здатних прорахувати можливі траєкторії руху діючого суб'єкта до тієї чи іншої цілі у заданому нормативному просторі.

Ключові слова: юридичне обґрунтування, правозастосовна діяльність, моделювання правових ситуацій, інтуїтивне правове чуття, нові способи пізнання реальності.

V. P. Plavich

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of General Juridical Disciplines and International Law
Frantsuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

S. V. Plavich

Appellate Court of Odessa region
Gaidara str., 24-A, Odessa, 65000, Ukraine

THE PROBLEM OF LEGAL JUSTIFICATION

Summary

This article is devoted to the problem of the improving of legal interpretation of legal norm and law enforcement. It was revealed the interesting method of hermeneutics analysis of the text. It is grounded the resources of creating of the expert system, which is able to calculate the admissible paths of the movement of the acting party to one or another aim in the prescribed nominative space.

Key words: legal interpretation, law enforcement activity, designing of legal situation, intuitive legal sense, new method of cognition of reality.

УДК 347.95.001.8

Р. С. Притченко

ст. преподаватель

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра общеправовых дисциплин и международного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

СУЩНОСТНЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Анализируются проблемы понимания судебной практики. Выделяются элементы сущности судебной практики и устанавливается их взаимосвязь.

Ключевые слова: судебная практика, судебная деятельность, правоприменительный опыт, противоположение.

Постановка проблемы. Судебная практика, как одна из основных разновидностей юридической практики, воплощает в себе весь тот потенциал, который свойственен для ее родовой категории, поэтому природа судебной практики, ее место, значение и роль в правовой системе давно актуальны как среди ученых, так и среди практикующих юристов. В отечественной юридической науке в последнее десятилетие также наметился сдвиг в расширении интересов ученых к проблемам судебной практики. Вызван такой интерес скорее тем, что данная категория начала фиксироваться в сознании юристов-практиков в большей степени как источник права.

Анализ последних исследований и публикаций. Значительный вклад в исследование судебной практики внесли такие ученые, как А. К. Безина, В. А. Крыжан, Б. В. Малышев, В. Ю. Соловьев, Д. Ю. Хорошковская и др. Однако и сегодня видимая невооруженным глазом палитра диаметрально противоположных взглядов на сущность и сущностные составляющие судебной практики не дает возможности последней полноценно заявить о себе как об источнике права.

Постановка задачи. Целью написания статьи является исследование сущности судебной практики через анализ и характеристику ее основных элементов.

Изложение основных положений. В настоящее время существует три основных подхода к определению сущностных элементов судебной практики.

Первый из них сводится к тому, что судебная практика рассматривается в «широком смысле» и представляет собой *деятельность судебных органов* по отправлению правосудия.

Критикуя такое утверждение, отметим, что понимание судебной практики только как судебной деятельности оторвано от реалий повседневной жизни и профессиональной юридической деятельности. Так, встречающиеся на прилавках книжных магазинов, в библиотеках, в интернете сборники судебной практики содержат в себе как раз результаты деятельности суда (решения, постановления, приговоры и т. п.), что говорит об однобокости и отсутствии методологической обоснованности вывода.

Кроме того, понимание судебной практики только как судебной деятельности нарушает принцип стержневого сходства видового понятия (судебная практика) с родовым понятием (юридическая практика), в сущностные составляющие которой обязательно включается формализованный результат.

Второй из существующих подходов представляет судебную практику в «узком смысле» — в качестве *фиксированного итога судебной деятельности*.

На наш взгляд, сведение судебной практики, как видового понятия, только к результатам и итогам деятельности судебных органов также не соответствует своему родовому понятию — категории «юридическая практика», где одной из сущностных составляющих выступает как раз процесс (деятельность). Кроме того, данное понимание судебной практики не соответствует также и философской категории «практика», а философские категории не могут интерпретироваться в узком, упрощенном смысле, как бы ни были убедительны аргументы, оправдывающие такое упрощенное толкование.

Таким образом, третье и по сути «комплексное» понимание судебной практики как единства *судебной деятельности* по отправлению правосудия и особого *результата этой деятельности* воспринимается логично завершенным и методологически выверенным.

Отметим, что критика такого утверждения сводилась к тому, что «такое понимание судебной практики не дает полного представления об основной цели деятельности судов, об основных принципах функционирования самой судебной деятельности, реализующей эту цель, о предметах и средствах такой деятельности, об ее основных результатах, т. е. не вскрывает специфику судебной практики как разновидности юридической, а также социальной практики» [1, с.11].

На сегодняшний день анализ специальных исследований природы судебной практики украинскими и российскими учеными позволяет говорить о том, что, несмотря на критику, дискуссия о природе судебной практики все-таки ведется вокруг восприятия судебной практики как единства деятельности суда и результатов такой деятельности, пусть даже определенной части деятельности и определенных ее результатов.

Так, В. Ю. Соловьев рассматривает судебную практику как «единство судебной деятельности по осуществлению правосудия и итога (опыта) этой деятельности, объективированного в форме судебных решений, вступивших в законную силу» [2, с. 8].

Д. Ю. Хорошковская рассматривает судебную практику как взаимное единство «деятельности судов и результатов этой деятельности, выраженных в новых правоположениях, выработанных судебной властью и закрепленных в решениях по конкретным делам и/или в актах по совокупности однотипных конкретных судебных дел» [3, с. 32].

В. А. Крыжан в судебной практике объединяет одновременно и определенную юридическую деятельность всех судебных органов по реализации возложенных на них задач, и все результаты этой деятельности [4, с. 6].

С. С. Змиевская, в свою очередь, говорит о том, что судебная практика отражает единство различной деятельности судов и различный результат (опыт) этой деятельности [5, с. 22].

Из указанных точек зрения видно, что при всей их обоснованности, возникает проблема определения рамок той судебной деятельности и тех результатов, которые komponуют сущность судебной практики.

На наш взгляд, судебной практикой можно считать ту часть деятельности судебных органов, которая сопряжена с конкретизацией применяемых судом норм права к обстоятельствам конкретного дела. С другой стороны, судебная деятельность, характеризующаяся как судебная практика, имеет место в том случае, если суд преодолевает отсутствие установленной государством нормы, позволяющей разрешить конкретный спор, т. е. в случае преодоления «пробела в праве».

Устанавливая такие рамки судебной деятельности, мы невольно углубляемся в сферу правовой действительности, которую отличает высокая степень творчества и субъективности.

Так, в случае осуществления конкретизации судом положений общей правовой нормы (вероятно, в меньшей степени) и в случае преодоления пробела в праве (вероятно, в большей степени) имеет место такое юридическое действие, как усмотрение суда.

В целом, регулирование общественных отношений (в том числе и процессуальных) может осуществляться как путем четкой регламентации поведения субъектов, так и предоставления им определенной свободы выбора. В современных условиях имеет место тенденция к применению более гибкого подхода в использовании способов юридической техники. В этой связи проблема усмотрения суда выходит на качественно новый уровень осмысления.

В рамках данного исследования мы рассматриваем факт наличия усмотрения суда в качестве подтверждения того, что деятельность, которая является одной из сущностных составляющих судебной практики, не осуществляется оторванно от окружающей действительности, а основывается на сформированном опыте применения правовых норм, без которого реализация судом возможности выбора правового решения невозможна в принципе.

Итак, динамическое развитие общественных отношений порой настолько обгоняет действующее законодательство, что рано или поздно последнее перестает отвечать на вызовы сегодняшнего дня. В свою очередь, суд, рассматривая конкретные дела, не может не ответить на такие вызовы, в связи с чем норма права в своем применении может быть конкретизирована либо сам норматив должен быть сформулирован судом из близких по смыслу норм либо на основании общеправовых принципов, т. е. преодолен пробел в праве.

Несомненно то, что такая ситуация может быть исправлена принятием нормативных актов (подзаконных, для быстрого восполнения пробела в праве или более детального характера, если того требует жизнь), однако это, по логике вещей, не исчерпает потребностей в конкретизации создан-

ных норм и, вероятно, не исключит все имеющиеся пробелы законодательства.

Поэтому результатом той судебной деятельности, которая характеризуется нами как судебная практика, является выработка судом особых правил (положений), конкретизирующих правовую норму либо позволяющих преодолеть пробел в праве.

В юридической науке такие особые нормы принято называть правовоположениями. Они являются необходимым звеном, опосредствующим применение закона к спорному случаю. Таким образом, происходит подведение под данный закон конкретного индивидуализированного отношения. Без такого опосредования правоприменительная деятельность суда в подавляющем большинстве случаев была бы невозможна.

Проблема понимания категории «правоположение» лежит в том, что понимание данной категории далеко не единообразно, а подкрепляется данная проблема порой огульным сравнением правовоположения с правовой нормой, судебным прецедентом либо просто трактовкой в качестве источника права.

Поясним, что, во-первых, при всей кажущейся многозначительности данный термин не подменяет собой норму права и не касается правотворчества, а, по сути, является выработанным в процессе правоприменения *правилом*.

Во-вторых, сравнивать правовоположение с судебным прецедентом корректно только в случае признания последнего официальным источником права в отечественной правовой системе. Механизм же выработки классического судебного прецедента очень специфичен [6, с. 181–250], имея мало общего с процессом создания правовоположения.

В-третьих, вопрос придания правовоположению силы и веса источника права, конечно, лежит в плоскости взаимосвязи как теоретических разработок, так и практического воплощения, но отрицать факт рассмотрения судом схожих дел и вынесения окончательного решения по, пусть даже условно, но типовому образцу нельзя.

В-четвертых, название самого объекта не является определяющим для его понимания. Здесь главное — оценка элементов сущности и содержания объекта. В связи с чем название «правоположение» не несет на себе всю смысловую нагрузку и может быть трансформировано в термин «судебный обычай», например.

В-пятых, считаем, что нет ограничений для звеньев судебной системы, которые бы в своей деятельности не могли не выработать то или иное правовоположение.

В-шестых, расценивая правовоположение как особый результат судебной практики, мы тем самым придаем ему черты новизны, позитивности и прогресса регулирования общественных отношений, что не всегда имеет место в случае создания правовой нормы. Данная позиция разделяется некоторыми современными учеными [6, с. 92].

Таким образом, считаем, что под **правоположением** следует понимать *выработанное судом в процессе конкретизации или преодоления пробела в*

праве правило применения правовых норм, вносящее новизну и прогресс в регулирование общественных отношений.

Правоположения, являясь концентрированным результатом судебной практики, в состоянии компенсировать естественное отставание норм права от динамики общественных отношений, а также могут устранять противоречия между относительным «консерватизмом» права и изменчивостью общественной жизни. В конечном счете, разумное использование правоположений обеспечивает стабильность правопорядка, укрепляет законность, придает устойчивость проводимой государством политике.

Выводы. Оценивая анализ сущностных характеристик исследуемого явления, можно сделать вывод о том, что **судебная практика** — это *основанная на правоприменительном опыте судебная деятельность, результатом которой является выработка правоположений.*

Такое определение находится в соответствии с философским пониманием категории практики, охватывает все основные компоненты судебной практики, а также способно служить исследованиям содержания, социального назначения и функций судебной практики, системных связей, в которых она находится, с иными явлениями правовой реальности.

Список литературы

1. Безина А. К. Судебная практика в механизме правового регулирования трудовых отношений / А. К. Безина — Казань : Изд-во Казанского ун-та, 1989. — 183 с.
2. Соловьев В. Ю. Судебная практика в российской правовой системе : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / В. Ю. Соловьев. — М. : РГБ, 2003. — 188 с.
3. Хорошковська Д. Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. Ю. Хорошковська. — К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького, 2006. — 194 с.
4. Крыжан В. А. Правовой обычай и правовой прецедент как источники права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / В. А. Крыжан. — Пермь, 2006. — 19 с.
5. Зміївська С. С. Судова практика як джерело формування та розвитку права (загальнотеоретичний аналіз) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / С. С. Зміївська. — Х. : Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2012. — 208 с.
6. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії. — К. : Праксіс, 2008. — 344 с.
7. Лічман Л. Г. Правоположения як форма судового тлумачення цивільно-правових норм // Науковий вісник Херсонського державного університету. — 2013. — Т. 1, Вип. 3. — С. 90–92.

Р. С. Притченко

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра загальноправових дисциплін та міжнародного права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

СУТНІСНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Резюме

В юридичній науці немає єдиної точки зору щодо визначення поняття «судова практика», а також у визначенні її ролі, значення та місця в правовій системі України. Визначення судової практики як видового поняття повинно не суперечити своєму родовому та типовому поняттю — юридична і соціальна практика. Судова практика являє собою певну діяльність судових органів по напрацюванню і закріпленню у своїх рішеннях правоположень, яка здійснюється на підставі набутого правозастосовного досвіду.

Ключові слова: судова практика, судова діяльність, правозастосовний досвід, правоположення.

R. S. Pritchenko

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of General Juridical Disciplines and International Law
Frantsuzskiy boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

THE ISSUES OF COMPREHENDING THE COURT'S PRACTICE

Summary

The juridical science has not the single view of defining the issue of the court's practice as well as the understanding of its role and the meaning for the Ukrainian law system. The definition of the court's practice as specific term mustn't contradict to the definition of juridical practice its generic and model notion such as legal and social practice. Judicial practice performs the definite activities of judicial system to develop and consolidate in its sentences the legal norm which is realised on the ground of enforcement experiment.

Key words: judicial practice, judicial activities, enforcement experiment, legal norm.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО, АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

УДК 342.95

В. А. Стукаленко

кандидат юридичних наук, доцент
Одеський інститут фінансів Українського державного
університету фінансів та міжнародної торгівлі,
кафедра прикладної економіки
вул. 25-ї Чапаївської дивізії, 6, Одеса, 65070, Україна

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ МАЖОРИТАРНОЇ ВИБОРЧОЇ СИСТЕМИ

У статті висвітлено актуальні питання, пов'язані з поняттям «виборча система», мажоритарна виборча система та її різновидами. Проаналізовано практичні проблеми, які мають значний вплив на ефективність застосування мажоритарної виборчої системи. Акцентується увага на позитивних та негативних рисах мажоритарної системи абсолютної більшості, мажоритарної системи відносної більшості, мажоритарної системи кваліфікованої більшості.

Ключові слова: виборча система, виборчі округи, мажоритарна система абсолютної більшості, мажоритарна система відносної більшості, мажоритарна система кваліфікованої більшості.

Постановка проблеми. Формування державних органів, порядок організації і проведення виборів привертають пильну увагу з боку суспільства. Головна мета — забезпечення справжньої свободи волевиявлення виборців при проведенні виборів до органів публічної влади.

Досвід проведення президентських і парламентських виборчих кампаній визначив необхідність правового реформування української виборчої системи на всіх рівнях. Причин тому декілька: недосконалість сучасного українського виборчого законодавства; недоліки мажоритарної виборчої системи на президентських виборах; необхідність державного визнання соціальної цінності демократичного відтворення державної влади в рамках правової інституціоналізації адекватної виборчої системи; суперечливість національного виборчого законодавства. А ці всі фактори породжують недовіру до виборів. Стан сучасної виборчої системи в Україні впливає на політичну ситуацію і, як наслідок, на стабільність державної влади.

Тому вибір виду виборчої системи має ключове значення для розвитку нашого суспільства. Теорія та практика проведення виборів, описана у світовій літературі, визначає цілий ряд завдань, що ставляться перед

виборчою системою. По-перше, це забезпечення формування ефективної влади. Тобто вибори повинні бути результативними і мати наслідком формування ефективного та діючого парламенту чи місцевої ради, які самостійно можуть утворити уряд чи відповідний виконавчий орган. Це основне завдання, яке ставиться на перше місце в кожній країні. Друге завдання — це формування представницької і легітимної влади. І третє, що особливо важливо в наших складних сьогоднішніх умовах, це сприяння еволюції політичної системи. Цей вплив здійснюється в двох площинах. Перша площина — інституціоналізація політичної системи, тобто створення партій, укрупнення партій тощо. Друга площина — це проблема оновлення еліт. Виборча система повинна забезпечувати еволюційне оновлення політичної еліти, і не шляхом революції, а в результаті свого закономірного та поступового розвитку. Це у свою чергу дає можливість кожному робити політичну кар'єру за рахунок своїх здібностей, працьовитості та досягати успіху на основі дій, а не виборчих прожектів. І власне проблема невиконання передвиборних обіцянок політичними лідерами також пов'язана з неналежним виконанням поставлених перед виборчою системою завдань [1].

Виходячи з цих критеріїв, доцільно визначити пропозиції щодо оптимізації виборчої системи для парламентських та президентських виборів в Україні.

Дослідження проблем, пов'язаних із виборчими системами взагалі та мажоритарної зокрема, актуально не тільки в контексті здійснення ефективних правових реформ, а й головним чином у контексті створення більш демократичного суспільства з урахуванням реалій та можливостей сьогодення.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Свій внесок у розробку теоретичних основ щодо виборчих систем зробили : А. С. Автономова, Л. Г. Алехічева. Ю. А. Веденєва, Ю. А. Дмитрієв, А. В. Зіновієв, А. В. Іванченко, В. Б. Ізраєлян, А. О. Мішин, А. Е. Постников та інші.

Постановка завдання. У даній статті пропонується дослідити зміст та різновиди мажоритарної виборчої системи на основі узагальнення теоретичних досліджень з зазначенням їх позитивних та негативних рис. Приділити увагу деяким проблемам, пов'язаним із застосуванням мажоритарної виборчої системи, ґрунтуючись на теоретичних дослідженнях й положеннях чинного законодавства.

Виклад основних положень. У вітчизняній і зарубіжній юридичній літературі немає єдиної точки зору про поняття «виборча система». Раніше багато вчених під виборчою системою розуміли сукупність фактичних суспільних відносин, що виникають у процесі організації та проведення виборів, а також здійснення взаємовідносин між виборцями і депутатами. Разом з тим ніхто не заперечував проти того, що виборча система є політико-правовим інститутом. Але в наведеному визначенні не згадується про норми права, що ставить під сумнів його науковість.

Сьогодні в науці можливо виокремити два основні метрологічні підходи щодо тлумачення поняття «виборча система».

Відносно першої точки зору — виборча система являє собою сукупність встановлених законом правил, принципів і критеріїв, за допомогою яких визначаються результати голосування. При такому підході найважливіший політико-правовий інститут зведений до техніко-процедурних норм та арифметики [2].

Відповідно до другої точки зору — поняття «виборча система» розглядається у вузькому та широкому розумінні слова. Прихильниками цієї позиції є: А. Е. Постніков, Л. Г. Алексичева, А. В. Зіновієв, А. В. Іванченко, А. О. Мішин та інші. Виборча система у вузькому значенні — це певний спосіб розподілу депутатських мандатів між кандидатами залежно від результатів голосування виборців або інших уповноважених осіб. У широкому значенні під виборчою системою розуміють систему суспільних відносин, які складаються з виборами органів публічної влади та визначають порядок їх формування [3]. Необхідно звернути увагу на те, що поняття «виборча система» не можна звести до врегульованого правом порядку обрання органів публічної влади, оскільки це суспільне явище охоплюється поняттям «виборчий процес». Виборчу систему також можна розуміти як сукупність норм, оскільки в такому разі її буде неможливо відмежувати від поняття «виборче право» [2].

У ряді досліджень під виборчою системою розуміють норми виборчого закону, що визначають результати виборчого процесу: виборчу формулу, структуру бюлетеня і організацію округів, що забезпечує переклад голосів виборчого корпусу на парламентські мандати, отримані партіями та кандидатами.

Залежно від порядку визначення результатів виборів виборчі системи прийнято поділяти на три різновиди: мажоритарну, пропорційну та змішану.

Мажоритарна система є найстарішою серед виборчих систем. Назва її походить від французького *majorite*, що означає «більшість». Мажоритарною вважається система визначення результатів виборів, завдяки якій депутатські мандати (один або кілька) від округу одержують тільки ті кандидати, які отримали встановлену законом більшість голосів, а усі інші кандидати вважаються необраними. У 83 країнах світу застосовується мажоритарна система, в тому числі у США, Франції, Великій Британії, Канаді, Індії та інших державах [2].

Мажоритарна система зазвичай ефективно застосовується при здійсненні виборів представницьких органів місцевого самоврядування, тому що справедливо відображає інтереси більшості виборців. Однак при організації виборів у законодавчий орган держави принцип справедливого відображення інтересів більшості виборців дещо споплюжується.

При застосуванні мажоритарної системи виборчі округи найчастіше бувають одномандатними. Рідше трапляється варіант багатомандатних округів. Виборче законодавство України передбачає утворення як одномандатних (для виборів депутатів сільських, селищних рад), так і багатомандатних — загальнодержавного (для виборів народних депутатів України) та багатомандатних для виборів депутатів міських, районних у містах,

районних, обласних рад, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим виборчих округів [3].

Доцільно звернути увагу, в першу чергу, на мажоритарну виборчу систему з багатомандатними округами. Впровадження такої виборчої системи матиме найбільший ефект в малих населених пунктах, в селах, селищах. Окремою перевагою цієї моделі є мінімізація міжособистісних конфліктів під час виборчої кампанії. Наприклад, в п'ятимандатному окрузі може висуватися 15–20 чи більше кандидатів, і п'ятеро із них, хто набирає найбільшу кількість голосів, стають депутатами відповідної місцевої ради. Така багатомандатність приводить до того, що люди не сприймають всіх своїх опонентів ворогами. Особливо в сільській місцевості це може відіграти значну роль у консолідації місцевих громад на виборах, а не в пересварюванні їх між собою, як то, на жаль, відбувається дуже часто при застосуванні одномандатних округів [1].

В одномандатних округах голосують, як правило, персоніфіковано, у багатомандатних — як за певних осіб, так і за партійними списками. Багатомандатні округи є в Японії, США, Росії, в Україні та ін.

Залежно від того, як визначається більшість голосів, необхідна для обрання кандидата, розрізняють: 1) мажоритарну систему абсолютної більшості; 2) мажоритарну систему відносної більшості; 3) мажоритарну систему кваліфікованої більшості.

Найпростішим різновидом мажоритарної системи є *мажоритарна система відносної більшості* або простої більшості, або «перший обирається на посаду».

Застосовується мажоритарна система відносної більшості в США, Великій Британії, Індії та ін. [2].

Обраним вважається кандидат, який отримав більше голосів, ніж кожен з інших кандидатів. У Великій Британії її називають «хто перший прийшов — того й обрали» [4, с. 108]. Така система виборів ефективно використовується при проведенні місцевих виборів. Мажоритарній системі відносної більшості притаманні як позитивні риси, так і негативні. До переваг зазначеної системи виборів можливо віднести: 1) *високу результативність* (так, обраним вважається кандидат, який отримав найбільшу кількість голосів виборців). У випадку однакової кількості набраних голосів двома або більше кандидатами, що буває дуже рідко, законодавством традиційно використовується процедура жеребкування; 2) *голосування відбувається в один тур*; 3) *не встановлюється обов'язковий мінімум* участі виборців у голосуванні; 4) при цій системі чим більше кандидатів балотується на одне місце, тим менше голосів потрібно для обрання; 5) зазначена виборча система проста у застосуванні [3].

До *недоліків мажоритарної системи відносної більшості* можливо віднести таке: а) *ця система надає можливості враховувати інтереси всіх виборців округу*. Оскільки ситуація, що відносна більшість виборців, ті, хто прийшов на вибори і проголосував, відображають думку меншості населення; б) *голоси виборців*, що голосували проти обраного кандидата, *пропадають*. Тобто втрачається велика кількість голосів, а як наслідок — по-

слаблення представництва в парламенті чи іншому виборному органі; в) ця система також фактично анулює середні і малі партії [5, с. 94]; г) вона сприяє неадекватному відображенню у складі представницького органу політичного спектра суспільства.

Цікавим є досвід Японії. Вибори в Японії проводяться на підставі мажоритарної системи відносної більшості за партійними списками. Японська процедура виборів виключно цивілізована. Ніхто не вправі висловлюватися проти суперників, потрібно підвищувати свій рейтинг, не знижуючи рейтинг інших. На телебаченні дається всього 3 хвилини, і купити додатковий час не можна нікому.

Іншим прикладом є ізраїльські вибори в Кнесет (однопалатний парламент). У ньому всього 120 депутатів. Обирається Кнесет терміном на два роки за мажоритарною системою відносної більшості. Активним і пасивним виборчим правом володіють всі громадяни Ізраїлю, які досягли 18 років. Не встановлений мінімальний бар'єр голосів. Є система виборів по одномандатних (квоти немає) округах і за партійними списками.

З числа депутатів Кнесету обирається голова, його заступник і секретар. Всі депутати мають працювати в одному з постійних комітетів. У фінансовий комітет, комітет з оборони і закордонних справ не допускаються депутати від політичних партій, якщо їх партія в парламенті представлена менш ніж 5 депутатами. Справа в тому, що це найважливіші ключові комітети, і вважається, що саме ці депутати не дуже підтримані народом, вони не можуть бути представлені у цих комітетах. Кнесет — один із найсильніших у світі парламентів.

Другим різновидом мажоритарної системи виборів є *мажоритарна система абсолютної більшості*. Для обрання кандидата, за цією системою, необхідно зібрати більше половини голосів виборців, тобто діє формула $50 \% + 1$ голос [4, с. 107]. Похідна від цієї кількості голосів виборців може бути різною: 1) загальне число зареєстрованих виборців; 2) загальне число виборців, які брали участь у виборах (одержали виборчі бюлетені); 3) загальне число виборців, які брали участь у голосуванні [5, с. 95].

При застосуванні цієї системи, як правило, обов'язковий нижній поріг участі в голосуванні. Також іноді встановлюють мінімум кількості голосів виборців, набрання яких є теж умовою обрання кандидата. Як база для підрахунку голосів виступає, як правило, загальне число поданих голосів.

При системі абсолютної більшості чим більше у виборчому окрузі кандидатів, тим менше ймовірність, що хтось із них отримає абсолютну більшість голосів. Тому вибори за цією системою часто виявляються нерезультативними. Долається нерезультативність перебалотуванням кандидатів, що зібрали певну частку голосів, за рахунок другого туру виборів (повторного голосування) [4, с. 107].

Переважа зазначеної системи виборів — в її потенційному демократизмі: вона враховує інтереси більшості виборців, хоча голоси виборців, подані проти, знову ж втрачаються. *Недоліком* системи є її нерезультативність, тобто, як правило, передбачається повторне голосування або повторні ви-

бори. Але, як відомо, активність виборців у другому турі помітно знижується, законодавство часто не встановлює ніяких бар'єрів, що мають місце при першому турі голосування. Іншим способом, яким долається нерезультативність системи абсолютної більшості вже в першому турі виборів, є альтернативне голосування (преференційне, або абсолютне голосування), при якому виборці голосують за одного кандидата, але вказують при цьому порядок своїх переваг для інших. Якщо жоден з кандидатів не отримує абсолютної більшості при першому підрахунку, то той, що отримав найменшу кількість голосів, виключається зі списку, і підраховуються відповідні другі позиції в системі. Цю операцію повторюють доти, поки один кандидат не набере абсолютну кількість в результаті цих перетворень голосів. Така система запроваджена в Австралії при виборах Палати представників. За цією системою проводилися вибори народних депутатів СРСР. В Україні ще донедавна, в тому числі на парламентських і місцевих виборах, для підрахунку голосів на виборах застосовувалась мажоритарна система абсолютної більшості.

Третім різновидом мажоритарної системи є *мажоритарна система кваліфікованої більшості*. Вона передбачає, що обраним вважається кандидат (або список кандидатів), який отримав певну кваліфіковану більшість голосів виборців. Так, кандидату на пост президента Коста-Рікі необхідно набрати 40 % плюс один голос виборців [4, с. 109]. Кваліфікована більшість встановлюється законодавством і, як правило, перевищує більшість абсолютну. Ця система застосовується зовсім зрідка в практиці виборів. Основна причина цього полягає в її нерезультативності. До 1993 р. вона діяла в Італії при виборах Сенату, також застосовується в Чилі [6, с. 39].

Висновки. Підсумовуючи, варто зауважити, що при оптимізації виборчої системи для парламентських та місцевих виборів в Україні потрібно виходити не з інтересів пануючої в даний момент політичної сили, а із завдань, які ставляться перед виборчою системою. При цьому слід зважати, що оптимальна виборча система має забезпечити легітимне формування ефективної влади, подальшу інституціоналізацію політичної системи та еволюційне оновлення політичних еліт, що особливо важливо в сучасних умовах України.

Список літератури

1. Шляхи оптимізації виборчої системи для парламентських та місцевих виборів в Україні [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://pravo.org.ua/politicreformandconstitutionlaw/politicalpartieselections/940-optimization-of-the-electoral-system-for-parliamentary-and-local-elections-in-ukraine-ua.html>
2. Дмитриев Ю. А. Избирательное право / Ю. А. Дмитриев, В. Б. Израелян. [Серия: Образование]. — М.: Юстицинформ, 2008. — 312 с. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://bankknigs.com/nauka_ucheba/159358-izbiratelnoe-pravo.html.
3. Виборча система України. Виборчий процес в Україні [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://radnuk.info/pidrychnuku/konst/513-kravchenko/11517-3.html>.
4. Мишин А. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: учебник [для вузов] / А. А. Мишин. — [изд-е 14-е, перераб. и доп.]. — М. : Юстицинформ, 2008. — 332 с.

5. Сизько И. А. Конституционное право зарубежных стран: учебно-практическое пособие / И. А. Сизько, Н. М. Чепурнова. — М. : МЭСИ, 2007. — 184 с.
6. Конституционное право зарубежных стран: хрестоматия / [Авт. сост.: О. В. Ганин, В. В. Захаров]. — Тамбов : Изд-во Тамб. гос. техн. ун-та, 2006. — 192 с.

В. А. Стукаленко

Одесский институт финансов Украинского государственного университета финансов и международной торговли,
кафедра прикладной экономики
ул. 25-й Чапаевской дивизии, 6, Одесса, 65070, Украина

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ МАЖОРИТАРНОЙ ИЗБИРАТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЫ

Резюме

В статье исследованы и проанализированы актуальные вопросы, связанные с понятиями «избирательная система», «мажоритарная избирательная система», которая является старейшей среди избирательных систем. Отмечено, что в зависимости от того, как определяется большинство голосов, необходимых для избрания кандидата, различают: мажоритарную систему абсолютного большинства; мажоритарную систему относительного большинства; мажоритарную систему квалифицированного большинства.

Освещены актуальные вопросы, связанные с практическими проблемами, которые влияют на эффективность применения мажоритарной избирательной системы. Акцентируется внимание на положительных и отрицательных чертах мажоритарной системы абсолютного большинства, мажоритарной системы относительного большинства, мажоритарной системы квалифицированного большинства. Теоретические положения дополняются практическими примерами.

В статье делается вывод, что при оптимизации избирательной системы парламентских и местных выборов в Украине нужно исходить не из интересов господствующей в данный момент политической силы, а из задач, которые ставятся перед избирательной системой.

Ключевые слова: избирательная система, избирательные округа, мажоритарная система абсолютного большинства, мажоритарная система относительного большинства, мажоритарная система квалифицированного большинства.

V. A. Stukalenko

Odessa Institute of Finance of the Ukrainian State
University of Finance and International Trade,
The Department of applied Economics
25th Chapayev Division str., 6, Odessa, 65070, Ukraine

THEORETICAL ASPECTS OF THE MAJORITARIAN ELECTORAL SYSTEM

Summary

Article researched and analyzed issues related to the concept of «electoral system», the majoritarian electoral system, which is the oldest among electoral systems. It is noted that depending on how the majority of votes required for the election of the candidate, are distinguished: the majoritarian system of absolute majority; the majority system of relative majority; a majority system of qualified majority.

The urgent issues associated with the practical problems that affect the effectiveness of the majoritarian electoral system. The focus is on positive and negative traits of the majority system of absolute majority; the majority system of relative majority; majority system of qualified majority. Theoretical principles dopolnyayutsya practical examples.

In the article it is drawn the conclusion that by optimization of an electoral system of parliamentary and local elections in Ukraine it is necessary to proceed not from the interests of the political force dominating at present, but from tasks which are set for an electoral system.

Key words: electoral system, election districts, majority system of absolute majority, majority system of relative majority, majority system of qualified majority.

УДК 342.922

П. П. Білик

кандидат юридичних наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПРАВО І УПРАВЛІННЯ: ТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ ТА ЇХ ПРАКТИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ

У статті розглянуті основні напрямки взаємодії права і управління з огляду на їх призначення у впорядкуванні суспільних відносин. Досліджено питання взаємного впливу права і управління, їх опосередкованість та взаємообумовленість. Окреслені сторони управління, що потребують належного правового регулювання. Визначено, яким чином право забезпечує процес управління і як ефективність управління залежить від рівня правового забезпечення.

Ключові слова: адміністративно-правове регулювання, держава, державно-владний вплив, державне управління, право.

Постановка проблеми. Сучасний стан організації та діяльності апарату державного управління в Україні навряд чи можна вважати бездоганним та безсуперечним. Безліч питань теоретичного характеру адміністративно-правового регулювання державного управління певною мірою отримали наукове відображення, але, на жаль, не застосовуються в практиці функціонування державно-правових інститутів. А деякі категорії взагалі залишаються поза увагою науковців і згадуються лише побіжно, з метою ознайомлення. Результатом існування таких прогалин є незадовільний стан механізмів забезпечення людині можливості реалізовувати повною мірою та з найвищим ступенем ефективності проголошених Конституцією та наданих поточним законодавством прав, свобод та законних інтересів, а також створення належних умов для повної реалізації людиною покладених на неї нормами права юридичних обов'язків.

Подоланню багатьох недоліків у сфері державного управління, як вбачається, може сприяти тільки становлення системи науково обґрунтованого, теоретично виваженого та внутрішньо несуперечливого законодавства, що враховувало б всі потреби та інтереси суб'єктів правовідносин, поведінка яких врегульована за допомогою його норм.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питанням взаємозв'язку права та управління присвячували свої праці такі вчені, як: В. Б. Авер'янов, Г. В. Атаманчук, Д. Н. Бахрах, Ю. П. Битяк, А. С. Васильєв, І. Б. Коліушко, В. М. Селіванов, В. Ф. Сіренко, Ю. О. Тихомиров та інші. Але і сьогодні ця тема залишається малодослідженою в науці адміністративного права і процесу.

Постановка завдання. Метою даної статті є пошук оптимально результативних шляхів дослідження точок дотику права і управління, їх

взаємозв'язку та взаємодії і їх взаємного впливу на стан впорядкованості суспільних відносин з огляду на створення такого рівня правового забезпечення державного управління, який відповідав би потребам демократичної, правової, соціальної держави.

Виклад основних положень. Спільним у наукових працях, в яких тим чи іншим чином згадуються засади співвідношення управління і права, є беззаперечно ствердження того, що право і управління є категоріями невід'ємними одна від одної, мають глибинні точки дотику, змістовний взаємозв'язок та взаємодіють в процесі приведення суспільних відносин у бажаний впорядкований стан.

Як, зокрема, зазначається в літературі, одним із напрямків розробок спеціально-методологічного рівня державно-управлінських досліджень є напрямок, пов'язаний з проблемою визначення місця і ролі права в управлінні, як державному, так і суспільному в цілому (оскільки перше є лише різновидом другого) [1, с. 19]. Це пояснюється тим, що держава є певним механізмом, який за допомогою норм права через власний апарат (органи влади та управління) здійснює цілеспрямований, владний, організуючий вплив на суспільні відносини, що вважаються найважливішими з точки зору держави та суспільства для приведення їх у певний бажаний впорядкований стан. Для такого стану характерним є те, що кожний учасник суспільних відносин отримує можливість завдяки державно-владній діяльності реалізувати власні потреби та інтереси повною мірою, не завдаючи шкоди потребам та інтересам інших учасників правовідносин, а також те, що крім задоволення індивідуальних інтересів у процесі спільної діяльності людей задовольняються також публічні інтереси без шкоди індивідуальним. Такий стан досягається через специфічну діяльність держави, що отримала назву «державне управління».

Протягом тривалого часу в адміністративно-правовій доктрині перевага віддавалася точці зору, згідно з якою домінантним було твердження про те, що державне управління поширюється на всі без винятку сфери життєдіяльності людини. Таку тезу можна заперечити, спираючись, зокрема, на думку Г. В. Атаманчука, який зауважує, що держава управляє не всіма, а лише тими суспільними відносинами, їх виявами, сторонами та взаємозв'язками, які мають значення для всього суспільства, які відносяться до реалізації загальних потреб, інтересів та бажань [2, с. 89–90]. Також слід зауважити, що між суспільними відносинами та правом існує складний взаємозв'язок. З одного боку, під час аналізу суспільної системи в цілому виявляється визначальна роль суспільних відносин (особливо економічних та політичних) у формуванні норм права, з іншого — самі суспільні відносини виступають об'єктом цілеспрямованого правового впливу [3, с. 10].

Отже, державне управління є всеохоплюючим та беззаперечно неодмінним атрибутом існування державно впорядкованого суспільства, без якого саме існування суспільства в умовах законності та правового порядку вбачається неможливим. Як зазначається в літературі, державне управління є настільки своєрідним видом діяльності, характеризується такими вла-

стивостями, складається з таких елементів та має такі наслідки, що не може юридично оформлюватися як і інші [4, с. 426]. Правове регулювання управління призначене внести до управлінської діяльності впорядкованість, логіку, дисципліну, результатом чого може стати раціональність та ефективність управління.

У дослідженні точок дотику права і управління неодмінно варто брати до уваги, що основною детермінантою життєдіяльності людини є потреби. Це та категорія, яка дає характеристику необхідним об'єктивним природним та соціальним умовам, факторам та засобам існування і розвитку людини і суспільства. Потреби, у свою чергу, народжують інтереси. Вони вже мають суб'єктивний вияв і служать внутрішнім імпульсом, структурним елементом та стимулом людської активності [4, с. 112]. Виходячи з цього, наводиться така схема соціального механізму формування та реалізації державного управління: «потреби → інтереси → мета → рішення → дії → результат» [2, с. 90].

Саме така схема дає можливість зробити висновок, що рушійною силою управління є саме потреби та інтереси, які об'єктивно та суб'єктивно включені до відповідних управлінських відносин, процесів та явищ. Але і потреби, і інтереси, що ними народжуються, притаманні як об'єкту, який підлягає державно-управлінському впливу, так і суб'єкту, на якого покладено виконання завдань та функцій державного управління. Такі суб'єктні та об'єктні потреби та інтереси можуть збігатися, але можуть бути і протилежними і навіть суперечити одне одному. Та незважаючи на їх протиріччя, інтереси суб'єктів та об'єктів управління взаємопов'язані та взаємозалежні, вони доповнюють та визначають одне одного. Тому вкрай необхідним є пошук механізмів узгодження інтересів всіх учасників управлінських відносин, процесів та явищ. А іншого дієвого способу узгодження та зближення інтересів суб'єктів та об'єктів управління, крім введення їх вчинків та дій в ясні, чіткі та суворі юридичні межі, немає [4, с. 119].

Отже, право, по-перше, є тим дієвим інструментом, за допомогою якого підлягають чіткому формулюванню потреби та інтереси учасників суспільних відносин, які підлягають владному державно-правовому впливу. Право виступає як найдієвіший спосіб узгодження тих потреб та інтересів різних носіїв, які не збігаються і часто можуть суперечити одне одному.

Виходячи з існуючих потреб та інтересів, за допомогою юридичних норм формулюється мета та завдання державного управління. Як зазначає В. Б. Авер'янов, цілі та завдання — це уявлення про напрямки та очікувані наслідки державного управління [5, с. 118]. Завдання є об'єктивними за своїм змістом і зумовлені матеріальними умовами суспільної діяльності. Мета є поняттям більш загальним і містить у собі очікуваний результат, на досягнення якого спрямоване функціонування системи державного управління. Та незважаючи на ступінь узагальненості відтворення в цих категоріях напрямків та наслідків управлінського впливу, вони фіксуються в юридичних нормах завдяки характерним рисам норм права однозначно і чітко і до того ж гарантуються силою державного примусу. Це надає процесу управління певної стрункості і наповнює його зміст такою

неодмінною характеристикою, як цілеспрямованість. Адже будь-яке впорядкування тих важливих сфер життєдіяльності людей, які потребують державно-владного впливу, не може здійснюватися хаотично і реалізовуватися як самоціль. Крім зазначеного, варто звернути увагу на міркування Г. В. Атаманчука, в яких, зокрема, визначено, що і вибір елементів управлінської діяльності завжди залежить від того, які конкретно цілі переслідують суб'єкти управління [4, с. 429].

Сформульовані та узгоджені в нормах права потреби та інтереси, а також бажані мета та завдання державного управління повинні бути не просто продекларовані, а реалізовуватися практично завдяки специфічній діяльності уповноважених органів державної влади та їх посадових осіб. І якщо при регулюванні цільового блоку переважно застосовуються матеріальні норми, які здійснюють нормативне закріплення та вирішення тих чи інших суспільних та індивідуальних взаємин, то в управлінській діяльності переважного значення набувають процесуальні юридичні норми. За їх допомогою створюються правові процедури (технології) вирішення конкретних питань, які не можна заздалегідь передбачити, «прописати», але які безкінцевим ланцюгом виникають щоденно перед кожним суб'єктом управління [4, с. 120]. Реалізація цілей завжди пов'язана із засобами, через застосування яких вони реалізуються. Засоби повинні неодмінно бути адекватними тій меті, для реалізації якої вони застосовуються. Ця адекватність повинна бути відображена в нормативно-правовому регулюванні елементів управлінської діяльності. Для того щоб уникнути суб'єктивізації управлінської праці, її обґрунтування адміністративним (управлінським) розсудом, бажаним є відповідне правове регулювання процесуальних елементів управління, які, за взірцем кримінально-правового, цивільно-правового, господарсько-правового провадження, можуть визначити порядок проведення тих чи інших управлінських дій. Безумовно, визначити в законодавстві всі можливі управлінські проблеми та пов'язані з ними управлінські рішення, як і можливі шляхи їх вирішення, майже неможливо, але все ж варто розуміти, що існування оптимально достатнього за об'ємом правового регулювання управлінських проваджень може надати службовим та посадовим особам, виконавцям в апараті державного управління бачення того, в яких законодавчо окреслених процедурах повинні здійснюватися управлінські дії, аби відповідати нормам закону, вимогам правопорядку, справедливості та відображенню прав та свобод людини та суспільства.

Особливої уваги з боку правового регулювання управлінської діяльності, поряд з функціонально-компетенційним блоком, формами та методами управління, безумовно потребує впорядкування правотворчої діяльності органів виконавчої влади та процес розробки та прийняття управлінських рішень. Як зазначається в літературі, процедури розроблення та прийняття актів управління органами виконавчої влади повинні бути детально врегульовані в окремому Законі «Про правотворчу діяльність органів виконавчої влади» [6, с. 178]. Незважаючи на те, яку назву отримає такий закон, головне, що в ньому повинно знайти відображення те, що управлінські

рішення, незважаючи на суб'єкта видання та адресата, повинні відповідати цінностям права; бути розробленими та прийнятими в чіткій відповідності законам, на їх основі та на їх виконання; прийматися відповідно до компетенції та в межах юрисдикції відповідного органу управління та його посадових осіб; отримати адекватну правову форму та пройти відповідну управлінську процедуру. Зважаючи на такі вимоги, право має потенціал та можливості, які не притаманні жодному іншому соціальному регулятору, а саме — завдяки своїм властивостям врегулювати всі вказані моменти і на час практичного виконання певних завдань управління видати досконалий матеріал, що підлягає реалізації відносно конкретних суспільних відносин з метою їх приведення в певний впорядкований стан.

Між вже розглянутими елементами і результатом управлінського впливу держави на суспільні відносини знаходиться ще один неодмінний елемент, без якого весь процес управління є майже статичним. Це — конкретні управлінські дії. І якщо розробка та прийняття управлінських рішень і видання правових актів управління з точки зору їх пов'язаності з правом вже згадані, то стосовно повсякденних організаційних управлінських дій ще не йшлося. Варто навести формулу, згідно з якою кожна правова дія є організаційною, оскільки саме право має таку спрямованість, але не кожна організаційна дія є правовою, оскільки хоча і спрямована на досягнення загального управлінського результату, але не народжує своїм застосуванням юридичних наслідків. Йдеться передусім про застосування неправових форм управління та відповідного методу переконання. Їх значення в процесі досягнення управлінського результату дедалі більше зростає, що народжує висування додаткових вимог до керівного складу апарату державного управління стосовно рівня освіти, кваліфікації, досвіду роботи, ділових та морально-етичних якостей. Адже саме від повсякденної професійної діяльності залежить рівень впорядкованості суспільних відносин, забезпечення прав, свобод та законних інтересів людей, їх потреб та інтересів.

Саме нормам права в цих питаннях відведено провідну роль; за їх допомогою визначаються критерії кадрового відбору працівників апарату державного управління та засади їх правової і організаційної діяльності, можливості в певних, знову ж таки окреслених законодавством обставинах, діяти на власний розсуд для досягнення управлінського результату.

Висновки. Таким чином, право і управління — невід'ємно поєднані категорії, взаємозалежні та взаємодіючі. Без права немає управління, адже кожна його складова пронизана наскрізь нормами права, що надає йому логічності, стрункості, послідовності та ефективності і результативності. А саме право без управління було б статичним, адже кожна норма права повинна не просто існувати як самоціль, а бути реалізована практично. Така практична реалізація відповідно здійснюється через повсякденну специфічну державно-владну діяльність — державне управління. Але й саме державне управління, як сукупність конкретних владних дій, детально регламентується правовими приписами. Разом в їх органічній єдності право і управління є тим механізмом, який здатен забезпечити людям належні умови співіснування та взаємодії.

Список літератури

1. Державне управління: теорія і практика / За заг. ред. Авер'янова В. Б. — К. : Юрінком Інтер, 1998. — 432 с.
2. Атаманчук Г. В. Теория государственного управления: курс лекций / Г. В. Атаманчук. — М. : Юрид. лит., 1997. — 400 с.
3. Эффективность правовых норм / Кудрявцев В. Н., Никитинский В. И., Самощенко И. С., Глазырин В. В. — М. : Юрид. лит., 1980. — 280 с.
4. Атаманчук Г. В. Управление — фактор развития (размышления об управленческой деятельности) / Г. В. Атаманчук. — М. : ЗАО «Издательство «Экономика», 2002. — 567 с.
5. Адміністративне право України. Академічний курс: підруч. : У 2 т. Том 1: Загальна частина / Ред. кол.: В. Б. Авер'янов (голова) [та ін.]. — К. : Юридична думка, 2004. — 584 с.
6. Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії та практики / За заг. ред. В. Б. Авер'янова. — К. : Факт, 2003. — 384 с.

П. П. Бильк

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРАВО И УПРАВЛЕНИЕ : ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ И ИХ ПРАКТИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНИЕ

Резюме

Право и управление — неотъемлемо единые категории, взаимозависимые и взаимодействующие. Без права нет управления, ибо каждая его составная часть пронизана насквозь нормами права, что облекает его в логически выстроенную форму, делает его эффективным и результативным. Право без управления является статичным, так как каждая его норма должна не просто существовать в качестве самоцели, а реализовываться в практической деятельности. Такая реализация осуществляется посредством специфического вида государственно-властной деятельности — государственного управления.

Ключевые слова: административно-правовое регулирование, государство, государственно-властное воздействие, государственное управление, право.

P. P. Bilik

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Administrative and Commercial Law
Frantsuzskiy boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

LAW AND MANAGEMENT: THEORETICAL QUESTIONS AND THEIR PRACTICAL SIGNIFICANCE

Summery

The law and management are the integral uniform categories, which are interdependent and interacting. Without the law there is no management because each its component is penetrated by rules of law that gives it logically built shape, makes it effective and productive. The law without management is static as each its norm has to exist not simply as an end in itself, but has to be implemented in practical activity. Such realization is implemented by means of a specific type of governmental authorities' activity — public management.

Key words: administrative and legal regulation, state, governmental authority influence, public management, law.

УДК 342.95

О. В. Стукаленко

кандидат юридичних наук, доцент

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,

кафедра адміністративного та господарського права

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ДЕРЖАВНИЙ КОНТРОЛЬ У СФЕРІ БУДІВНИЦТВА: СУЧАСНІ РЕАЛІЇ

У статті висвітлено актуальні питання, пов'язані з державним контролем у сфері будівництва. Проаналізовано практичні проблеми, які мають значний вплив на функціонування механізмів державного архітектурно-будівельного контролю та формування державної регуляторної політики в містобудівній сфері економіки держави.

Ключові слова: державний контроль, будівництво, перевірки, органи державного архітектурно-будівельного контролю.

Постановка проблеми. В сучасному світі, який дуже стрімко розвивається, інститут державного контролю у сфері будівництва є одним із важливих показників рівня розвитку демократичної держави, тому що сприяє впровадженню ефективної державної регуляторної політики в містобудівній сфері та створює підґрунтя для забезпечення економічних та інших інтересів суспільства через забезпечення безпеки будівництва, довговічності будинків та споруд, стимулювання заходів, пов'язаних із заощадженням енергії, захистом навколишнього природного середовища, створенням безпечного життєвого середовища для громадян. Ефективність та дієвість державного контролю залежить від рівня законодавства, якості роботи органів державного архітектурно-будівельного контролю. Але, незважаючи на динамічний розвиток держави, слабкість та неефективність норм, пов'язаних із здійсненням належного контролю за дотриманням законодавства, будівельних норм і правил, проектних рішень під час будівництва об'єктів різного призначення та їх технічної експлуатації, їх велика кількість та внутрішня суперечність не сприяють застосуванню цих норм.

Дослідження проблеми державного контролю у сфері будівництва важливо не тільки в контексті правових реформ, а й головним чином в контексті створення безпечних умов життя для населення, безпечного життєвого простору, охорони навколишнього середовища. Це сприятиме ефективності правозастосування, безперервному вдосконаленню законодавства задля забезпечення його відповідності реаліям сьогодення.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Свій внесок у розробку теоретичних основ контролю зробили В. М. Горшеньов, Н. Г. Саліщева, М. С. Студенікіна, В. І. Турцев, І. Б. Шахов та інші. Напрацювання цих вчених є актуальними й донині. Серед сучасних науковців, які займаються дослідженням контролю, слід відмітити О. Ф. Андрійко, В. М. Паращука, С. М. Радзівона, В. М. Тесленка, Є. О. Юрченко, М. К. Якимчука та інших.

Постановка завдання. У даній статті пропонується дослідити зміст та проблеми здійснення державного контролю у сфері будівництва, ґрунтуючись на теоретичних дослідженнях і положеннях чинного законодавства.

Виклад основних положень. Одним із важливих завдань підвищення ефективності державного управління в період реформ є запровадження дієвої системи державного контролю.

Поняття контролю багатогранне. Цю категорію можливо розглядати в різних площинах, а саме: як спосіб забезпечення законності і дисципліни; як стадію управління; як функцію державного управління.

Контроль являє собою систему спостереження та перевірки процесу функціонування підконтрольного об'єкта з метою оцінки відповідності фактичного стану справ законодавчим приписам та іншим вимогам, виявлення та усунення можливих порушень або інших відхилень від заданих параметрів [1, с. 195].

Державний контроль у сфері будівництва здійснюють спеціально уповноважені органи. Таким спеціальним уповноваженим органам на здійснення контрольних та наглядових функцій в будівельній діяльності є Державна архітектурно-будівельна інспекція (Держархбудінспекція) [2].

Виділяють два види контрольних-наглядових функцій Держархбудінспекції в будівництві: а) безпосередні заходи державного нагляду (контролю), які пов'язані з плановими та позаплановими перевірками об'єктів будівництва; б) опосередковані контрольні-наглядові заходи, які пов'язані з видачею дозволів на здійснення будівництва тощо і не стосуються перевірок суб'єктів господарювання.

До першого виду контрольних-наглядових функцій належить здійснення вибіркового контролю: відповідності розміщення об'єктів, виконання будівельних робіт, виробництва будівельних матеріалів, виробів і конструкцій вимогам державних стандартів, норм і правил, технічним умовам, архітектурним вимогам, а також місцевим правилам забудови населених пунктів, своєчасності та якості виконання суб'єктами будівельної діяльності передбачених нормативно-технічною і проектною документацією зйомок, замірів, випробувань, а також ведення необхідної виконавчої документації; наявності сертифікатів на будівельну продукцію.

До другої групи контрольних-наглядових функцій (опосередкованих контрольних-наглядових заходів) З. В. Щепановський відносить: а) видачу забудовникам дозволів на виконання робіт з будівництва, реконструкції, реставрації та капітального ремонту, реєстрацію об'єктів, на яких виконуються ці роботи; б) реєстрацію відповідальних інженерно-технічних працівників, які здійснюють безпосередньо керівництво будівельними роботами, технічний і авторський нагляд; в) участь у встановленому порядку у прийнятті в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, а також у розслідуванні причин аварій на будівництві.

На даний час до групи опосередкованих контрольних-наглядових функцій Держархбудінспекції можна віднести: ліцензування будівельної діяльності; здійснення контролю за дотриманням ліцензійних умов. Разом з тим можемо говорити про делегування деяких контрольних повноважень

недержавним суб'єктам. Наприклад, широкими повноваженнями у сфері професійної атестації виконавців робіт (послуг), пов'язаних із створенням об'єктів архітектури, наділена громадська організація Національна спілка архітекторів України [3]. Ще одним прикладом часткового делегування повноважень державних органів приватним організаціям є проведення технічного обстеження індивідуальних та дачних будинків, збудованих без дозволу на виконання будівельних робіт відповідальним виконавцем, який отримав відповідну ліцензію.

Система органів державного архітектурно-будівельного контролю (ДАБК) здійснює впровадження державної регуляторної політики в містобудівній сфері. Одними із найважливіших завдань цієї системи є створення передумов для розвитку суб'єктів будівельної галузі, забезпечення будівництва надійних, безпечних будівель та споруд, забезпечення безпеки будівництва, довговічності будинків та споруд, стимулювання заходів щодо заощадження енергії, захисту навколишнього природного середовища, створення безперешкодного життєвого середовища для осіб з обмеженими фізичними можливостями та інших маломобільних груп населення, а також забезпечення економічних та інших аспектів, важливих з погляду задоволення інтересів суспільства.

Для вирішення цих завдань необхідно здійснювати належний контроль за дотриманням законодавства, будівельних норм і правил, проектних рішень під час будівництва об'єктів різного призначення та їх технічної експлуатації.

Функціонування механізмів державного архітектурно-будівельного контролю залежить як від зовнішніх, так і внутрішніх факторів, що впливають на систему державного контролю у сфері містобудівної діяльності.

Загальна динаміка результатів діяльності органів державного архітектурно-будівельного контролю в Україні [4] дає змогу дійти висновку, що державний архітектурно-будівельний контроль виконується на задовільному рівні. Існуючі проблеми потребують розв'язання. Серед цих проблем можна виокремити зовнішні й внутрішні, які, у свою чергу, можна розподілити на проблеми в діяльності органів державного контролю у сфері будівництва, проблеми безпосереднього функціонування та проблеми суспільних відносин у процесі функціонування системи ДАБК. Проблеми державного архітектурно-будівельного контролю є взаємопов'язаними та впливають на ефективність та розвиток контролю.

Як правило, зовнішні проблеми мають значний вплив на функціонування механізмів державного архітектурно-будівельного контролю та формування державної регуляторної політики в містобудівній сфері економіки держави.

Наприклад, однією з основних проблем сучасності є зменшення кількості природних ресурсів, а це вимагає застосування новітніх будівельних технологій та будівельних матеріалів під час провадження містобудівної діяльності. Тому впровадження новітніх технологій спрямоване на енергозбереження та підвищення рівня оптимізації використання енергоносіїв та природних ресурсів.

До внутрішніх проблем здійснення ДАБК можна віднести організаційні, правові та ресурсні (матеріально-технічні) проблеми функціонування органів державного контролю. Наприклад, до організаційних проблем державного контролю в Україні слід віднести кадрові проблеми, які виражаються у відсутності профільної освіти у значної частини службовців органів ДАБК, невідповідності фахового рівня службовців займаним посадам як в центральному апараті Держархбудінспекції України, так і в територіальних органах. Ще однією з проблем в кадровому забезпеченні є відсутність досвіду роботи у переважній кількості працівників в органах державної влади і будівельного контролю [5].

До правових проблем слід, перш за все, віднести актуальні проблеми чинного законодавства. Наприклад, важливою проблемою є відсутність механізму визначення розміру штрафних санкцій за правопорушення у сфері містобудування для громадян, які на сьогодні визначаються посадовими особами органів ДАБК на власний розсуд у межах, визначених КУпАП. Необхідно акцентувати увагу на проблемі визначення термінів виконання вимог припису, адже терміни визначаються на власний розсуд посадовими особами органів ДАБК та можуть не відповідати фактичним потребам у часі й наявним можливостям до виконання приписів та усунення порушень. У свою чергу, Державна виконавча служба не має достатньої кількості владних і ресурсних повноважень для примусового стягнення цих штрафів з порушників, має місце ухилення правопорушників від сплати штрафних санкцій, проведення процедури ліквідації суб'єктів господарювання — порушників законодавства з метою ухилення від їх сплати. Наприклад, за результатами контрольних заходів територіальними органами Держархбудінспекції України накладено 380 мільйонів штрафних санкцій, з яких сплачено до державного бюджету 74 мільйони гривень, що становить 20 відсотків. Хоча, порівняно з 2012 роком, кількість накладених штрафних санкцій збільшилася у 2,3 рази, кількість стягнутих — у півтора рази [4].

І ще одним із прикладів впливу на стан державного контролю є високий рівень корупційних ризиків, що мають місце при функціонуванні всіх механізмів будівельного контролю, зокрема, при здійсненні дозвільних процедур, при здійсненні перевірок, при припиненні правопорушень, при притягненні до відповідальності, при введенні об'єктів в експлуатацію та при здійсненні ліцензійних процедур [5, с. 310]. У зв'язку з наявністю великої кількості корупційних ризиків в органах будівельного контролю механізми будівельного контролю діють неефективно, це безпосередньо виражається у вибіркового застосуванні працівниками органів ДАБК повноважень з припинення правопорушень, притягнення осіб до відповідальності, здійсненні формальних перевірок, зниженні якості будівельних робіт, замовчуванні виявлених порушень тощо [5, с. 311].

Також слід зазначити про існування розповсюдженої проблеми — самовільної зміни цільового призначення існуючих будівель та споруд, що призводить до використання будівель та споруд за іншим цільовим призначенням, які не призначені для цих цілей. Як наслідок — невідповідність державним будівельним, санітарно-епідеміологічним та протипожежним

нормам, створення незручності для осіб, які проживають поряд з такими об'єктами, та інколи навіть створення небезпечних умов життя.

До ресурсних (матеріально-технічних) проблем слід віднести неналежний рівень фінансового забезпечення діяльності інспекцій ДАБК, що прямо виражається у низькій оплаті праці службовців інспекції ДАБК та відсутності достатнього рівня технічного забезпечення їх роботи.

Важливими формами та засобами реалізації контролю є відповідна система спостережень та періодичні або разові перевірки виконання певного виду управлінської діяльності чи окремих заходів, доручень, актів тощо [1, с. 195].

Перевірки є безпосереднім заходом державного контролю в будівельній діяльності. Перевірки поділяються на планові та позапланові.

Планові перевірки проводяться не частіше ніж один раз на півроку та повинні бути передбачені планом роботи інспекції, який затверджується керівником відповідної інспекції.

Аналізуючи діяльність Держархбудінспекції України, простежується тенденція зменшення кількості планових перевірок об'єктів будівництва і, як результат, послаблення тиску контролюючих структур на учасників будівельного ринку. Так, у 2013 році кількість контрольних заходів порівняно з 2012 роком скоротилася більше ніж удвічі. Так, якщо в 2012 році було проведено 10 886 планових перевірок, то у 2013 році — 4359. При цьому за результатами проведених у 2013 році територіальними органами Держархбудінспекції України планових перевірок видано 4157 приписів про усунення порушень містобудівного законодавства, з яких виконано 72 %. Результат цих дій — накладено більше 54 мільйонів гривень штрафних санкцій (у тому числі згідно з Кодексом України про адміністративні правопорушення — 10 мільйонів гривень та згідно із Законом України «Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності» — 44 мільйони гривень) та стягнуто більше 24 мільйонів гривень штрафних санкцій (у тому числі згідно з Кодексом України про адміністративні правопорушення — 8 мільйонів гривень та згідно із Законом України «Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності» — 16 мільйонів гривень).

Передаю до Державної виконавчої служби більше 17 мільйонів гривень (у тому числі згідно з Кодексом України про адміністративні правопорушення — 1 мільйон гривень та згідно із Законом України «Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності» — більше 16 мільйонів гривень).

Серед найбільш важливих проблем містобудівного законодавства, що впливає на ефективність здійснення контролю, є необов'язковість здійснення попередньої та підсумкової перевірок на об'єктах будівництва всіх категорій складності, що, у свою чергу, негативно впливає на виявлення та протидію містобудівним правопорушенням. Відсутність норми обов'язковості здійснення перевірок призводить до можливості порушникам уникати відповідальності за скоєні порушення містобудівного законодавства, а також установлені законом відповідальності за введення в

експлуатацію технічно не готових до експлуатації будівельних об'єктів, інших більш серйозних наслідків. Відсутній також механізм оперативного контролю достовірності даних, зазначених у документах, що подані на реєстрацію до органів ДАБК, що призводить до реєстрації документів, скасування яких можливе лише за рішенням суду [5].

Позапланові перевірки проводяться виключно за наявності передбачених законодавством підстав, до яких належать: заява суб'єкта містобудування про проведення перевірки; виявлення факту самочинного будівництва; перевірка виконання суб'єктом містобудівної діяльності приписів та вимог інспекцій; перевірка виконання вимог інспекції щодо усунення порушень ліцензійних умов; звернення фізичних чи юридичних осіб щодо порушення вимог містобудівного законодавства; вимога правоохоронних органів про проведення перевірки. В 2013 році проведено 23 687 позапланових перевірок відповідно до Порядку прийняття в експлуатацію індивідуальних (садибних) житлових будинків, садових, дачних будинків, господарських (присадибних) будівель і споруд, прибудов до них, громадських будинків та будівель і споруд сільськогосподарського призначення I та II категорій складності, які збудовані без дозволу на виконання будівельних робіт, і проведення технічного обстеження їх будівельних конструкцій та інженерних мереж, затвердженого наказом Мінрегіону від 19.03.2013 № 95 [6]. За результатами проведених позапланових перевірок накладено штрафних санкцій майже на 14 мільйонів гривень, 13 мільйонів з яких сплачено до державного бюджету.

У 2013 році в частині здійснення позапланових заходів державного архітектурно-будівельного контролю територіальними органами Держархбудінспекції України проведено 49 830 позапланових перевірок об'єктів будівництва, в тому числі 35 124 перевірки щодо фізичних осіб і 14 706 перевірок — щодо юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців. Це на 11 % менше від кількості позапланових перевірок, проведених у 2012 році, загальна кількість яких склала 55 306. Виявлено порушення містобудівного законодавства на 15 476 об'єктах будівництва (31 % від загальної кількості перевірених). За результатами виявлених порушень видано 14 526 приписів про усунення порушень у сфері містобудівної діяльності, з яких виконано 7 536 (52 % від виданих), не настав термін виконання по 6 478 приписах (45 %), 3 % виданих приписів знаходяться на оскарженні або оскаржені. Накладено штрафних санкцій на суму 312 мільйонів гривень, стягнуто — 37 мільйонів (12 %), передано до Державної виконавчої служби — 99 мільйонів гривень (31 %).

Якщо розглядати державний контроль у сфері будівельної діяльності в широкому значенні, то це діяльність уповноважених державою органів та допомога недержавних організацій по забезпеченню дотримання будівельного законодавства, будівельних норм. Але можливо говорити про незначну участь недержавних організацій в даному процесі. Доцільно в більшій мірі залучати громадські організації у сфері будівництва та архітектури до здійснення заходів контролю і делегувати їм частину повноважень держави в даній сфері. Що стосується проблеми проведення громадського конт-

ролю, то в більшості випадків він проводиться формально та носить вибірко-вий характер, а головне, не має належного законодавчого підґрунтя [4].

Висновки. Підсумовуючи викладене вище, слід наголосити, що сучасний стан правового регулювання інституту державного контролю у сфері будівництва є далеким від досконалості, це безпосередньо виражається у вибіркового застосуванні працівниками органів ДАБК повноважень з припинення правопорушень, притягненні осіб до відповідальності, здійсненні формальних перевірок, зниженні якості будівельних робіт, замовчуванні виявлених порушень тощо. Складається таке враження, що його зміст спрямований переважно на те, щоб надати державі та уповноваженим нею органам можливість впливати на осіб з подальшим притягненням їх до відповідальності. Проте при такому підході Україна буде ще довго посідати низькі місця в рейтингах привабливості країн світу.

Список літератури

1. Радзівон С. М. Контроль — як спосіб забезпечення законності діяльності органів публічної адміністрації / С. М. Радзівон // Науковий вісник Ужгородського національного університету. — Серія ПРАВО. — Вип. 20, ч. 1. — Т.3. — С. 194–198.
2. Положення про Державну архітектурно-будівельну інспекцію України : Постанова Кабінету Міністрів України від 9 липня 2014 р. № 294. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://apx.org.ua/solutions-dabi/13600-polozhennya-pro-derzhavnu-arhitekturno-budvelnu-nspekcyu-ukrayini.html>
3. Про архітектурну діяльність : Закон України від 20 травня 1999 р. № 687-XIV // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 31. — Ст. 246. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/687-14>.
4. Про підсумки роботи Державної архітектурно-будівельної інспекції України та її територіальних органів у 2013 році та виконання Плану роботи Державної архітектурно-будівельної інспекції України на 2013 рік [Електронний ресурс]. — Режим доступу:<http://netbaryerov.org.ua/2009-09-29-12-13-46/1543-informatsijno-analitichni-materiali-zvit-pro-pidsumki-roboti-derzhavnoji-arkhitekturno-budivelnoji-inspektsiji-ukrajini-ta-jiji-teritorialnikh-organiv-u-2013-rotsi>.
5. Юрченко Є. О. Актуальні проблеми державного контролю у сфері містобудівної діяльності в Україні / Є. О. Юрченко // Державне управління: теорія та практика, 2012. — Т. 2. — С. 306–312.
6. Порядок прийняття в експлуатацію індивідуальних (садибних) житлових будинків, садових, дачних будинків, господарських (присадибних) будівель і споруд, прибудов до них, громадських будинків та будівель і споруд сільськогосподарського призначення I та II категорій складності, які збудовані без дозволу на виконання будівельних робіт, і проведення технічного обстеження їх будівельних конструкцій та інженерних мереж, затверджений наказом Мінрегіону від 19.03.2013 № 95. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE23144.html

О. В. Стукаленко

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

**ГОСУДАРСТВЕННЫЙ КОНТРОЛЬ В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬСТВА:
СОВРЕМЕННЫЕ РЕАЛИИ**

Резюме

В статье освещены актуальные вопросы, связанные с осуществлением государственного контроля в сфере строительства. Проанализированы практические проблемы, которые имеют значительное влияние на функционирование механизмов государственного архитектурно-строительного контроля в Украине и формирование государственной регуляторной политики в градостроительной сфере экономики государства. Акцентируется внимание на незначительном участии негосударственных организаций в данном процессе. Автор использует статистический материал, иллюстрирующий работу, — «Государственная архитектурно-строительная инспекция Украины в 2012–2013 годах». Приводятся данные о количестве плановых и внеплановых проверок, проведенных Госархстройинспекцией Украины, о результатах этих проверок.

Ключевые слова: государственный контроль, строительство, проверки, органы государственного архитектурно-строительного контроля.

O. V. Stukalenko

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Administrative and Commercial Law
Frantsuzskiy boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

STATE CONTROL IN CONSTRUCTION: CURRENT REALITIES

Summary

The article is devoted to topical issues related to the implementation of state control in the sphere of construction. Analyzed the practical problems that have a significant impact on the functioning mechanisms of the state architectural and construction control in Ukraine and the formation of the state regulatory policy in the field of urban planning of the state's economy. Acclimatise attention to the insignificant participation of non-governmental organizations in this process. The author uses statistics to illustrate the work of the State architectural and construction Inspectorate of Ukraine in 2012–2013. To privodyatsya data on the number of scheduled and unscheduled inspections, said the of the State architectural and construction Inspectorate of Ukraine, the results of these inspections. The article is devoted to topical issues related to the implementation of state control in the sphere of construction. Analyzed the practical problems that have a significant impact on the functioning mechanisms of the state architectural and improvement of the legal regulation of state control in the sphere of construction allows efficient use of building potential of Ukraine and to choose the right direction in solving complex problems.

Key words: state control, construction, inspection, the authorities of state architectural and construction control.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО, ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

УДК 347.440.52

В. І. Труба

кандидат юридических наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
економіко-правовий факультет, декан
Французський бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

К ВОПРОСУ О ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРИРОДЕ АЛЕАТОРНЫХ (РИСКОВЫХ) ДОГОВОРОВ

Статья посвящена исследованию юридической природы обязательств из алеаторных (рисковых) договоров, их места в системе гражданско-правовых договоров, выявлению особенностей алеаторных (рисковых) договоров.

Ключевые слова: гражданско-правовой договор, алеаторные (рисковые) договоры, классификация договоров, условия договоров, риск.

Постановка проблемы. Для выявления сути алеаторных (рисковых) договоров необходимо рассмотреть общетеоретические вопросы, касающиеся понятия договора. Подобная позиция основана на том, что при формировании договорных отношений, а также дальнейшей реализации их содержания необходимо, прежде всего, иметь четкое представление об общих положениях договорного права, что является залогом успешного применения общих норм к конкретным, индивидуализированным отношениям.

Постановка задачи. Целью написания статьи является исследование юридической природы обязательств из алеаторных (рисковых) договоров и их места в системе гражданско-правовых договоров.

Изложение основных положений. Согласно п. 1 ст. 626 ГК Украины договором является соглашение двух или более сторон, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Из данного определения можно сделать вывод о том, что речь идет о договоре-сделке. Как указывают М. И. Брагинский, В. В. Витрянский, «договоры в их качестве сделки, не отличаясь от других юридических фактов, не имеют содержания. Им обладает только возникшее из договора-сделки договорное правоотношение» [5, с. 146]. Это означает, что при характеристике договора как сделки должно обращать внимание именно на договор как юридический факт, порождающий, изменяющий или прекращающий само правоотношение. Права и обязанности сторон являются содержанием

именно договора-правоотношения, а не договора-сделки. Исследуя вопросы относительно договора-сделки, прежде всего, следует указать на необходимость выражения воли сторон. Суть вопроса сводится к тому, что не всегда понятия «соглашение» и «договор» являются идентичными. Если договор — это соглашение, то не всякое соглашение представляет собой договор. В юридической литературе существуют различные суждения по данному вопросу. Так, И. Б. Новицкий полагал, что «выражаемая каждой из сторон воля соответствует одна другой так, что можно признать, что в сделке выражается согласованная воля сторон» [14, с. 95]. Ф. И. Гавзе считает, что «соглашение включает и встречную волю, и тождественность», а также одновременно признает договор общим волевым актом [7, с. 85]. В. Ф. Яковлев исходит из того, что договор — «двусторонняя или многосторонняя сделка, в которой права и обязанности возникают вследствие взаимосвязанных согласованных действий двух или нескольких лиц — субъектов гражданского права» [20, с. 90].

Суммируя все изложенные суждения, приходим к выводу, что их можно поделить на две группы точек зрения: а) одни ученые акцентируют внимание на сущности соглашения (совпадении воли сторон); б) другие ученые акцентируют внимание на внешней форме, которую соглашение принимает (указывается на единый волевой акт). Следует обратить внимание, что обе группы суждений в полной мере дают представление о рассматриваемом понятии, поэтому нет оснований отвергать какое-либо из них.

Вышеизложенное дает основания отметить, что договор-сделка «определяет содержание правоотношения, порожденного волей заключивших его сторон» [5, с. 168], а также указывает на отличительный признак данных сделок как юридических фактов — выражение воли сторон.

Сделав вывод о том, что сделка-договор — волевое действие, необходимо остановиться на проблеме о «двух формирующих сделку-договор элементах»: воле и волеизъявлении. Как указывает М. И. Брагинский, «отмеченная проблема приобретает большое значение не только при толковании договора, но и применительно к другим вопросам, и прежде всего связанным с основаниями признания сделок (договоров) недействительными, а равно с широко используемой практикой заключения договоров через представителей» [5, с. 168].

Интересны суждения ученых по данному вопросу. Например, В. П. Шахматов полагал, что если воля распознаваема, а ее подлинный смысл может быть впоследствии установлен, при возникновении спора нужно считаться именно с волей [18, с. 8–9]. И. Б. Новицкий указывал на необходимость должным образом проявленной (выявленной) воли, иначе нельзя судить о ее (воли) содержании [14, с. 22]. М. И. Брагинский указывал, что «основу сделок составляет действительно воля. Именно она создает сделку, и поэтому-то сделка считается волевым актом» [5, с. 169]. Суждение М. И. Брагинского является верным, подтверждением тому могут служить положения о признании сделок недействительными в силу их мнимости или притворности. Как известно, в случае мнимости сделки воли участников вообще нет (сделка совершается для вида, создать юридические послед-

ствия не является целью), в случае притворности сделки стороны скрывают истинную волю, сделка совершается для того, чтобы прикрыть другую (фактически совершаемую сделку). При этом нельзя ставить под сомнение и важность волеизъявления, поскольку «сделка — это действие», т. е. результат воли (волеизъявление). Если же ставить во главу угла только волю сторон, совершающих сделку, то можно прийти к неутешительному выводу. В частности, если суд ставит впереди волеизъявления волю, эта его исходная позиция может привести к опасной для оборота неопределенности: всякий раз, заключив договор, до полного его прекращения сторона должна опасаться поступления от контрагента требования признать договор недействительным, ссылаясь на то, что «сделал не то, что хотел (хотел и мог сделать)». Поэтому абсолютно верным будет подход к разрешению данной проблемы, когда «сделка представляет собой единство субъективного элемента — воли и объективного элемента — изъяснения воли» [18, с. 24].

Для алеаторных договоров соединение субъективного и объективного элементов, т. е. воли и волеизъявления, является немаловажным. Ярким примером может служить договор пожизненного содержания, где должна быть четко выражена воля отчуждателя имущества по договору, а также и приобретателя данного имущества. Воля последнего должна выражаться не только относительно приобретения в будущем имущества отчуждателя, но и относительно выплаты ему материального содержания.

Еще один немаловажный вопрос, связанный с договором-сделкой — это вопрос об основаниях признания его недействительным. Как указывает О. В. Гутников, «основанием недействительности надо считать причину, по которой наступает недействительность, то есть юридически значимые обстоятельства (юридические недостатки), влекущие за собой недействительность сделки» [8, с. 23]. Также следует обратить внимание, что действительность сделки зависит от действительности образующих ее элементов, «поэтому недействительные сделки могут быть сгруппированы в зависимости от того, какой из элементов сделки оказался дефектным» [13, с. 245]. Таким образом, выделяют:

1) сделки с пороками в субъекте: первая группа этих недействительных сделок связана с недееспособностью граждан; вторая группа связана с правоспособностью юридических лиц;

2) сделки с пороками воли: первая группа — это сделки, совершенные без внутренней воли на совершение сделки; вторая группа — сделки, в которых внутренняя воля сформировалась неправильно;

3) сделки с пороками содержания — это сделки, которые признаются недействительными вследствие расхождения условий сделки с требованиями закона и иных правовых актов, в том числе мнимые и притворные сделки;

4) сделки с пороками формы, т. е. несоблюдение установленной законом либо простой письменной, либо нотариальной формы сделки.

Достаточно важным является определить порядок заключения договоров, который был бы универсальным для всех видов гражданско-правовых договоров, включая и алеаторные договоры. Процесс заключения догово-

ров предопределен самой природой соответствующей конструкции: если смысл договора состоит в соглашении, то тем самым его заключение предполагает выражение воли каждой из сторон и, самое главное, совпадение этой воли. И, как пишет Н. Д. Егоров, «для того чтобы стороны могли достигнуть соглашения и тем самым заключить договор, необходимо, по крайней мере, чтобы одна из них сделала предложение о заключение договора, а другая — приняла это предложение» [10, с. 513]. В юридической науке эти две стадии именуется офертой и акцептом. Это означает, что предложение заключить договор именуется офертой, а принятие данного предложения именуется акцептом.

Требования к оферте достаточно строгие. В частности, оферта должна быть достаточно определенной и выражать явное намерение лица заключить договор; оферта должна содержать все существенные условия договора; оферта должна быть обращена к одному или нескольким конкретным лицам. Как указывает А. А. Пушкин, «предложение до его принятия само по себе не создает договора... оно связывает оферента в том смысле, что при принятии предложения акцептантом договор считается заключенным» [15, с. 365]. Как видно, оферта — это проявление воли одной стороны, которая направлена на заключение договора.

Акцепт в такой же мере выражает волю лица, как и предложение. Как пишет М. И. Брагинский, «требования к акцепту вытекают из его особенностей как рефлекторного волеизъявления. Стандартная ситуация состоит в том, что акцепт приобретает юридическую силу, если он полный, т. е. выражает одобрение всему, что указано в оферте, и безоговорочный, т. е. не содержит никаких дополнительных условий» [5, с. 202]. В контексте данной работы нет смысла останавливаться подробно на определенных особенностях данной стадии заключения договора, поскольку тема нашего исследования состоит в определении сущности отдельного вида гражданско-правового договора.

Обращаясь к характеристике договора, необходимо остановиться на анализе договорных условий. Известно, что «договорные условия представляют собой способ фиксации взаимных прав и обязанностей» [5, с. 295]. Таким образом, если рассматривать гражданско-правовой договор в качестве правоотношения, права и обязанности сторон являются содержанием правоотношения. Если же говорить о содержании договора, то его составляют договорные условия. Договорные условия — это «условия, на которых достигнуто соглашение сторон» [10, с. 499]. Договорные условия принято объединять в определенные группы. В юридической литературе выделяют три такие группы: существенные условия, обычные условия и случайные условия.

По общему признанию, существенными признаются условия, необходимые и достаточные для того, чтобы договор считался заключенным и тем самым способным породить права и обязанности сторон. Круг существенных условий зависит от особенностей конкретного договора. В частности, в одном из типов алеаторных договоров, договоре пожизненного содержания, существенным будет условие о том, какое имущество будет передано

отчуждателем приобретателю, т. е. речь идет о предмете договора. Абсолютно верным является высказывание о том, что «без определения того, что является предметом договора, невозможно заключить ни один договор» [10, с. 499]. Также к числу существенных условий относятся те условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные. В юридической науке выделяют и такие существенные условия, которые необходимы для договоров определенного вида. Необходимыми, а стало быть и существенными, для договора пожизненного содержания будут условия о денежной оценке материального обеспечения отчуждателя. Кроме того, будут признаны существенными те условия, которые по заявлению одной из сторон должны быть достигнутыми в соглашении.

В отличие от существенных выделение условий обычных и случайных проводится только в юридической литературе.

С. К. Май указывал, что к условиям обычным относятся те, которые вытекают из диспозитивных норм закона и обычаев. Такие нормы могут и не найти никакого выражения в самом договоре и, несмотря на это, должны применяться к порождаемым им отношениям [12, с. 72]. Предполагается, что если стороны достигли соглашения заключить данный договор, то тем самым они согласились и с теми условиями, которые содержатся в законодательстве об этом договоре.

Случайными называются такие условия, которые изменяют либо дополняют обычные условия. Включенными в договор они могут быть только по соглашению сторон. С. К. Май в отношении случайных условий высказывался следующим образом: «...случайными признаются договорные условия, которые, не будучи основными, необходимыми для всех вообще сделок (договоров) определенного типа, содержат согласованные сторонами положения, которые иногда не совпадают с диспозитивными нормами закона или обычаев» [10, с. 72]. Следует отметить, что отсутствие случайных условий, равно как и обычных условий, не влияет на действительность договора. Но имеется некоторое, однако очень существенное отличие обычных условий от случайных, это то, что случайные условия приобретают юридическую силу лишь в случае включения их в текст договора. Н. Д. Егоров указывает на отличие случайных условий от существенных условий: «в отличие от существенных, отсутствие случайного условия лишь в том случае влечет за собой признание данного договора незаключенным, если заинтересованная сторона докажет, что она требовала согласования данного условия» [10, с. 501].

В юридической науке, на базе детального анализа сущности всех трех групп договорных условий, было высказано суждение о том, что «...оснований для выделения как обычных, так и случайных... не остается» [5, с. 302]. Автор (М. И. Брагинский) данного умозаключения обосновывает это суждение следующим образом: «никаких других условий, кроме существенных, в договоре не может быть. Все дело лишь в том, что одни условия становятся существенными в силу обязательной для сторон императивной нормы, требующей их согласования, другие — в силу того, что сторона воспользовалась предоставленной диспозитивной нормой возмож-

ностью, третьи — в силу самого характера соответствующей договорной модели, а четвертые — благодаря признанной одной из сторон необходимости включения их в договор» [5, с. 302]. Безусловно, подобное суждение заслуживает внимания, однако автор, отвергая в определенной степени выделение обычных и случайных условий, как самостоятельных категорий, тем не менее, выделяет отдельные виды существенных условий. Подобная точка зрения, по нашему мнению, не является достаточно рациональной, так как и обычные, и случайные договорные условия имеют место именно как отдельные категории. В частности, допускается не включать в текст договора те условия, которые являются обычными для данного вида договорного обязательства, тем не менее договор вступит в законную силу. А если же стороны не согласуют положения относительно предмета договора, как существенного договорного условия, то договор в законную силу не вступит. Поэтому нельзя отказываться от деления договорных условий на указанные группы.

Таким образом, кратко охарактеризовав общие положения относительно гражданско-правовых договоров, можно с уверенностью утверждать, что рассмотренные аспекты в полной мере применимы и к алеаторным (рисковым) договорам.

Определяя место алеаторных договоров в системе гражданско-правовых договоров, прежде всего, следует указать, что классификация договоров строится по признаку дихотомии, т. е. деления надвое. По общему правилу все гражданско-правовые договоры по данному признаку делятся на: односторонние, двусторонние; реальные, консенсуальные; абстрактные, каузальные; возмездные, безвозмездные; коммуникативные (меновые), алеаторные (рисковые); в пользу сторон договора, в пользу третьего лица; главные, дополнительные; условные, безусловные.

Таким образом, в общей системе гражданско-правовых договоров алеаторные (рисковые) договоры «идут» в связке с коммуникативными (меновыми) договорами.

По общепринятому правилу алеаторные (рисковые) договоры означают, что выгода или потеря сторон не может быть определена в момент заключения договоров и зависит от наступления или ненаступления тех или иных обстоятельств (договор страхования, договор пожизненного содержания). Под коммуникативными (меновыми) договорами понимается, что выгода или потеря каждой стороны может быть оценена в момент возникновения договора (договор купли-продажи, подряда и т. д.) [4, с. 187].

Как видно, деление указанных договоров осуществляется в зависимости от возможности (или невозможности) определить в момент заключения договора выгоды или потери сторон. По мнению И. Тимуш, «по признаку определения предоставления в системе обязательственных отношений целесообразно выделить две группы обязательственных отношений: направленные на категорическое определение самим основанием предоставления, и обязательства с нечетко определенным предоставлением на момент возникновения обязательства» [16, с. 65]. О. С. Иоффе подходил к характеристике алеаторных договоров следующим образом: «алеаторными на-

зываются договоры, которые, будучи возмездными, конструируются так, что объем встречного предоставления, который принадлежит одной из сторон, остается неизвестным, пока не наступит обстоятельство, вызванное его окончательно определить... Если к алеаторным договорам подходить с сугубо коммерческой точки зрения, то на первый план у них выступает определенный элемент риска, который берет на себя каждая из сторон, так как полностью достоверно, что один или иной контрагент фактически получит встречное предоставление меньшего объема, чем им самим предоставлено» [11, с. 295].

Как видно, основополагающим признаком в алеаторных договорах является их рисковый характер. Поэтому необходимо рассмотреть проблему риска в договорном обязательстве.

Как указывает Д. А. Архипов, «стабильность гражданского оборота, понимаемая как неукоснительное соблюдение принятых на себя обязательств, является самостоятельной ценностью и смыслом многих частноправовых институтов. Однако во время действия обязательства его стороны могут сталкиваться с обстоятельствами, препятствующими должнику освободиться от принятой на себя обязанности надлежащим исполнением. Это обусловлено тем, что в основе динамики правоотношения могут лежать юридические факты, наступление которых во многих случаях не только не зависит от воли добросовестных участников, но и противоречит ей» [3, с. 358]. В качестве риска порою рассматривают сочетание ожидаемой величины приобретения или ущерба и вероятности ожидаемого исхода. Указанный подход в определенной степени пересекается с характеристикой алеаторных договоров, данной О. С. Иоффе.

В работе «Рискология» указано, что под риском следует понимать «систему действий по целеполаганию и целеосуществлению с наличием прогнозных оценок по вероятности достижения поставленных и решаемых задач». В этой же работе выделяют признаки риска: субъективный характер, так как в основе выбора конкретного типа действий лежит субъективная оценка конкретного человека; вероятность; сопряженность с деятельностью; прогнозируемость. Таким образом, риск, являясь определенным процессом, существует как на стадии выбора решения, так и на стадии его реализации. А. П. Альгин так определяет риск: «риск — это деятельность, связанная с преодолением неопределенности в ситуации неизбежного выбора, в процессе которой имеется возможность количественно и качественно оценить вероятность достижения предполагаемого результата, неудачи и отклонения от цели» [2, с. 19–20]. Особенно явно прослеживается истинность данного подхода к определению риска в так называемых договорах «на разницу» — биржевых договорах. Как указывает П. П. Цитович, «договоры «на разницу» — наиболее распространенный вид алеаторных биржевых договоров, которые осуществляются с целью игры на курсовой разнице и исполняются нередко в виде платежа разницы курса» [17, с. 252]. К. Дудорова относит к разновидности подобных договоров фьючерсные контракты, под которыми понимают заключенные в операционном зале товарной биржи стандартные договоры купли (продажи) товара или фи-

нансового інструмента обумовленого кількості та якості в майбутньому [9, с. 7]. Специфіка ф'ючерсних контрактів заключається в тому, що ці біржові операції завжди, з однієї сторони, дають шанс отримати дохід, а з іншої сторони — супроводжуються ризиком понести збитки.

Полагаємо необхідним продовжити характеризувати в даному контексті біржові договори, поскільки саме вони дозволяють уявити суть основопологаючого признака всіх алеаторних договорів — ризик.

В дореволюційній біржовій практиці Росії угоди «на різницю» вважалися удосконаленим видом срочних договорів. При угодах «на різницю» сторони вже в момент укладення угоди мали в увазі різницю між ціною обумовленою та курсовою. Дореволюційні російські цивілісти дискусировали по приводу проблеми отожествлення ризикового характеру угод «на різницю» «ігровим» ризиком в угодах азартних ігор. Г. Ф. Шершеневич звертав увагу на те, що «по своїй природі такі угоди — не що інше, як пари, яке вигривається тими, хто краще осведомлений стосно стану ринку та обставин, здатних впливати на нього» [19, с. 239]. Однак не всі автори приєднують подібного думки, тобто що біржові договори слід порівнювати з азартними іграми. Так, П. П. Цитович вказував, що на біржі не грають і не тримають пари, а оперують, спекулюють. Спекулюють продавець та покупець — один розраховує на зниження, інший на підвищення курсу [17, с. 252–253]. Вказане підтверджує необхідність віднесення біржових договорів до категорії алеаторних договорів, так як наявний ризиковий характер даних договорних відносин.

Говорячи про характерні риси алеаторних договорів, не можна не зупинитися на їх «умовному» признаку, тобто по своїй конструкції алеаторні договори представляють собою особливий різновид умовних угод. Даний ознак тісно пов'язаний з ознакою ризику в цих угодах, так як саме від настання або ненастання різного роду обставин залежить остаточний результат, тобто в «умовності» та заключається «ризиковість». А. А. Пушкін писав, що «умовне — це таке обставина, про яку в момент укладення угоди сторонам невідомо, станеться вона в майбутньому (після виконання угоди) або не станеться. Відповідно та умовними називаються угоди, по яких виникнення, зміна або припинення прав та обов'язків поставлено в залежність від настання або ненастання в майбутньому події, стосно якої сторонам невідомо, станеться вона або не станеться» [15, с. 215–216]. Умовні угоди суть угоди, включені до складу юридичної угоди по волі сторін. Конструкція умовних угод розроблена римськими юристами. Відповідно до положень римського приватного права умова відносилася до числа випадкових належностей угоди. В частині, в римському приватному праві «умовні угоди (*condiciones*) — це майбутні та невідомі події, від настання або ненастання яких залежить виникнення або припинення дії угоди». Умовні бувають: відкладальні (супензивні) — виконання угоди

откладывается до данного события, но с данным событием юридические последствия возникнут (например, положения относительно лотерей); отменительные (резольтивные) — с наступлением этого события не наступят юридические последствия.

Поэтому алеаторные договоры вполне можно характеризовать и с точки зрения условных сделок.

Выводы. На основании изложенного можно сделать вывод о том, что алеаторные договоры занимают существенное место в системе гражданско-правовых договоров и к ним применимы все положения, касающиеся аспектов воли и волеизъявления сторон, общего порядка заключения договоров, основания признания их недействительными. Кроме того, наиболее существенными признаками алеаторных договоров являются их условный и рисковый характер.

Список литературы

1. Цивільний Кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV (редакція від 06.11.2014, підстава 1206-18) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.gada.gov.ua/laws/show/435-15/ed20141106>. — Назва з екрану.
2. Альгин А. П. Риск и его роль в общественной жизни / А. П. Альгин. — М. : Мысль, 1989. — 188 с.
3. Архипов Д. А. Опыт теории риска в договорном обязательстве / Д. А. Архипов // Актуальные проблемы гражданского права : Сборник статей. — М. : Норма, 2005. — С. 358–407.
4. Богатых Е. А. Гражданское и торговое право : учеб. пособие / Е. А. Богатых. — М. : Юрист, 2004. — 367 с.
5. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 2001. — 848 с.
6. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М. : Статут, 2001. — 795 с.
7. Гевзе Ф. И. Социалистический гражданско-правовой договор / Ф. И. Гевзе. — М. : Госюриздат, 1972. — 245 с.
8. Гутников О. В. Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика оспаривания / О. В. Гутников. — М. : Бератор-Пресс, 2003. — 576 с.
9. Дудорова К. Біржові операції як різновиди алеаторних договорів / К. Дудорова // Підприємництво, господарство і право. — 2002. — № 4. — С. 7–11.
10. Егоров Н. Д. Гражданско-правовой договор // Гражданское право: Учебник. Часть 1 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 1998. — 632 с.
11. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — М., 1975. — С. 295.
12. Май С. К. Очерк общей части буржуазного обязательственного права / С. К. Май // Государство и право. — 1997. — № 2. — С. 69–80.
13. Кротов М. В. Сделки // Гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 1998. — 632 с.
14. Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательствах. — М., 1950. — 350 с.
15. Пушкин А. А. Договор как важнейшее основание возникновения обязательств // Гражданское право Украины. Ч. 1 / Под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко. — Х. : Ун-т внутр. дел; Основа, 1996. — 440 с.
16. Тімуш І. Поняття ризикового договору в цивільному праві / І. Тімуш // Підприємництво, господарство і право. — 2004. — № 2. — С. 65–66.
17. Цитович П. П. Очерк основных понятий торгового права / П. П. Цитович. — М. : Центр Юр Инфор, 2001 — 448 с.
18. Шахматов В. П. Составы противоправных сделок / В. П. Шахматов. — Томск : Изд-во Томского ун-та, 1967. — 311 с.

19. Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права / Г. Ф. Шершеневич. — М. : Спарк, 1994. — 335 с.
20. Яковлев В. Ф. Гражданско-правовое регулирование имущественных отношений / В. Ф. Яковлев. — Свердловск, 1972. — 250 с.

В. І. Труба

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
економіко-правовий факультет
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

**ДО ПИТАННЯ ПРО ЮРИДИЧНУ ПРИРОДУ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ
З АЛЕАТОРНИХ (РИЗИКОВИХ) ДОГОВОРІВ**

Резюме

Стаття присвячена дослідженню юридичної природи зобов'язань з алеаторних (ризикових) договорів, їх місця у системі цивільно-правових договорів, виявленню особливостей алеаторних (ризикових) договорів.

Ключові слова: цивільно-правові договори, алеаторні (ризикові) договори, класифікація договорів, умови договору, ризик.

V. I. Truba

Odessa I. I. Mechnikov National University,
Faculty of Law and Economics
Frantsuzkiy boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

**ON THE QUESTION OF THE LEGAL NATURE OF THE OBLIGATIONS
OF ALEATORNYH (RISK) OF THE TREATY**

Summary

The article investigates the legal nature of the obligations of aleatornyh (risk) of the Treaty, their place in the system of civil law contracts, revealing features aleatornyh (risk) of the Treaty.

Key words: civil contract, aleatory (risky) contracts, the classification of contracts, contract terms, risk.

УДК 346.2

А. В. Смітюх

кандидат юридичних наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ РЕЙДЕРСТВА У КОНТЕКСТІ СУМІЖНИХ ПОНЯТЬ ПОГЛИНАННЯ ТА ЗАГАРБАННЯ

У статті досліджуються точки зору різних авторів щодо змісту понять «поглинання», «загарбання», «рейдерство», формулюються ознаки рейдерства, надається визначення поняття рейдерства, формулюються визначення понять та наводяться види загарбань та поглинань, висвітлюється співвідношення понять «поглинання», «загарбання», «рейдерство». Рейдерство розглядається як юридично мотивоване загарбання, корпоративне рейдерство — як незаконне недружнє поглинання. Обґрунтовуються відмінності між законними та незаконними недружніми поглинаннями, простими та юридично мотивованими загарбаннями.

Ключові слова: рейдерство, загарбання, поглинання, корпоративний контроль.

Постановка проблеми. Поширення в Україні специфічних практик, що позначаються терміном «рейдерство», вимагає визначення змісту цього поняття. Стаття 206–2 Кримінального кодексу України, яка встановлює кримінальну відповідальність за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації, не визначає поняття рейдерства. Також у роботах, присвячених рейдерству, як правило, має місце серйозна плутанина понять, коли поняття «рейдерство» змішується із суміжними поняттями «поглинання» та «загарбання». Все це зумовлює актуальність обраної теми дослідження.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблематику рейдерства досліджували: З. Варналій, Н. Гуторова, О. Коваль, І. Костін, І. Мазур, О. Медведько, О. Пащенко, І. Селіванова, С. Сімаков, Ю. Хомич, В. Шемчук, О. Шустік та інші автори. Але у роботах, присвячених рейдерству, як правило, має місце серйозна плутанина понять, коли поняття «рейдерство» змішується із суміжними поняттями «поглинання» та «загарбання».

Постановка завдання. Метою написання статті є формулювання ознак і визначення поняття «рейдерство» у контексті суміжних понять «поглинання» та «загарбання».

Виклад основних положень. Аналіз робіт, представлених в юридичній літературі, дозволяє виділити декілька точок зору на проблему визначення поняття «рейдерство».

Перша група авторів не використовує термін «рейдерство» при дослідженні недружніх та протиправних поглинань, або загарбань.

Так, наприклад, О. Коваль використовує для позначення рейдерських практик описове словосполучення «жорстке поглинання» [1, с. 7]. Ю. Хомич, досліджуючи закордонні практики недружніх поглинань, також унікає терміна «рейдерство», використовуючи поняття «недружнє поглинання» та «поглинання із використанням незаконних методів (загарбання)» [2, с. 95]. При цьому авторка зауважує, що ці поняття є цілком відмінними і що вітчизняні дослідники помилково їх плутають.

Як зазначає Ю. Хомич, класичне недружнє поглинання (*hostile takeover*) полягає у тому, що потенційний інвестор (поглинач) робить акціонерам компанії-цілі публічну оферту щодо придбання акцій без попередньої згоди або повідомлення менеджменту такої компанії. В ході недружнього поглинання поглинач, якщо він не зміг домовитися з менеджментом про покупку, звертається, відповідно до закону, просто до акціонерів компанії-цілі, при цьому сам продаж відбувається виключно добровільно, без застосування кримінальних схем. Це — звичайний інвестиційний процес, через який змінюється власник компанії [2, с. 95].

Отже, Ю. Хомич фактично зазначає, що у країнах із розвинутою економікою недружні поглинання — це процедура зміни корпоративного контролю без згоди менеджменту компанії, що не має відношення до загарбань.

І. Селіванова ж розуміє термін «недружнє поглинання» як синонім терміна «загарбання», оскільки виділяє два можливі шляхи отримання корпоративного контролю: добровільне відчуження (т.з. «дружнє поглинання») та загарбання (т.з. «недружнє поглинання») [3, с. 35].

При цьому І. Селіванова зауважує, що терміни «дружнє» і «недружнє поглинання» використовуються у вітчизняній літературі цілком в іншому сенсі, ніж за кордоном. У більшості країн процедура поглинання регулюється законодавчо і поняттям недружнього поглинання охоплюється ситуація, коли менеджери компанії, які зобов'язані надати акціонерам офіційний висновок з приводу пропозиції про поглинання, не рекомендують акціонерам укладати угоду. В Україні ж під терміном «недружнє поглинання» мають на увазі ситуацію, коли власника контрольного пакету акцій різними методами змушують продати його пакет або взагалі захоплюють контроль над підприємством силою [3, с. 35].

Отже, з висловленого І. Селівановою можна зробити висновок, що фактично в Україні недружні поглинання здійснюються як загарбання.

На наш погляд, термін «рейдерство» на цей час є настільки широко вживаним, що, досліджуючи певні практики у сфері поглинань та загарбань, слід не уникати цього терміна, а, навпаки, чітко визначати, чи є така практика рейдерською. Це сприятиме більш чіткому розмежуванню термінів та, кінець кінцем, утворить їх стале використання.

Друга група дослідників розуміє рейдерство як (за визначенням) протиправне і насильницьке поглинання, або загарбання.

Так, В. Шемчук характеризує рейдерство як злочинну діяльність злочинних угруповань із привласнення чужого майна шляхом шахрайства, з використанням неправосудних чи сфальсифікованих судових рішень та

за співучасті корумпованих чиновників [4, с. 14]. Слід зазначити, що запропоноване В. Шемчуком визначення поняття рейдерства перебуває поза контекстом корпоративних відносин. Отже, з висловленого В. Шемчуком випливає, що рейдерство — це завжди незаконне загарбання, але не обов'язково поглинання.

О. Медведько називає рейдерство «нахабним кримінально-організованим втручанням у систему економічних відносин з метою тиску» [5, с. 5]. Отже, очима цих двох авторів (до речі — посадовців прокуратури) рейдерство постає як злочинна діяльність, а окремих рейд — як злочин або сукупність злочинів.

І. Костін наголошує на розмежуванні таких явищ, як «рейдерство» та «недружнє поглинання», за яких переслідується одна мета, але використовуються різні інструменти. Отже, *рейдерство*, за І. Костіним, — це, перш за все, порушення закону на будь-якій стадії отримання контролю над підприємством, тоді як *недружнє поглинання* — це використання законних засобів при отриманні контролю над підприємством (можливе при зраді менеджмента або одного з акціонерів, наявності слабких місць в установчих документах) [6, с. 29]. Таким чином, на думку І. Костіна, рейдерство — це завжди правопорушення або низка правопорушень у сфері корпоративних відносин, але не обов'язково — злочин.

Деякі дослідники визначають рейдерство як цілеспрямовану зміну прав власності на підприємницькі активи за допомогою неправосудних судових рішень та адміністративних рішень із використанням психологічного та силового тиску [7, с. 14].

О. Шустік визначає рейдерство, або «так звані агресивні поглинання», як «захоплення контролю над суб'єктами господарювання з використанням незаконних методів, що супроводжуються масовими порушеннями прав і законних інтересів акціонерів» [8, с. 9]. Отже, незаконне поглинання — це і є захоплення, тобто — рейдерство.

На нашу думку, «напад на підприємство, організацію, установу з метою його захоплення» є лише етапом (хоча й важливим), складовою протизаконного загарбання, до того ж акціонери або менеджмент можуть капітулювати перед самою загрозою нападу, у тому числі — припинити боротьбу після отримання загарбником прийнятих на його користь судових рішень (можливо — неправосудних).

Третя група авторів розуміє рейдерство як певне узагальнююче поняття, що позначає різні практики, об'єднані лише певною метою, але представлені різним набором засобів досягнення цієї мети.

Через це визначення рейдерів або рейдерства є звичайно досить простим: С. Сімаков називає рейдерами людей, що спеціалізуються на недружньому заволодінні підприємствами [9, с. 22]. О. Пащенко зазначає, що НКЦПФР вважає рейдерством недружнє поглинання як такі та приєднується до такого розуміння [10, с. 22].

Автори, які розуміють рейдерство як узагальнююче поняття, як правило, визнають «кольорову» класифікацію видів рейдерства, тобто поділ рейдерства на «біле», або законне, «сіре», пов'язане з порушеннями за-

конодавства, та «чорне», яке супроводжується вчиненнями злочинів [9, с. 23; 10, с. 23–24; 11, с. 8; 12, с. 8].

Стосовно цього Ю. Борисов зазначає, що всі розмови про «чорні», «білі» та тим більше «сірі» методи — від лукавого. Є лише законні та незаконні методи [13]. На нашу думку, такий підхід є вірним: може бути законне поглинання або незаконне поглинання-загарбання. Слід також погодитися з тезою З. Варналія та І. Мазур про те, що в Україні рейдерство набуло надмірного цинізму й агресії [14, с. 129]: недружні поглинання по-українськи найчастіше зводяться до силових захоплень підприємств під прикриттям законних або псевдозаконних підстав. На нашу думку, надання правового оформлення силовому та протиправному по суті загарбанню — це головна, визначальна особливість сучасного рейдерства в Україні.

Слід зауважити, що терміни «загарбання» і «поглинання» з усіма похідними від них словами не є повними синонімами:

– термін «загарбання» включає в себе випадки протизаконного заволодіння власністю, які не є поглинаннями та перебувають повністю поза корпоративними відносинами (наприклад — товарне рейдерство), а також випадки заволодіння власністю, коли загарбник взагалі не апелює до положень закону і не намагається отримати належним чином оформлені права;

– термін «поглинання» включає в себе випадки зміни корпоративного контролю, які не є загарбаннями (крім класичних недружніх поглинань суди відносяться також дружні поглинання).

У свою чергу, не є повними синонімами терміни «поглинання» і «рейдерство»:

– рейдерством не можна вважати дружні поглинання;

– некорпоративне рейдерство не можна вважати поглинанням.

На нашу думку, специфічним для рейдерства є поєднання таких ознак: по-перше, майнові права або контроль над суб'єктом господарювання переходять від однієї особи до іншої;

по-друге, такий перехід відбувається без згоди особи, що має відповідні майнові права або здійснює контроль;

по-третє, такий перехід відбувається в ході спланованого конфлікту відповідно до певного сценарію (стратегічного плану), який: 1) має певне *удаване* правове обґрунтування (тобто його характеризує відсутність реальних правових підстав для отримання прав або контролю, утім юридичне оформлення рейдерських дій може бути настільки якісним, що створює видимість додержання закону); 2) реалізується із додержанням або частіше — з імітацією додержання встановлених законом процедур (при цьому силовий вплив, як правило, виходить за межі державного примусу, який застосовують державні виконавці за належного та неупередженого виконання виконавчих документів).

Саме одночасна наявність всіх цих ознак відрізняє рейдерство:

– від інших видів загарбання (рейдерство — це юридично мотивоване загарбання, коли попри прямі порушення закону та/або зловживання

правами загарбники обґрунтовують свої дії, апелюючи до положень законодавства, і намагаються набувати на отримане майно належним чином оформлені права);

– від звичайного господарського конфлікту (рейдерство відбувається в ході спланованого конфлікту відповідно до певного сценарію / стратегічного плану);

– від добровільного переходу права власності, або корпоративного контролю (за рейдерства перехід прав/контролю відбувається без згоди особи, що має відповідні майнові права або здійснює контроль, має місце психологічний тиск та силовий вплив, у тому числі державний примус, зокрема — на підставі актів судової влади);

– від недобровільного переходу контролю, що відбувається відповідно до закону (у випадку рейдерства наявне лише *удаване* правове обґрунтування, покликане забезпечити набуття прав за відсутності підстав).

Висновки. Отже, узагальнюючи висловлені вище думки, можна запропонувати цілісне та системне бачення поняття рейдерства у взаємовідносинах з поняттями «поглинання» та «загарбання».

Поглинання — це дії, спрямовані на отримання особою або групою осіб, що діють спільно (поглиначами), корпоративного контролю над суб'єктом господарювання у вигляді пакету акцій або частки у статутному капіталі, що забезпечує такий контроль через придбання контрольного пакету (контрольної частки), збільшення статутного капіталу, злиття, приєднання товариств або іншим чином.

Поглинання можна поділити на:

– дружні, коли корпоративний контроль переходить до поглинача суто добровільно, за домовленістю з контролюючими акціонерами (учасниками) та за згодою органів управління (менеджменту);

– недружні, коли поглинач отримує корпоративний контроль взагалі без згоди контролюючих акціонерів (учасників) та органів управління (менеджменту) або контролюючі акціонери (учасники) вимушено передають корпоративний контроль поглиначу під його тиском.

Серед недружніх поглинань, у свою чергу, можна виділити:

– законні недружні поглинання, тобто дії, спрямовані на набуття корпоративного контролю над господарським товариством без згоди учасників (акціонерів), що вже здійснюють корпоративний контроль, та призначених ними органів управління товариства (менеджменту) відповідно до певного сценарію (стратегічного плану), який *має належне правове обґрунтування і реалізується з повним дотриманням* правових процедур;

– незаконні недружні поглинання, тобто дії, спрямовані на набуття корпоративного контролю над господарським товариством без згоди учасників (акціонерів), що вже здійснюють корпоративний контроль, та призначених ними органів управління товариства (менеджменту) відповідно до певного сценарію (стратегічного плану), який *має удаване правове обґрунтування і реалізується з дотриманням або з імітацією дотримання* правових процедур. Незаконні недружні поглинання є юридично мотивованим загарбанням і, відповідно — корпоративним рейдерством.

Загарбання — це дії, спрямовані на протиправне, з прямими порушеннями закону, та/або через зловживання правами отримання майна, або корпоративного контролю із застосуванням насильства та/або примусу, у тому числі — державного.

Загарбання можна поділити на:

— «прості» загарбання, коли загарбники не мотивують свої дії посиленнями на закон та не отримують належним чином оформлених прав на отримане ними майно;

— «юридично мотивовані» загарбання, коли загарбники попри прямі порушення закону та/або зловживання правами обґрунтовують свої дії, апелюючи до положень законодавства, здійснюють загарбання із додержанням (або з імітацією додержання) встановлених законом процедур і набувають на отримане майно належним чином оформлені права. Юридично мотивовані загарбання є рейдерством.

Отже, **рейдерство** — це дії, спрямовані на набуття певною особою прав на майно або контролю над суб'єктом господарювання без згоди власника або особи, яка здійснює контроль над суб'єктом господарювання, що відбувається у ході спланованого конфлікту відповідно до певного сценарію (стратегічного плану), який має удаване правове обґрунтування і реалізується з додержанням або з імітацією правових процедур.

Рейдерство є юридично мотивованим загарбанням, корпоративне рейдерство (тобто рейдерство щодо суб'єктів господарювання, що здійснюється через отримання корпоративного контролю) є незаконним недружнім поглинанням.

Список літератури

1. Коваль А. Способи жетких поглинень / А. Коваль // Юридическая практика. — 2004. — № 29 (343). — С. 1, 7.
2. Хомич Ю. Зарубежная практика защиты от недружественных поглощений / Ю. Хомич // Юридичний радник. — 2007. — № 4 (18). — С. 95–99.
3. Селиванова И. Правовые аспекты поглощения компаний в Украине / И. Селиванова // Юридичний радник. — 2006. — № 3 (11). — С. 35–38.
4. Шемчук В. Рейдерство та корупція / В. Шемчук // Вісник прокуратури. — 2006. — № 11(65). — С. 13–18.
5. Медведько О. Протидія корупції і рейдерству часто ускладнюється діями окремих суддів / О. Медведько // Юридичний вісник України. — 2007. — 15–21 вересня. — № 37. — С. 4–5.
6. Костин И. Банки и «рейдеры» — опасность для экономики / И. Костин // Юридичний радник. — 2007. — № 2(16). — С. 28–29.
7. Кия Д. Неправомерное поглощение предприятий как угроза экономической безопасности государства / Д. Кия // Лучшее о безопасности: информационно-аналитический журнал о безопасности общества, государства и личности. — 2007. — № 3 (15). — С. 14–18.
8. Шустік О. Корпоративні конфлікти: удосконалення процедури вирішення / О. Шустік // Юридичний вісник України. — 2007. — № 1. — С. 1, 9.
9. Симаков С. Рейдерство по-українски (краткий очерк) / С. Симаков // Юридичний радник. — 2006. — № 6 (14). — С. 23–25.
10. Пащенко О. Антирейдерське законодавство: аналіз окремих положень / О. Пащенко // Юридичний радник. — 2007. — № 2 (16). — С. 23–27.
11. Гуторова Н. Щодо встановлення кримінальної відповідальності за рейдерство / Н. Гуторова // Юридичний радник. — 2007. — № 2 (16). — С. 6–9.

12. Зеркалов Д. В. Рейдеры: пособие / Д. В. Зеркалов. — К. : КНТ, 2007. — 188 с.
13. Ухов С. Юрий Борисов: «Рейдерство — это купить на грош пятаков» / С. Ухов // Известия. — 2006. — 20 июля.
14. Варналій З. С. Рейдерство в Україні: передумови та шляхи подолання / З. С. Варналій, І. І. Мазур // Стратегічні пріоритети. — 2007. — № 2(3). — С. 129–136.

А. В. Смитюх

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ РЕЙДЕРСТВА В КОНТЕКСТЕ СМЕЖНЫХ ПОНЯТИЙ ПОГЛОЩЕНИЯ И ЗАХВАТА

Резюме

Предметом статьи является исследование соотношения понятий «поглощение», «захват» и «рейдерство». В результате исследования различных точек зрения на данную проблему автор формулирует определение понятия рейдерства и его признаки, а также определяет понятия «поглощение» и «захват», рассматривает их виды, определяя место рейдерства среди видов поглощений и захватов.

Ключевые слова: рейдерство, захват, поглощение, корпоративный контроль.

A. V. Smityukh

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Administrative and Commercial Law
Frantsuzskiy boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

THE NOTION AND CHARACTERISTICS OF RAIDING WITHIN THE CONTEXT OF RELATED NOTIONS OF TAKEOVER AND SEIZURE OF PROPERTY

Summary

The present article is concerned with the correlation of such notions as raiding, hostile takeover and seizure of property. As a result of comparative investigation of different points of view for this subject the author defines notion of raiding and it's characteristics as well as notions of takeover and seizure of property. Also author considers classifications of takeovers and seizures of property and determines raiding as a kind of takeovers and seizures of property.

Key words: raiding, takeover, seizure of property, corporate control.

УДК 343.164.2

Т. В. Степанова

кандидат юридичних наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ЩОДО ПРОГАЛИН ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ СЕКРЕТАРЯ СУДОВОГО ЗАСІДАННЯ У ГОСПОДАРЬСЬКОМУ ПРОЦЕСІ

У статті досліджується доцільність визнання секретаря судового засідання учасником господарського процесу, а також виявлено низку прогалин законодавчого регулювання статусу секретаря, зокрема, питання систематизації прав, обов'язків та відповідальності секретаря судового засідання в єдиному судовому акті.

Ключові слова: господарське судочинство, секретар судового засідання, протокол судового засідання.

Постановка проблеми. Секретар судового засідання — важлива процесуальна фігура у господарському судочинстві. Проте в чинному Господарському процесуальному кодексі України (далі — ГПК України) вказаній особі присвячено всього декілька положень. Зокрема, ст. 81–1 вказує, що секретар веде та підписує протокол судового засідання.

Слід зауважити, що в ході застосування вказаних та інших положень ГПК України виявляються численні прогалини в регулюванні правового статусу секретаря судового засідання.

На жаль, досліджень з порушеного питання в Україні дотепер не здійснювалося, що не можна визнати обґрунтованим.

Постановка завдання. З урахуванням вищевказаного метою статті є виявлення прогалин законодавчого регулювання правового статусу секретаря судового засідання у господарському процесі та формулювання пропозицій щодо їх усунення.

Виклад основних положень. Секретар судового засідання не є учасником процесу відповідно до ст. 18 ГПК України. Визнаючи, з одного боку, його технічне призначення, спробуємо довести важливе значення даної особи у ході розгляду господарської справи.

Наприклад, законодавець не називає виконавця деяких процесуальних дій, передбачених у судовому розгляді. Так, сторони мають право ознайомитися з усіма матеріалами справи і виписати з них необхідні відомості, але яким чином повинна бути надана така можливість сторонам і хто буде знайомити сторони з матеріалами справи, закон також не вказує. Таких положень господарського процесуального закону, коли виконавець дій не вказаний, чимало, і на практиці в переважній більшості ці дії виконують секретарі судового засідання. У зв'язку з цим вважаємо за доцільне закрі-

пити у законі ці обов'язки секретаря, і тоді вони також отримують процесуальний характер.

З урахуванням сказаного обов'язки секретаря судового засідання можна розділити на дві групи: процесуальні та організаційні.

Основним обов'язком секретаря судового засідання, закріпленим на законодавчому рівні і зазначеним у всіх варіантах посадових інструкцій, є ведення протоколу судового засідання (ст.81–1 ГПК України).

Протокол судового засідання — один з основних і найважливіших процесуальних документів господарського процесу, в якому письмово відбивається хід засідання, а також вчинення окремих процесуальних дій, вчинених судом поза судовим засіданням. Роль і значення протоколу в господарському процесі (як і в будь-якому іншому) важко переоцінити. Він має важливе доказове значення (містить такі докази, як усні пояснення сторін, опис речових доказів, оглянутих у місці їх знаходження, показання посадових осіб і т. ін.), допомагає судді винести правильне, законне і обґрунтоване рішення, орієнтує сторони в ході процесу, особливо при необхідності оскарження судового акта, оскільки в ньому описано хід засідання, вказані клопотання і заяви, розглянуті в ході засідання.

Рішення або ухвала суду не можуть бути законними й обґрунтованими, якщо висновки, що в них містяться, не випливають із доказів, зафіксованих у протоколі судового засідання. Суди вищих інстанцій при вирішенні питання, чи є законні підстави для скасування судового рішення, зобов'язані перевіряти відповідність рішення фактичним даним, встановленим у судовому засіданні, тобто в протоколі (це впливає з ч. 8 ст. 81–1 ГПК України).

Таким чином, головною процесуальною дією та процесуальним обов'язком секретаря судового засідання є ведення та підписання протоколу судового засідання. Саме підписання секретарем судового засідання протоколу судового засідання підтверджує процесуальний характер дій секретаря. Адже підсумковий вид і юридичну силу доказу протокол судового засідання набуває після того, як буде виготовлений і підписаний не тільки головою, але й секретарем судового засідання. Таким чином, підпис секретаря судового засідання визнаний законом обов'язковою умовою дотримання форми протоколу. Незважаючи на все викладене, слід визнати, що процесуальний статус секретаря судового засідання, оскільки він не включений до кола учасників господарського судочинства, закріплений в законі неповно.

Оскільки фіксування судового процесу, як правило, ведеться за допомогою технічних засобів (в основному — це аудіозапис, рідше — відеозв'язок), то звідси впливає такий обов'язок секретаря судового засідання, як уміння користуватися комп'ютером та іншими технічними засобами суду та їх програмним забезпеченням. Фіксація повинна бути повною і правильною.

Крім того, секретар судового засідання повинен вміти формулювати швидко і грамотно ті основні думки, які викладаються судом, сторонами, учасниками процесу в ході судового засідання, оскільки все це також знаходить своє відображення в протоколі. Оскільки специфіка ведення про-

токолу судового засідання передбачає запис «від руки», крім аудіо- або відеофіксації, то секретар судового засідання зобов'язаний володіти ще й дуже доброю пам'яттю і швидкістю письма, оскільки особи в процесі висловлюються інколи досить емоційно, а не диктують.

Хоча обов'язок ведення протоколів судового засідання є основним для секретаря судового засідання, проте існують й інші його обов'язки та повноваження, які визначаються його посадовою інструкцією, розробленою кожним господарським судом окремо для своїх співробітників на підставі Типової посадової інструкції секретаря судового засідання [1]. Для ілюстрації додаткових обов'язків секретаря судового засідання скористаємося посадовими інструкціями секретарів судових засідань Одеського господарського суду та Одеського апеляційного господарського суду, які практично ідентичні. Отже, згідно з даними інструкціями, секретар судового засідання:

1. Веде протоколи судових засідань головуючого судді (для першої інстанції) і колегій суддів, у процесі перегляду судових рішень в апеляційному порядку, з використанням автоматизованої системи документообігу суду і оформляє його у відповідності до ст. 81–1 ГПК України.

2. Перевіряє наявність і з'ясовує причини відсутності осіб, викликаних до суду, перевіряє повноваження осіб на представництво інтересів у суді і доповідає про це головуючому судді. Таким чином, до обов'язків секретаря судового засідання, на наш погляд, належить виконання функцій судового розпорядника.

3. Здійснює фіксування судового засідання технічними засобами згідно з Інструкцією про порядок роботи з технічними засобами фіксування судового процесу (судового засідання) [2].

4. Виготовляє копії фонограм судових засідань, здійснює їх належне зберігання.

5. Здійснює внесення до автоматизованої системи документообігу суду результатів судових засідань.

6. Здійснює належне збереження переданих на виконання документів, запобігає несанкціонованому доступу до них.

7. Веде журнал призначених судових засідань, здійснює оформлення та розміщення списків справ, призначених до розгляду.

8. Отримує вхідну кореспонденцію, позовні заяви, справи, передані судді на розгляд, з обов'язковою відміткою про отримання, і передає їх судді.

9. Дотримується правил внутрішнього трудового розпорядку, правил і норм з охорони праці та техніки безпеки, правил експлуатації технічних засобів.

10. Виконує інші доручення суддів і керівництва суду (перелік їх не встановлений, а тому фактично необмежений).

Виходячи з усього вищевикладеного, треба сказати, що основний функціонал секретаря судового засідання носить організаційний (технічний) характер. Він, згідно зі своїми документально зафіксованими обов'язками, не має права вчиняти дії, що тягнуть за собою виникнення, зміну або припинення прав чи обов'язків у осіб, що беруть участь у справі, та інших учасників господарського процесу.

Єдиним обов'язком, закріпленим на даний момент законодавчо, є процесуальний обов'язок секретаря судового засідання щодо ведення та підписання протоколу судового засідання.

Для виконання згаданих вище завдань і обов'язків секретар судового засідання має певні права. Так, згідно з Типовою посадовою інструкцією секретаря судового засідання місцевого загального суду, Посадовою інструкцією секретаря судового засідання Господарського суду Одеської області, Посадовою інструкцією секретаря судового засідання Одеського апеляційного господарського суду, секретар судового засідання має такі права:

- користуватися правами і свободами, які передбачені і гарантуються громадянам України Конституцією і законами України «Про державну службу», «Про судоустрій і статус суддів», а також іншими нормативними актами законодавства України;

- користуватися інформаційними базами даних, телекомунікаційними мережами відповідного суду в установленому порядку;

- за погодженням із суддею брати участь у конференціях, семінарах, круглих столах, форумах, інших науково-практичних заходах, а за поданням судді проходити стажування у відповідних підрозділах державних органів;

- брати участь у нарадах, зборах трудового колективу та інших подібних заходах відповідного суду;

- підвищувати свій професійний рівень у системі підготовки та підвищення кваліфікації працівників апарату суду;

- вносити пропозиції щодо вдосконалення роботи з питань, що належать до їх компетенції;

- отримувати від працівників апарату суду необхідну інформацію для виконання своїх завдань та обов'язків;

- на повагу особистої гідності, справедливе і шанобливе ставлення до себе з боку керівників, співробітників і громадян;

- на оплату праці залежно від посади, яку він займає, рангу, який йому присвоюється, якості, досвіду та стажу роботи;

- на соціальний і правовий захист відповідно до свого статусу.

Доцільним видається також закріпити в посадових інструкціях секретаря судового засідання, а також усіх працівників апарату судів право на:

- доступ в установленому порядку до відомостей, що становлять державну таємницю, якщо виконання посадових обов'язків пов'язане з використанням таких відомостей;

- забезпечення належними організаційно-технічними умовами, необхідними для виконання посадових обов'язків;

- ознайомлення з Регламентом та іншими документами, що визначають його права та обов'язки за займаною посадою державної служби, критеріями оцінки ефективності виконання посадових обов'язків, показниками результативності професійної службової діяльності та умовами посадового зростання;

- ознайомлення з відгуками про його професійну службову діяльність та іншими документами до внесення їх до його особистої справи, матеріа-

лами особової справи, а також на долучення до особової справи його письмових пояснень та інших документів і матеріалів;

- захист відомостей про себе;
- посадове просування на конкурсній основі;
- проведення за його заявою службової перевірки;
- захист своїх прав і законних інтересів, в т. ч. в суді, при проходженні державної служби.

Системний аналіз норм чинного законодавства дозволяє зробити висновок, що секретар судового засідання як посадова особа, залежно від виду та характеру порушення, може нести дисциплінарну, адміністративну, кримінальну та цивільну відповідальність. Так, згідно зі ст. 38 Закону України «Про державну службу» особи, винні в порушенні законодавства про державну службу, несуть цивільну, адміністративну або кримінальну відповідальність згідно з чинним законодавством. Загальні порядок і підстави притягнення секретарів судових засідань як працівників до дисциплінарної відповідальності у тій частині, яка не охоплюється спеціальним законом, визначаються ст. ст. 147–149 Кодексу законів про працю України, а спеціальні — ст. 14 Закону України «Про державну службу».

Загальною підставою притягнення працівника до дисциплінарної відповідальності згідно зі ст. 149 КЗпП є лише порушення трудової дисципліни.

Перелік спеціальних підстав притягнення до дисциплінарної відповідальності державного службовця ширше, і він встановлений ст. 14 Закону України «Про державну службу», згідно з якою дисциплінарні стягнення застосовуються до державного службовця за невиконання або неналежне виконання ним своїх службових обов'язків, перевищення своїх повноважень, порушення обмежень, пов'язаних з проходженням державної служби, а також за вчинок, який порочить його як державного службовця або дискредитує державний орган, в якому він працює.

У Посадових інструкціях секретаря судового засідання Господарського суду Одеської області та Одеського апеляційного господарського суду, крім наведеного вище, вказані додаткові підстави відповідальності, серед яких: неналежне та несвоєчасне виконання посадових завдань та обов'язків; перевищення своїх повноважень; бездіяльність або недобросовісне використання наданих йому прав; порушення Загальних правил поведінки державного службовця; порушення норм етики поведінки державного службовця та обмежень, пов'язаних з прийняттям на державну службу та її проходженням; недотримання вимог законодавства про інформацію; розголошення державної таємниці; недотримання вимог антикорупційного законодавства; порушення правил поведінки працівників суду; порушення правил внутрішнього трудового розпорядку суду та трудової дисципліни; недотримання вимог нормативно-правових актів з охорони праці та правил пожежної безпеки; порушення присяги державного службовця; поширення інформації, що стала йому відома під час роботи з документами суду; неналежне збереження наданих йому документів, комп'ютерної техніки, оргтехніки та меблів.

Крім того, секретар судового засідання несе персональну відповідальність за повноту та правильність протоколу судового засідання; за наяв-

ність на електронних носіях аудіозапису судових засідань, під час проведення яких відбувалася технічна фіксація судового процесу; за наявність формуляра протоколу в матеріалах справи.

Якщо зіставити відповідні положення Закону України «Про державну службу» та Посадової інструкції в частині підстав для притягнення секретаря судового засідання до дисциплінарної відповідальності, то можна простежити, що поняття «невиконання або неналежне виконання службових обов'язків», закріплене в Законі, співвідноситься як тотожне з поняттям «неякісне або несвоєчасне виконання посадових завдань та обов'язків, бездіяльність або недобросовісне виконання наданих йому прав», яке міститься в Посадовій інструкції секретаря судового засідання. Положення Закону та Посадової інструкції щодо «порушення обмежень, пов'язаних з проходженням державної служби», — дублюються. При цьому Посадова інструкція доповнена положенням про «порушення спеціальних обмежень, пов'язаних з прийняттям на державну службу», а також «вчинок, який порочить державного службовця або дискредитує державний орган, в якому він працює», відображений у ст. 14 Закону, та є однією з форм «порушення норм етики поведінки державного службовця», закріпленого у Посадовій інструкції.

З іншого боку, враховуючи коло повноважень секретаря судового засідання, уявляється доречним доповнити вказаний перелік такою підставою відповідальності, як «внесення завідомо недостовірних або неправдивих відомостей до протоколу судового засідання».

Висновки. Враховуючи те, що секретар судового засідання оформлює та підписує протокол судового засідання, який відображає хід розгляду господарської справи, необхідно враховувати його можливий негативний вплив на вказаний документ, спричинений зацікавленістю або недбалістю секретаря. Оскільки протокол судового засідання є важливим процесуальним документом у справі і досліджується поряд з іншими матеріалами справи при переглядах судових актів, доречним уявляється визнавати секретаря учасником процесу та закріпити в чинному ГПК України особливості його статусу, в тому числі відповідальність секретаря судового засідання, вимоги до такої особи (незацікавленість у результатах справи, відсутність родинних зв'язків з основними учасниками справи та ін.). Вказані положення додатково зміцнюватимуть гарантії захисту прав учасників господарського процесу.

Список літератури

1. Типова посадова інструкція секретаря судового засідання місцевого загального суду: затв. наказом Державної судової адміністрації України від 20.07.2005 № 86 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://od.court.gov.ua/tu16/info_suddi/posad/. — Назва з екрану.
2. Інструкція про порядок роботи з технічними засобами фіксування судового процесу (судового засідання): затв. наказом Державної судової адміністрації України від 20.09.2012 № 108 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SA12037.html. — Назва з екрану.

Т. В. Степанова

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

**О ПРОБЕЛАХ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ПРАВОВОГО СТАТУСА СЕКРЕТАРЯ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ
В ХОЗЯЙСТВЕННОМ ПРОЦЕССЕ**

Резюме

Предметом статьи является исследование правового статуса секретаря судебного заседания. В результате исследования автор приходит к выводу о целесообразности отнесения секретаря судебного заседания к участникам хозяйственного процесса, а также предлагает усовершенствовать круг его прав, обязанностей и ответственности в хозяйственном судопроизводстве Украины.

Ключевые слова: хозяйственное судопроизводство, секретарь судебного заседания, протокол судебного заседания.

T. V. Stepanova

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Administrative and Commercial Law
Frantsuzskiy boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

**ON THE LACUNAS OF LEGAL REGULATIONS OF THE LEGAL
STATUS OF THE COURT SESSION SECRETARY
AT THE COMMERCIAL COURT TRIALS**

Summary

The present article is concerned with the legal status of the court session secretary. As a result of the investigation the author comes to conclusion that it would be reasonable to consider the court session secretary as a participant of the commercial court trial. Also author proposes to improve the scope of its rights, duties and responsibilities at the commercial court trials of Ukraine.

Key words: commercial court trial, court session secretary, court session record.

УДК 346.1:346.3

І. Л. Євміна

здобувач

Інститут економіко-правових досліджень НАН України,
сектор сприяння розвитку економіко-правових досліджень
бульвар Шевченка, 60, Київ, 01032, Україна

НЕДІЙСНІСТЬ ДОГОВОРІВ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ТА ГОСПОДАРСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ: ЗАСАДИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

У статті досліджуються питання недійсності договорів за цивільним і господарським законодавством. Автор робить висновок, що при визначенні основ правозастосування Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України необхідно дотримуватися доктринального визначення господарського права як самостійної галузі права і пріоритету торгових, комерційних, господарських кодексів щодо цивільних кодексів, який історично склався в межах дуалізму права.

Ключові слова: недійсність господарських договорів, господарське законодавство, Господарський кодекс України, Цивільний кодекс України, правозастосування.

Постановка проблеми. З прийняттям Цивільного і Господарського кодексів України у правозастосуванні виникла проблема їх співвідношення, і неоднозначність підходів до її вирішення негативно вплинула на рівень ефективності правового регулювання господарсько-договірних відносин. У коментарях практиків до правозастосування йдеться про колізії, розбіжності, суперечності, які знижують юридичну силу законів. Науковці розходяться в поглядах — від повного заперечення цивілістами Господарського кодексу з рекомендаціями його відмінити до визначення цієї проблеми як проблеми взаємодії спеціального та загального закону, яка має, нарешті, вирішитися. Як зазначають провідні вітчизняні спеціалісти з договірного права у сфері господарювання, проблема співвідношення договірного права за ЦК України і господарського договірного права за ГК України залишається дискусійною, як і питання поділу договорів на господарські та цивільно-правові [1, с. 13]. За словами О. П. Подцерковного, на жаль, у вирішенні співвідношення норм ЦК і ГК України не діє визнаний у світі принцип «Спеціальний закон скасовує дію загального закону» («*Lex specialis derogat generali*»), спір щодо його використання існував як при розробці цих кодексів, так існує і сьогодні, й досі не з'ясовані напрями гармонізації спеціального та загального законодавства [2, с. 34]. Це відповідно позначається на якості правозастосування у всіх питаннях договірних відносин, у тому числі в питанні визнання господарських договорів недійсними.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Свій внесок у дослідження проблемних питань недійсності договорів у цивільному і господарському законодавствах зробили О. А. Беляневич, С. Н. Грудницька, О. В. Дзера, Г. Л. Знаменський, С. А. Подоляк, О. П. Подцерковний та інші науковці.

Постановка завдання. Метою цієї статті є визначення основних засад застосування норм Цивільного і Господарського кодексів при вирішенні питань недійсності договорів у сфері господарювання.

Виклад основних положень. Згідно зі статтею 1 Цивільного кодексу України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. При цьому загальними засадами цивільного законодавства є: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність (ст. 3 ЦК України). Згідно зі статтею 6 ЦК України сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Відповідно до ст. 1 ЦК України до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом.

Відповідно саме на ці відносини, які регулюються цивільним законодавством, поширюються норми розділу IV ЦК України, що визначають вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину.

Як бачимо, по-перше, це лише особисті немайнові та майнові відносини. Але ж у господарському праві предметом договору можуть бути також організаційно-господарські відносини, які не є майновими (відповідно вони не є і особистими немайновими).

По-друге, цивільне законодавство регулює саме особисті (приватні) майнові відносини, відштовхуючись від принципу неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини, в той час як господарське законодавство відповідно до ст. 3 Господарського кодексу регулює відносини у сфері суспільного виробництва, особливістю яких є їх суспільний, а не особистий характер, відповідно у правовому регулюванні йдеться про необхідність врахування як приватних, так і публічних інтересів у правовому регулюванні, правового захисту не тільки безпосередніх учасників конкретних договірних відносин, а й різноманітних учасників господарських відносин з ними, широкого загалу учасників господарського обороту.

Отже, господарський договір, на відміну від цивільно-правового, часто зачіпає публічні інтереси, тобто його дія не обмежується впливом на сторони, які беруть у ньому безпосередню участь, а й позначається на інтересах держави й суспільства в цілому. Тому в літературі цілком виправдано йдеться про необхідність виокремлення регулювання господарсько-дого-

вірних відносин [3]. Натомість, як правило, йдеться про виокремлення правових норм, що регулюють господарські відносини, які виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності, у тому числі договірні, з-поміж норм цивільного законодавства [4, с. 181]. Це уявляється не виправданим, оскільки предметом регулювання цивільного законодавства, як зазначалось раніше, є особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), а господарські відносини за визначенням не можуть розглядатися як суто особисті, оскільки мають одночасно і приватний, і публічний характер. Приватно-публічний характер господарських відносин визначає їх принципову відмінність від приватних (цивільних) відносин. Це є підставою для виокремлення господарських відносин у якості самостійного предмета правового регулювання й господарського права як самостійної галузі права (четверта школа господарського права, яка сформувалася після переходу на ринкові умови господарювання [5]). Тому для господарників, які дотримуються цієї школи, розглядати норми господарського права як спеціальні відносно норм цивільного права означає розглядати галузь господарського права як певний додаток до цивільного права, його продовження, що суперечить визначенню господарського права як самостійної галузі.

Прискіпливий критик може розглянути цей нюанс як аргумент проти оцінки господарського права як самостійної галузі. Насправді це не так, і пояснення такої позиції лежить у площині розгляду таких понять, що сформувалися у науці західноєвропейських країн, як дуалізм права і дуалізм приватного права.

Як зазначається у працях вітчизняних цивілістів, у країнах, де історично склався так званий дуалізм приватного права (зокрема, в Німеччині, Франції), питання співвідношення цивільного і торгового законодавства не є проблематичним: норми цивільного права мають приходити на допомогу тоді, коли відсутнє спеціальне регулювання, встановлене торговим правом [6, с. 449]. Тобто за кордоном у рамках дуалізму приватного права торгові або комерційні кодекси розглядаються як спеціальні нормативні акти відносно цивільних кодексів.

Ця позиція узгоджується з позицією відомих вітчизняних цивілістів минулого сторіччя та частиною поміркованих цивілістів сучасності (інша частина відмовляє господарському праву у праві на існування). Так, О. С. Йоффе зазначав, що господарський договір співвідноситься з цивільно-правовим як видове поняття з родовим. З цієї причини загальні положення щодо цивільно-правових договорів застосовуються до нього не завжди у чистому вигляді та без будь-яких змін, а з урахуванням властивої йому специфіки, що невідоме іншим договорам цивільного права. Щоб забезпечити єдність і повноту їх юридичного нормування, необхідно поряд з уже існуючими загальними положеннями договірного права включити до закону й такі норми, які були б розраховані лише на господарські договори [7, с. 69–74]. З боку «крайніх» цивілістів можливе заперечення, що позиція О. С. Йоффе стосувалася умов централізованої планової економіки, однак необхідність спеціальних підходів до врегулювання господарських

договірних відносин зберігається і зараз, що відображається, наприклад, у такій нормі, що зміст господарського договору, який укладається на підставі державного замовлення (державний контракт), повинен відповідати цьому замовленню (ч. 5 ст. 179 ГК України).

Ця позиція є підґрунтям для застосування дуалізму приватного права у правовому регулюванні господарських відносин.

До неї приєднуються науковці-господарники, які дотримуються погляду на господарське право як комплексну галузь права, що був обґрунтований у 80-ті роки минулого століття (третя школа господарського права).

І загалом науковці-господарники на даний час не вбачають можливостей обґрунтування пріоритету норм Господарського кодексу інакше, як визначенням співвідношення ЦК і ГК як загального і спеціального закону. Так, у коментарі до Господарського кодексу під редакцією Г. Л. Знаменського та В. С. Щербини зазначається, що, згідно з ч. 2 ст. 4 ГК України, цим кодексом визначаються особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання. Відповідно до ч. 2 ст. 9 ЦК України, цим законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання. Із зазначених положень випливає, що ГК України має розглядатись як спеціальний закон у сфері правового регулювання тих майнових відносин, учасником яких є суб'єкт господарювання і щодо яких значення загального закону має ЦК України [8, с. 12].

Натомість в рамках господарсько-правового підходу є простір для існування іншої позиції, яка спирається на уявлення про господарське право як самостійну галузь. При цьому на підтвердження такої позиції можна апелювати не тільки до теорії господарського права, а й до практики законотворчості у зарубіжних країнах.

Наприклад, Комерційний кодекс Франції 2000 р. діє поряд з прийнятим у 1804 р. Цивільним кодексом (Кодексом Наполеона), при цьому пріоритет надається положенням Комерційного кодексу, оскільки, згідно з принципом дуалізму, природа та характер цивільних та підприємницьких правовідносин мають суттєві відмінності та специфіку, які потребують використання окремих механізмів правового регулювання [9, с. 25].

Про окремі механізми правового регулювання йдеться у рамках властивого романо-германській правовій сім'ї дуалізму права — одночасного існування двох гілок права — романо-германського і пандектного права.

Зародження дуалізму права припадає на початок 2 тисячоліття і пов'язується з рецепцією римського права. Вона була здійснена по випадково знайденому близько 1050 р. рукопису частини кодексу Юстиніана — Пандектів. Близько 1100 р. італійський юрист Ірнерій, засновник школи глосаторів, що тлумачили (на полях) римські закони, зробив єдиний рукопис Пандектів, що зберігся, об'єктом справжньої правової схоластики. У результаті в західноєвропейських країнах, що пройшли рецепцію римського права, сформувалася самостійна гілка права — пандектне право.

Поряд з цим на території Західної Європи споконвіку існувало і розвивалося романо-германське право, яке після розпаду Римської імперії зберігало дію на території, що колись їй належала, і продовжувало свій розви-

ток у зв'язці з правом германських народів. Юриспруденція доболонського періоду знаходилася в умовах незвичайного змішення націй і правових систем. Юристи звикли одну систему заповнювати іншою, для заповнення прогалин зверталися до більш розробленого римського права, розцінюючи його як загальне право. З іншого боку, романісти брали до уваги право лангобардське тощо. У тих випадках, коли правові системи стикалися між собою і суперечили одна одній, юриспруденція вважала себе вправі вибирати між ними, виходячи з міркувань справедливості як верховного критерію всякого права [10, с. 271–276, 284].

У XVI ст. в Англії великий юрист Коук захищає германське право, якому продовжують слідувати на практиці, від останньої здійсненої Тюдорами спроби витіснити його правом пандектним [11, с. 81]. Надалі право цієї країни розвивалося поза впливом пандектного права і набуло вигляду системи загального права.

На континенті пандектне право продовжувало діяти поряд із романо-германським правом, у рамках якого із зародженням торгівлі формувалося звичаєве торговельне право, яке пізніше було кодифіковане в законах.

Таке співіснування двох гілок права вилилося в паралельну кодифікацію пандектного права і торгового (комерційного) права, яка була здійснена в XIX ст., й конфлікт між ними був вирішений встановленням пріоритету торгових кодексів [12, с. 82–87].

Це історично випробуваний принцип взаємодії двох гілок права, який використовується у зарубіжних країнах континентальної системи права [13, с. 8–9]. Подібне правило передбачалось у Статуті Торговому Російської імперії: «Права и обязанности, проистекающие из сделок и отношений, торговле свойственных, определяются законами торговыми. В случае недостатка этих законов применяются законы гражданские и принятые в торговле обычаи» (ст. 1) [14].

Тому дуалізм права не можна підмінити дуалізмом приватного (цивільного) права, де господарське законодавство пропонують розглядати як просте відгалуження від цивільного (пандектного) права і зводити пріоритет до простого пріоритету спеціальної норми щодо загальної.

Можна говорити про те, що у XIX ст. господарські відносини носили приватний характер, саме тому тоді була справедливою постановка питання про дуалізм приватного права, адже вона не суперечила загальній постановці питання про дуалізм права (і та, і інша гілка права на той час перебували на стадії приватного права).

Однак господарське право не стояло на місці й еволюціонувало разом з еволюцією суспільних відносин. Взагалі специфіка сучасного періоду визначається суспільним способом виробництва на основі спеціалізації і кооперування. По мірі ускладнення суспільних відносин життя вимагає все більш розвинутих заходів з їх системної організації. Тому в XX ст. проявилась недостатність приватноправового забезпечення економіки. В умовах складноорганізованої економіки об'єктивною стала потреба державного регулювання ринкової економіки, й господарсько-правове регулювання набуло приватно-публічного характеру.

Вбачаючи перспективу цієї тенденції, вже в ХІХ ст. науковці розійшлися в оцінках господарського права: одні продовжували розглядати його як гілку приватного права, а інше побачили в ньому приватно-публічний характер. П. П. Цитович, А. І. Камінка, А. Х. Гольмстен та ін. виділяли торговельне право із права приватного. К. Д. Ушинський, І. І. Янжул, В. А. Удинцев, А. Ф. Федоров та ін. бачили в ньому самостійне правове явище, яке сполучає в собі публічні і приватні начала. К. Д. Ушинський вперше сформулював концепцію господарського права як самостійної галузі права [15, с. 149].

За словами Г. Л. Знаменського, господарські відносини мають іншу природу, оскільки вони відбивають перш за все інтереси соціальних утворень, організацій — учасників суспільного виробництва [16, с. 170]. І у сучасному світі це не приватна природа, а приватно-публічна природа, що є основою для оцінки господарського права як самостійної галузі.

У цивілістичній літературі можна зустріти спробу виділити два етапи розвитку дуалізму приватного права: перший — коли торгове право діяло паралельно цивільному, і другий етап — «це вже квазідуалізм; у цей період діють не дві системи приватного права, а єдине приватне право, яке лише викладено у двох кодексах» [17]. Виникає лише запитання: навіщо було проводити таку кодифікацію у ХІХ ст. у двох, а не одному кодексі, якщо це просте викладення у двох, а не одному кодексі, і чому господарське законодавство за кордоном продовжувало активно розвиватись поза межами цивільних кодексів, між зарубіжними науковцями не стихали спори і протягом століття вони так і не прийшли до єдиної думки, а на початку ХХІ ст. у Франції прийнято оновлений Комерційний кодекс, а не Цивільний. Мабуть тому, що спрощувати дуалізм права у західноєвропейських країнах до дуалізму приватного права не зовсім коректно, він існує об'єктивно, і його неможливо усунути вольовим чином без суттєвих втрат або для цивільного, або для комерційного права. Коли ж у якості аргументів йдеться про розробку єдиного Цивільного кодексу у деяких європейських країнах, не слід забувати, що провідними країнами у європейському світі залишаються Німеччина і Франція, а вони мають по два кодекси, й подальше збереження цієї традиції підтверджується прийняттям оновленого Комерційного кодексу Франції.

Тому при вирішенні проблеми пріоритетного застосування нормативного регулювання відповідно до Цивільного або Господарського кодексів України потрібно відштовхуватися від пріоритету господарського законодавства у рамках дуалізму права (а не дуалізму приватного права).

В інформаційному листі ВГСУ від 7 квітня 2008 р. № 01–8/211 [18] на питання, як співвідносяться ЦК України та ГК України як загальний та спеціальний закони, ВГСУ відповів, що при вирішенні даного питання слід виходити з того, що при правозастосуванні застосовується закон не в цілому, як нормативно-правовий акт, а відповідна правова норма чи її частина, за змістом якої і визначається чи є ця норма (її частина) спеціальною чи загальною. Тому в разі, якщо норми ГК України не містять спеціальних норм, а встановлюють загальні правила, які не узгоджуються

з відповідними правилами ЦК України, слід застосовувати правила, встановлені ЦК України. А на питання, як слід застосовувати норми ГК України про недійсність господарських зобов'язань з огляду на положення ЦК України про недійсність правочинів, відповідь була, що ст. 207 ГК України не містить особливостей регулювання господарських відносин, а містить загальні правила про недійсність господарських зобов'язань, які суперечать ЦК України як за термінологією, так і за змістом. Тому ст. 207 ГК України відповідно до абз. 1 та 2 ч. 2 ст. 4 ЦК України застосовуватись не може.

Таким чином, було «віднайдене» «оригінальне» рішення для «обходу» вимог ст. 207 ГК України, яка передбачає серед іншого можливість визнання недійсним господарського зобов'язання, вчиненою з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства. Незважаючи на те, що у міжнародній практиці тлумачення комерційних (господарських) кодексів Європи невідомі випадки, коли норми цивільних кодексів унеможливають застосування норм комерційних (господарських) кодексів [19, с. 96].

Фактичне блокування дії ст. 207 ГК України шляхом надання роз'яснень вищих судових органів на користь пріоритету норм ст. 203, 227 Цивільного кодексу було ліквідоване прийняттям Податкового кодексу.

Незабаром знову було зроблено спробу обійти ст. 207 ГК України. При розробці законопроекту «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» № 2011–1, який був внесений на розгляд Верховної Ради України 25.01.2013 р., у прикінцевих положеннях, після великого масиву норм про ТОВ та ТДВ, чомусь запропоновано виключити з ГК статтю про недійсність господарського зобов'язання.

Виникає враження про намагання будь-яким чином відновити лазівку для махінацій. Перешкоджати цьому має доктринальне визначення господарського права як самостійної галузі права та його пріоритетне застосування у рамках дуалізму права, що передбачає можливість прибігати до норм цивільного права лише у випадках, коли норм господарського законодавства недостатньо для врегулювання господарських відносин і норми цивільного права, які заповнюють цю прогалину, не суперечать принципам та іншим загальним положенням господарського законодавства.

Такий підхід відповідатиме європейському досвіду й потребі зближення з європейським законодавством у світлі започаткованих в Україні євроінтеграційних процесів.

Слід погодитися з Д. В. Задихайло в тому, що у співіснуванні в системі законодавства України Цивільного й Господарського кодексів немає нічого протиприродного, саме така конфігурація законодавчого забезпечення, враховуючи досвід найбільш розвинутих держав Європи, повинна сприяти реалізації національної стратегії економічного розвитку країни [20, с. 18].

Окрім цього, потрібно враховувати, що норми розділу IV ЦК України визначають вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину, що здійснюється у сфері особистих немайнових та майнових відносин. На суспільні відносини, що виходять за межі особистих відносин, дія норм ЦК поширюється лише остільки, оскільки Господарський кодекс

рекомендує у порядку винятку для заповнення прогалин звертатися до норм Цивільного кодексу.

З урахуванням усіх зазначених обставин для впорядкування практики правозастосування пропонується закріпити у ГК України таку норму (для певного взірця дивись вище, як вона формулювалась у Статуті Торговому Російської імперії, яка сприймала доктрину торгового права західноєвропейських країн): «Права і обов'язки учасників господарських відносин визначаються господарським законодавством. У разі недостатності норм господарського законодавства застосовується цивільне законодавство і прийняті у господарській практиці звичаї».

Висновки. При визначенні засад застосування ЦК і ГК України потрібно дотримуватися доктринального визначення господарського права як самостійної галузі права та пріоритету комерційних (господарських) кодексів відносно цивільних, що історично склався у рамках дуалізму права.

Дуалізм права у застосуванні ГК і ЦК передбачає можливість прибігати до норм цивільного законодавства лише у випадках, коли норм господарського законодавства недостатньо для врегулювання господарських відносин і норми цивільного права, які заповнюють цю прогалину, не суперечать принципам та іншим загальним положенням господарського законодавства.

Пропонується закріпити у ГК України таку норму: «Права і обов'язки учасників господарських відносин визначаються господарським законодавством. У разі недостатності норм господарського законодавства застосовується цивільне законодавство і прийняті у господарській практиці звичаї».

Список літератури

1. Беляневич О. А. Про відповідність предмета позову встановленим способам захисту права / О. А. Беляневич // Вісник господарського судочинства. — 2008. — № 1. — С. 97–103.
2. Поддерковний О. П. Загальні та спеціальні норми: проблеми виявлення та вирішення конкуренції / О. П. Поддерковний // Вісник господарського судочинства України. — 2009. — № 6. — С. 34–43.
3. Подоляк С. А. Правові підстави та наслідки визнання господарських договорів недійсними та неукладеними в Україні : дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 / С. А. Подоляк; МОН України, Київський ун-т права НАН України. — Київ, 2010. — 172 с.
4. Коммерческое (торговое) право. Предпринимательское право Украины : практикум / [под общ. ред. Н. А. Саниахметовой]. — Харьков : Одиссей, 1999. — 416 с.
5. Мартем'янов В. С. Господарське право. Том 1. Загальні положення. Курс лекцій / В. С. Мартем'янов. — М. : Видавництво БЕК, 1994. — 312 с.
6. Договірне право України. Загальна частина : навч. посібник / [Боднар Т. В., Дзера О. В., Кузнецова Н. С. та ін.] ; за ред. О. В. Дзери. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 896 с.
7. Иоффе О. С. План и договор в социалистическом хозяйстве / О. С. Иоффе. — М. : Юрид. лит., 1971. — 216 с.
8. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / [кол. авт.: Беляневич О. А., Вінник О. М., Щербина В. С. та ін.] ; за заг. ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. — [2-ге вид., перероб. і допов.]. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 720 с.
9. Коммерческий кодекс Франции / [пер. с фр., предисловие, дополнение, словарь-справочник и комментарии В. Н. Захватаева]. — М. : Волтерс Клувер, 2008. — 1272 с.
10. Покровский И. А. История римского права [Электронный ресурс]. — М. : Статут, 2004. — 540 с. — Режим доступа: http://civil.consultant.ru/elib/books/25/page_32.html

11. Шпенглер О. Закат Европы : в 2 т. Т. 2. / Пер. с нем. И. И. Маханькова. — М. : Айрис-пресс, 2003. — 528 с. — (Библиотека истории и культуры).
12. Грудницкая С. М. Двум кодексам быть / Грудницкая С. Н., Переверзева Л. О. // 10 років застосування Господарського кодексу України: сучасний стан та перспективи вдосконалення кодифікації : зб. доповідей наук.-практ. конф. (14 листоп. 2014 р., м. Київ) / голова ред. кол. О. П. Подцерковний. — Одеса : Юридична література, 2014. — С. 81–90.
13. Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособие / под общ. ред. В. В. Безбаха и В. К. Пучинского. — М. : МЦФЭР, 2004. — 896 с.
14. Устав Торговый / сост. А. Добровольский. — 3-е изд., испр. и доп. с разъяснениями. — СПб. : Законоведение, 1911. — 648 с.
15. Грудницкая С. Н. Хозяйственная правосубъектность государственных предприятий : дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.04 / С. Н. Грудницкая ; ИЭПИ НАН Украины. — К., 2012. — 446 с.
16. Знаменський Г. Л. Головні передумови вирішення питань співвідношення Господарського і Цивільного кодексів України / Г. Л. Знаменський // Реалізація чинних Цивільного та Господарського кодексів України: проблеми та перспективи : зб. матеріалами Наук.-практ. конф. (м. Київ, 24 листопада 2005 р.) / редкол.: О. Д. Крупчан (голова) та ін. — К. : НДІ приватного права і підприємництва АПРн України, 2006. — С. 168–170.
17. Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина. Т. 1. Вступ у цивільне право. — К. : Алерта, 2012. — 472 с.
18. Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 7 квітня 2008 р. № 01–8/211 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.arbitr.gov.ua/documents/01-8_211_2008-07-04.html
19. Подцерковний О. П. Співвідношення положень Цивільного та Господарського кодексів (на прикладі регулювання грошових зобов'язань) / О. П. Подцерковний // Реалізація чинних Цивільного та Господарського кодексів України: проблеми та перспективи : зб. наук. праць : за матеріалами Наук.-практ. конф. (м. Київ, 24 листопада 2005 р.) / редкол.: О. Д. Крупчан (голова) та ін. — К. : НДІ приватного права і підприємництва АПРн України, 2006. — С. 94–98.
20. Задихайло Д. В. Господарське законодавство і національні економічні інтереси / Д. В. Задихайло // Реалізація чинних Цивільного та Господарського кодексів України: проблеми та перспективи : зб. наук. праць : за матеріалами Наук.-практ. конф. (м. Київ, 24 листопада 2005 р.) / редкол.: О. Д. Крупчан (голова) та ін. — К. : НДІ приватного права і підприємництва АПРн України, 2006. — С. 18–20.

И. Л. Евмина

Институт экономико-правовых исследований НАН Украины,
сектор содействия развитию экономико-правовых исследований
бульвар Шевченко, 60, Киев, 01032, Украина

НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ДОГОВОРОВ ПО ГРАЖДАНСКОМУ И ХОЗЯЙСТВЕННОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ: ОСНОВЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Резюме

В статье исследуются вопросы недействительности договоров по гражданскому и хозяйственному законодательству. Автор делает вывод, что при определении основ правоприменения Гражданского кодекса Украины и Хозяйственного кодекса Украины необходимо придерживаться доктринального определения хозяйственного права как самостоятельной отрасли права и приоритета торговых, коммерческих, хозяйственных кодексов относительно гражданских кодексов, который исторически сложился в рамках дуализма права.

Ключевые слова: недействительность хозяйственных договоров, хозяйственное законодательство, Хозяйственный кодекс Украины, Гражданский кодекс Украины, правоприменение.

I. L. Evmina

Institute of Economic and Legal Research of NAS of Ukraine,
Sector of Development Assistance of Economic and Legal Research
Shevchenko boulevard, 60, Kyev, 01032, Ukraine

INVALIDITY OF THE CONTRACT FOR CIVIL AND COMMERCIAL LAW: THE FRAMEWORK ENFORCEMENT

Summary

The present article explores the questions of invalidity of contracts of civil and business law, its enforcement. The study author concludes that at the foundations of enforcement of the Civil code of Ukraine and the Economic code of Ukraine must adhere to the doctrinal definitions of economic rights as a self-defined as the branch of law and the priority of trade, commerce, business codes regarding Civil Law, which historically formed under the law of dualism.

Key words: invalidity of commercial contracts, commercial law, The Economic Code of Ukraine, The Civil Code of Ukraine, law enforcement.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 341.1.01

О. О. Нігрєєва

кандидат юридичних наук, доцент

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра загальноправових дисциплін та міжнародного права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

СУДОВІ РІШЕННЯ У СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА: ЗМІНА КОНЦЕПТУ

У статті розглянуто питання про місце та роль рішень міжнародних судових органів у врегулюванні міжнародних відносин та у міжнародних правотворчих процесах. Досліджено зміни у концепції судових рішень у системі джерел міжнародного права, визначено тенденції її подальшого розвитку.

Ключові слова: судові рішення, міжнародні судові органи, прецедент, джерело міжнародного права, міжнародна правотворчість.

Постановка проблеми. Питання системи джерел міжнародного права було та залишається одним із тих питань, відповідь на які завжди визначала та визначатиме концептуальні засади існуючого міжнародного правопорядку. За проблемою джерел міжнародного права ховається ще ціла низка ключових питань, які також потребують свого вирішення. Але й сама ця проблема є вторинною з огляду на питання міжнародної правотворчості.

Серед багатьох цікавих та дискусійних моментів, пов'язаних із міжнародно-правовими джерелами, на особливу увагу заслуговують рішення міжнародних судових органів, що традиційно не наділялися рисами джерела міжнародного права. Разом з тим тенденції останнього часу демонструють зміну їхньої ролі та місця у механізмі міжнародно-правової регламентації.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженням джерел міжнародного права у цілому та рішенням міжнародних судових органів зокрема завжди було присвячено значну увагу науковців. Серед класиків міжнародно-правової науки, що торкалися цього питання, не можна не згадати таких визначних вітчизняних та іноземних вчених, як Я. Броунли, Дж. Фіцморис, Г. Лаутерпахт, Д. Б. Левін, І. І. Лукашук, Р. А. Мюллерсон, Л. Оппенгейм, Г. І. Тункін та ін. Однак зміни у концепції між-

народної правотворчості, системі джерел міжнародного права та ролі у них судових рішень продовжують привертати до дослідження цих питань увагу й сучасних фахівців у галузі міжнародних відносин та міжнародного права. Серед них варто зазначити М. Аджевіски, А. Бойла, В. Г. Буткевича, Г. Гійома, Т. Гінсбурга, А. д'Амато, Г. М. Даніленко, В. В. Мицика, О. В. Задорожного, О. О. Мережко, Е. Поснера, К. Чинкіна, Ю. В. Щокіна та інших.

Постановка завдання. Враховуючи актуальність зазначеної теми дослідження, авторка вбачає за мету цієї публікації розгляд рішень міжнародних судових органів у контексті трансформації їхньої ролі у процесах міжнародної правотворчості та окреслення тенденцій подальшої зміни їхнього концепту у науці та практиці міжнародного права.

Виклад основних положень. Не вдаючись до аналізу всього переліку питань, що стосуються джерельної бази міжнародного права, бажаємо зупинитись на проблемі рішень міжнародних судових органів як традиційно допоміжного засобу для врегулювання міжнародних відносин. Незважаючи на те, що протягом майже всього ХХ сторіччя у науці та практиці міжнародного права заперечували можливість застосування судових прецедентів як джерел міжнародного права, останні роки демонструють тенденцію до усе ширшого застосування у роботі різноманітних міжнародних судових інституцій так званого принципу «*stare decisis, et non quia movere*». Ця латинська максима, що є більш відомою у скороченому вигляді як принцип *stare decisis*, переводиться з латинської як «дотримуватись вирішеного раніше та не порушувати спокою». Саме вона є теоретичним підґрунтям у застосуванні прецедентів у країнах англо-американського правового типу.

Що ж до міжнародного права, то наприкінці ХІХ — на початку ХХ ст. у контексті теорії правового позитивізму провідні вчені визнавали джерелами міжнародного права майже виключно міжнародні договори та звичаї. Ще у 1882 р. відомий російський юрист-міжнародник Ф. Ф. Мартенс наголосив у книзі «Сучасне міжнародне право цивілізованих народів» на тому, що «право існує раніше суду та не від суду залежить його буття» [1, с. 16].

Інший класик науки міжнародного права Л. Оппенгейм у своїй фундаментальній праці «Міжнародне право» (том 1 «Мир»), що побачила світ у 1905 р., відзначає, що «в силу того, що основою міжнародного права є загальна згода держав членів сім'ї народів, вочевидь, повинно існувати стільки джерел міжнародного права, скільки є (юридичних. — О. Н.) фактів, що можуть викликати до життя таку загальну згоду. Держава цілком у той же спосіб, що й окрема особа, може висловити свою згоду або прямо, через явно виражену заяву, або мовчазно такою поведінкою, якої вона не стала б дотримуватися, якщо б не була згодна. Як наслідок, джерела міжнародного права є подвійними: 1) явно висловлена згода, що дається при укладанні державами договору, який передбачає певні норми майбутньої міжнародної поведінки сторін; 2) мовчазна згода, тобто згода, що мається на увазі, яка надається у такий спосіб, що держава слідує звичаю підкорюватися певним нормам міжнародної поведінки. Отже, договори та звичай є виключними джерелами міжнародного права» [2, р. 21–22].

Зазначена позиція виключала із кола джерел міжнародного права будь-які інші форми, що не базувалися на загальній згоді держав як основних та майже виключних суб'єктів міжнародного права у ті часи.

Офіційно принцип *stare decisis*, що дозволяв посилалися на судові рішення як на прецеденти, було виключено із практики міжнародних судових інституцій у 1922 р., коли у ст. 38 Статуту Постійної палати міжнародної справедливості було зафіксовано, що судові рішення є «допоміжними засобами для визначення (виділено нами. — О. Н.) норм права», але не для їх створення.

У подальшому текст зазначеної статті майже повністю було відображено у ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН, посилаючись на яку переважна кількість спеціалістів та власне міжнародні суди, як правило, не визнавали обов'язкової юридичної сили судових рішень, ані внутрішнього, ані зовнішнього характеру.

Особливо цей підхід підтримувався радянською доктриною міжнародного права. Наприклад, у томі 1 «Курсу міжнародного права» за редакцією Р. А. Мюллерсона та Г. І. Тункіна знаходимо твердження про те, що «відповідно до Статуту Міжнародного Суду, його рішення не є частиною процесу утворення чи зміни норм міжнародного права. (...) Рішення Суду висловлює думку його членів — спеціалістів із міжнародного права. Це зближує рішення суду із доктриною...» [3, с. 216].

Одночасно у радянській науці міжнародного права підкреслювалося, що «у західній доктрині міжнародного права значно поширена тенденція перебільшення ролі рішень Міжнародного Суду» [3, с. 215].

Дійсно, західні фахівці не були такими одноставними. Наприклад, відомий британський фахівець із міжнародного права, суддя Постійного арбітражного суду, Міжнародного Суду ООН та Європейського суду з прав людини, член Комісії з міжнародного права ООН Дж. Фіцморіс стверджував, що розташування судових рішень разом із науковою доктриною у категорії допоміжних засобів для визначення міжнародного права у ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН є помилкою, адже судові рішення, що базуються на дослідженні певного набору обставин, безперечно, має іншу вагу (як для інших суб'єктів, що приймають рішення, так і для держав), ніж абстрактне формулювання принципу, зроблене якимось вченим [4, с. 231]. У своїй праці «Деякі проблеми, що стосуються формальних джерел міжнародного права» (1958 р.) він схиляється до тієї думки, що рішення Міжнародного Суду ООН можуть бути визнані «квазіформальними джерелами» міжнародного права [5, с. 171]. Деякі схожі погляди щодо правової природи рішень міжнародних судових органів мали також М. Соренсен, Г. Лаутерпахт, М. Бос та інші.

Однак у цілому західна наука міжнародного права середини ХХ ст. схилялася до непрецедентного характеру міжнародного судового процесу та дуже стримано висловлювалася щодо правотворчого ефекту судових рішень, адже самі міжнародні судові інституції, й перш за все Міжнародний Суд ООН, не були послідовними у використанні своїх попередніх рішень.

Так, у 1974 р. Міжнародний Суд ООН у справі «Fisheries Jurisdiction» (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland) визначив, що він «як правовий суд не може приймати рішення *sub specie legis ferendae* (з точки зору бажаного закону. Переклад наш. — *Н. О.*) чи передбачати право до того часу, доки законодавець не встановить його» [6, р. 24–25].

Але із розвитком міжнародного правосуддя ситуація почала стрімко змінюватися. Показово, що навіть ті, хто первісно заперечував ознаки джерел права в судових рішеннях (А. Федросс, Г. Шварценберг, Г. Лаутерпахт та інші) згодом змінили свою думку [7, с. 135].

Що ж до сучасних досліджень, то твердження про відсутність судових прецедентів у міжнародному праві більш не є таким однозначним, особливо останнім часом, враховуючи стрімке зростання кількості міжнародних судових інституцій як універсального, так і регіонального характеру. Більш того, наявна велика кількість публікацій, що демонструє чи не протилежне твердження, а саме: твердження про те, що судові рішення є джерелом міжнародного права, а міжнародні судові інституції — одними із правотворчих суб'єктів.

Причому якщо вітчизняні науковці традиційно є більш стриманими у визнанні за судовими рішеннями якості прецеденту та джерела міжнародного права, то деякі їхні західні колеги йдуть набагато далі, визнаючи, що «судді та судові рішення ... утворюють право. Вони утворюють право у повному сенсі цього слова ... змінюючи та формулюючи право. Суди утворюють право із дуже простої причини: правова система має відповідати двом, інколи конкуруючим, параметрам: правовій визначеності та можливості реагувати на соціальні зміни. Як такі суди мають одночасно гарантувати правову визначеність, надаючи сталу систему результатів через їхні рішення, тобто приходити до тих самих висновків завдяки тому самому набору фактів, але у той самий час бути відкритими до соціальних обставин, що змінюються, які можуть робити їхню судову практику застарілою. Як наслідок, суди повинні формувати та змінювати право, оскільки середовище, у якому вони діють, також зазнає змін» [8].

На думку Г. Гійома, «будь-яка правова система потребує певного мінімуму визначеності, а будь-яка система вирішення спорів — певного мінімуму передбачуваності. Більш того, ці системи передбачають, що особи за схожих обставин матимуть схоже ставлення. Прецедент відіграє незамінну роль у цьому аспекті. Для сторін — це гарант визначеності та справедливості ставлення» [9].

Разом із тим ситуація є дещо відмінною для різних міжнародних судових інституцій, а також стосовно судових рішень внутрішнього та зовнішнього походження. Перш за все, слід зупинитися на судах, яким властива ієрархічна структура та чий рішення підлягають внутрішньому перегляду у вищих інстанціях. Хоча застосування судових прецедентів у них не є однозначно обов'язковим, однак є зрозумілим прагнення нижчих інстанцій до виконання рішень вищих палат. Така ситуація є властивою для Міжнародних трибуналів щодо колишньої Югославії та Руанди, а також для Міжнародного кримінального суду та Європейського суду з прав людини.

Однак, як зазначають дослідники, «якщо правова ситуація є однаковою для судів універсального та регіонального характеру, практика цих судів є дуже відмінною. В обох випадках до прецеденту часто звертаються. У першій групі судів від нього дуже рідко відмовляються. У другій еволюція та навіть безпосередні зміни судової практики є більш частими» [9].

Ще більш неоднозначною є ситуація із додержанням так званих зовнішніх судових рішень, тобто рішень інших міжнародних судових інституцій. «Зовнішні прецеденти інколи ігноруються, а інколи використовуються для підсилення висновків, яких було отримано завдяки іншим методам» [9].

Важко визначитись також із прецедентним застосуванням рішень міжнародних арбітражних органів, адже часто їхня практика не є публічною, що заважає не тільки її аналізу, але й сталому використанню у інших арбітражах та судах.

У будь-якому разі участь міжнародних судових органів, як регіонального, так й універсального характеру, у міжнародних правотворчих процесах зараз є майже однозначно визнаною зарубіжною наукою міжнародного права, настільки, що деякі науковці стурбовані відносно неконтрольованістю цих процесів та підіймають питання щодо обмеження так званого «судового розсуду» [10]. Як зазначає, наприклад, Т. Гінзбург, «...існують обставини, за яких судді створюють право як агенти однієї чи більше держав, що наділили міжнародний трибунал правом тлумачити певний договір» [10, р. 25]. Така ситуація викликає занепокоєння та примушує шукати механізмів контролю за міжнародною судовою правотворчістю. Як уявляється, наразі такі механізми цілковито залежать від поведінки суверенних держав, що створюють та наділяють повноваженнями міжнародні судові інституції, якщо, звісно, вони не бажають одного дня опинитися під юрисдикцією певного наддержавного законотворчого органу, яким із великою ймовірністю може стати один із міжнародних судів.

Висновки. Аналіз наукової літератури та судової практики щодо ролі судових рішень у міжнародному праві дозволяє дійти таких висновків:

1) класичний підхід, згідно з яким міжнародні судові рішення є виключно допоміжним засобом для встановлення міжнародного права, поступово змінюється, поступаючись думці про їхній правотворчий ефект;

2) основними причинами, що спонукають до зміни панівної концепції, є розширення системи міжнародної юстиції та поява нових міжнародних судів із явно вираженою ієрархічною структурою, що призводить до змін у ставленні суддів до судових рішень як внутрішнього, так і зовнішнього характеру;

3) застосування судового рішення як міжнародного судового прецеденту має свої відмінності відповідно до типу та сфери дії певної інституції;

4) відсутність жодної визначеної нормативної бази щодо цього питання та імпліцитний характер явища викликають занепокоєність через неконтрольованість та певну довільність процесу судової правотворчості. Це, у свою чергу, спонукає міжнародну наукову спільноту до пошуку та розроблення механізмів контролю за утворенням новітніх норм міжнародного права у міжнародних судових інституціях.

Список літератури

1. Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов [Текст] : в 2 т. / под ред. проф. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2008. — Том 1. — 209 с.
2. Oppenheim L., L L. D. International Law [Электронний ресурс] : a treaties. — Vol. 1. Peace. — London : Longmans, Green, and Co, 1905. — 595 p. — Режим доступу : <https://archive.org/stream/internationallaw12opp#page/n1298/mode/1up> (дата звернення : 24.10.2014 р.) — Назва з екрана.
3. Курс международного права [Текст] : в 7 т. Т. 1. Понятие, предмет и система международного права / [Ю. А. Баскин, Н. Б. Крылов, Д. Б. Левин и др.] — М. : Наука, 1989. — 360 с.
4. Michelson K. Rereading Trail Smelter [Электронний ресурс] / K. Michelson // The Canadian yearbook of international law. — 1993. — Vol. 31. — P. 219 — 234. — Режим доступу : <http://books.google.com.ua/books>. — Назва з екрана.
5. Fitzmaurice G. Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law [Текст] / G. Fitzmaurice // Symbolae Verzijl. — 1958. — № 153. — P. 168 — 173.
6. Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland) [Электронний ресурс] : International Court of Justice Judgement of 25 July 1974. — Режим доступу : <http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5977.pdf> (дата звернення : 25.10.2014 р.) — Назва з екрана.
7. Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії [Текст] : підручник / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній; За ред. В. Г. Буткевича; Міністерство освіти і науки України. — К.: Либідь, 2002. — 608 с.
8. Ajevski M. Judicial Law-making in International Criminal law — The Legitimacy Conundrum [Текст] / M. Ajevski // Select Proceedings of the European Society of International Law. — 2010. — Vol. 3. — P. 127 — 141. — Oxford: Hart Publishing, 2012. — 418 p.
9. Guillaume G. The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators [Текст] / G. Guillaume // Journal of International Dispute Settlement. — 2011. — Vol. 2. — № 1. — P. 5–23.
10. Ginsburg T. Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking [Электронний ресурс] : T. Ginsburg // Virginia Journal of International Law. — 2005. — Vol. 45. — Режим доступу : <http://home.uchicago.edu/~tginsburg/pdf/articles/BoundedDiscretionInInternationalJudicialLawmaking.pdf> (дата звернення : 26.10.2014 р.) — Назва з екрану.

А. А. Нигреева

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра общеправовых дисциплин и международного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

СУДЕБНЫЕ РЕШЕНИЯ В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА: ИЗМЕНЕНИЕ КОНЦЕПТА

Резюме

В статье рассмотрен вопрос о месте и роли решений международных судебных органов в урегулировании международных отношений и в международных правотворческих процессах. Исследованы изменения концепции судебных решений в системе источников международного права, определены тенденции ее дальнейшего развития.

Ключевые слова: судебное решение, международные судебные органы, прецедент, источник международного права, международное правотворчество.

O. O. Nigreieva

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of General Juridical Disciplines and International Law
Frantsuzskiy boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

**JUDICIAL DECISIONS IN THE INTERNATIONAL LAW SOURCES
SYSTEM: CONCEPT CHANGES**

Summary

In the article the issue of a place and a role of international judicial bodies' decisions in international relations regulation and international lawmaking process is considered. The changes of the judicial decisions conception in the international law sources system are studied; the tendencies of its further development are defined.

Key words: judicial decision, international judicial bodies, precedent, international law source, international lawmaking.

УДК 340.11 : 346.58

В. В. Чайковська

кандидат юридичних наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

**ПРО ПОНЯТТЯ «ПРАВОВИЙ РЕЖИМ»
(НА ПРИКЛАДІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ
ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ)**

У статті досліджується поняття «правовий режим» як основа для подальших досліджень декомпозиційних елементів правового регулювання зовнішньоекономічної діяльності. Обґрунтовується самостійність поняття «правовий режим» серед таких понять, як «процес правового регулювання», «механізм правового регулювання», «предмет правового регулювання», «метод правового регулювання», «система права». Визначається поняття правового режиму зовнішньоекономічної діяльності.

Ключові слова: правовий режим, зовнішньоекономічна діяльність, метод правового регулювання, галузь права.

Постановка проблеми. Категорія «правовий режим» останнім часом доволі часто застосовується в галузевих правових науках. Досліджуються правові режими різних категорій земель у науці земельного права, різноманітні адміністративно-правові режими (імміграції [1], митної діяльності [2], громадської безпеки [3], обігу зброї [4] тощо), міжнародно-правові режими (повітряного простору [5], судноплавства [6], континентального шельфу [7], морських застав та іпотек [8] тощо); в господарсько-правовій науці розглядаються спеціальні правові режими здійснення господарської діяльності у вільних економічних зонах, територіях пріоритетного розвитку, окремих галузях економіки [9].

Використання категорії «правовий режим» без визначення її характерних ознак та структури призводить до непослідовності наукових висновків. Проблема посилюється у зв'язку із наявністю значної кількості незбіжних одна з одною думок щодо розуміння цієї категорії у теорії права, що тягне за собою втрату цінності диференціації правової термінології, ускладнює розвиток галузевих досліджень щодо окремих правових режимів, зокрема, у контексті правового забезпечення зовнішньоекономічної діяльності (далі — ЗЕД).

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблемам правового режиму приділяли увагу досить багато вчених — теоретиків права та представників галузевих правових наук, зокрема: С. С. Алексєєв, Р. Т. Мухаєв, О. Ф. Скакун, С. О. Комаров, О. О. Іванов, П. П. Богуцький, Е. Ф. Шамсумова, О. В. Мелехін, В. М. Корельський, В. Д. Перевалов та ін.

Серед сучасних досліджень на пострадянському просторі виділяються дисертаційні дослідження Е. Ф. Шамсумової «Правовые режимы (теорети-

ческий аспект)» (2001 рік) [10] та О. С. Родіонова «Механизм установления правовых режимов российским законодательством» (2001 рік) [11]. Водночас не можна вважати, що цими роботами остаточно вирішено питання застосування категорій правових режимів, враховуючи велику абстракцію цих робіт, яка призводить до втрати ознак окремих режимів, та наявність великої кількості неоднозначних положень. У господарсько-правових дослідженнях відповідні питання неодноразово розглядалися у контексті спеціальних режимів господарювання. Зокрема, можна відмітити роботи О. Р. Зельдіної [9] та М. Д. Василенка [12]. Разом із тим із цих робіт також важко зробити універсальні висновки щодо застосування поняття правових режимів у сфері господарювання, особливо у контексті зовнішньоекономічної та інших особливих видів господарської діяльності.

Постановка завдання. Визначення категорії «правовий режим», з'ясування її характерних ознак, визначення її складових з урахуванням положень щодо правового регулювання ЗЕД.

Виклад основних положень. Звертає на себе увагу взаємозалежність понять «режим», «правовий режим» та «режим окремої галузі права», які є похідними один від одного, тож підлягає з'ясуванню найзагальніше поняття «режим».

Слово «режим» походить від латинського *regimen*, що в перекладі Й. Х. Дворецького розуміється як «1) управління, командування, старшування, завідування, керівництво; 2) кермо, руль; 3) керівник, голова» [13, с. 863]. Це пов'язує поняття «режим» із владою, управлінням.

Слово «*regime*» знайшло своє відображення у різноманітних значеннях у французькій мові та може означати: 1) державний устрій, тип правління; 2) спосіб життя, уклад, розпорядок; 3) порядок; 4) дієта; 5) умови праці; 6) управління; 7) грона, китиця, гілка з плодами, пучок [14, с. 722]. У цих значеннях режим є певним порядком, станом упорядкування певних сутностей.

У правовій науці історично поняття «правовий режим» почало використовуватись в галузевих науках, переважно у міжнародному та земельному праві: «міжнародно-правовий режим», «правовий режим земель» тощо. Водночас, як справедливо зазначає О. С. Родіонов, в більшості випадків поняття «правовий режим» використовувалось правознавцями як вже відоме і таке, що не потребує спеціального уточнення, хоча це є логічною помилкою: визначення «невідомого через невідоме» [11, с. 17].

В теорії права поняття «правовий режим» вперше комплексно намагався досліджувати С. С. Алексєєв у відомій монографії «Загальні дозволи та загальні заборони у радянському праві». Вчений визначав правовий режим (однак без широкого обговорення поняття «режим») як порядок регулювання, що знаходить свій вираз у комплексі правових засобів, що характеризують особливе сполучення взаємодіючих між собою дозволів, заборон, а також позитивних зобов'язань та створюючих особливу спрямованість регулювання [15, с. 185]. Позиція С. С. Алексєєва, без сумніву, має позитивні риси, пов'язані із визначенням правового режиму через комплекс правових засобів, що дає змогу структурувати вчення про правовий режим

та визначити його складові. Водночас незрозумілим залишилося те, що розумів С. С. Алексеев під порядком регулювання при визначенні правового режиму. Також навряд чи можна розглядати поняття «правовий режим» відносно суб'єктів права, адже для цих випадків у науці вироблено поняття «правовий статус» [16, с. 44].

Певним чином похідною та такою, що підтримує концепцію С. С. Алексеева, є думка Р. Т. Мухаєва, який розглядає правовий режим як «сукупність способів, методів і типів правового регулювання, що характеризують особливості і характер правового впливу та мають місце у кожній галузі права» [17, с. 457]. У підручнику за ред. В. М. Корельського та В. Д. Первалова зазначається, що правовий режим може включати способи, методи, типи правового регулювання, однак у різному їх сполученні, при домінуючому положенні певних та допоміжної ролі інших. Своєрідність правових режимів спостерігається як у кожній галузі, так і в правовій системі в цілому [18, с. 272].

В даному випадку наріжним каменем виглядає визначення і співвідношення понять «правовий засіб», «спосіб правового регулювання», «метод правового регулювання» та «тип правового регулювання».

Типи правового регулювання комплексно досліджувались знову ж таки С. С. Алексеевим у згадуваній праці, у якій він виділяв загальнодозволений тип (який існує за принципом «дозволено все, що не заборонено законом») та дозвільний тип правового регулювання (заборонено усе, окрім дозволеного). Але визначення правового режиму через поєднання типів правового регулювання видається проблематичним, адже про специфічне поєднання не можна вести мову, якщо типів правового регулювання лише два.

Тим паче що тип правового регулювання тяжіє більш до характеристики суб'єктів права, ніж до інших сутностей (в т. ч. правового режиму). Зокрема, відповідно до абз. 1 ст. 19 Конституції України правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Тобто у зазначеному положенні в Україні як загальний встановлюється загальнодозволений тип правового регулювання по відношенню до усіх суб'єктів. Водночас для органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових осіб цих органів спеціальною нормою абз. 2 ст. 19 Основного Закону встановлюється дозвільний тип правового регулювання, що полягає у визначенні їх прав та обов'язків виключно законами (в т. ч. Конституцією).

Таким чином, правовий режим втрачає властивість поєднання, співвідношення чи сукупності типів правового регулювання (в т. ч. у зв'язку із неспрямованістю на надання правової характеристики суб'єктів права).

Поняття правового режиму також не може ототожнюватися із поняттями «метод правового регулювання», «спосіб правового регулювання» чи «правовий спосіб» (іноді також використовують поняття «правовий прийом», «спосіб правового впливу» тощо). Спробуємо співвіднести ці поняття.

О. В. Мелехін розглядає прийоми та способи як складові частини методу правового регулювання [19, с. 323]. С. О. Комаров зазначає, що метод

правового регулювання — це «сукупність способів правового впливу на суспільні відносини залежно від їх характеру» [20, с. 418].

У підручнику з теорії держави і права за редакцією М. М. Рассолова, В. О. Лучіна та Б. С. Ебзеева зазначається, що метод правового регулювання характеризується способами регулювання активності суб'єктів права, до яких віднесено заборони, приписи, дозволяння, рекомендації, заохочення [21, с. 255].

Подібне розуміння співвідношення понять методів та способів правового регулювання дозволяє обґрунтувати висновок про неможливість одночасного поєднання різновидів обох з цих сутностей при розумінні правового режиму, адже специфічне поєднання певних методів правового регулювання означатиме, відповідно, поєднання їх особливих способів (чи форми) правового регулювання. При цьому обґрунтованим у зазначеному контексті вбачається розуміння правового режиму як особливої сукупності певних способів правового регулювання, що дозволяє більш детально поглибитись у специфіку регулювання певної сфери, зокрема, зовнішньоекономічної.

При визначенні сутності правового режиму доречно виходити з розуміння «режиму» загалом як певного порядку, у розумінні, однак, порядку не як процедури, а як певної впорядкованості, певного стану правових регуляторів. Існування правового режиму як певного порядку, певного стану речей правових регуляторів забезпечується елементами правової системи, передусім нормами права, про що можна зробити висновок з урахуванням наявності прикметника «правовий». На підтвердження цієї думки варто згадати позицію В. Б. Ісакова, який ще у 1987 р. зазначав, що правовий режим — це «соціальний режим певного об'єкта, закріплений правовими нормами та забезпечений сукупністю юридичних засобів» [22, с. 258–259]. Проте це не приводить до ототожнення поняття правопорядку та правового режиму, адже останнє не має такої результативності та ефективності, як порядок, є лише зрізом системи правового впливу на певний об'єкт.

У зв'язку з цим варто заперечити думці П. П. Богуцького, який фактично ототожнює поняття «правовий режим» та «процес правового регулювання», зазначаючи, що сутність категорії правового режиму «зосереджується у визначенні правил поведінки, які якраз і дозволяють досягти визначену мету. Тобто йдеться про...процес правового регулювання» [23, с. 183]. Певний процес вимагає наявності певних стадій, які відсутні у правового режиму (принаймні, вказаний автор такі стадії не виділяє). Наприклад, правовий режим митного складу у ЗЕД не може бути поділений на стадії, адже передбачає постійне функціонування відповідного об'єкта. Для характеристики процесу правового регулювання зазвичай використовується поняття «механізм правового регулювання», яке не є тотожним поняттю «правовий режим». Як справедливо зазначає Л. В. Томаш, якщо механізм правового регулювання — юридична категорія, яка розкриває процес правового регулювання, то правовий режим — юридична категорія, яка розкриває зміст конкретних правових засобів (елементів правового регулювання), покликаних організувати певну сферу суспільних відносин [24, с. 22].

Правовий режим має свій певний об'єкт впливу, регулювання якого чи регулювання відносин щодо його забезпечується складовими правового режиму. Видається, що до таких об'єктів можна відносити матеріальні об'єкти (речі, майно різного роду), нематеріальні об'єкти (об'єкти інтелектуальної власності тощо), процеси, діяльність, у тому числі ЗЕД.

Водночас не можна погодитись із існуванням правового режиму певних галузей права, адже у такому випадку поняття «правового режиму» розпорошується, тобто втрачає цілісність та стає незрозумілим з погляду його місця у правовій системі чи, навпаки, змішується чи ототожнюється з іншими правовими категоріями.

Наприклад, Т. П. Мінка зазначає, що «правовий режим галузі права складається з великої групи однорідних суспільних відносин, які становлять окрему, відносно самостійну сферу суспільного життя», чим ототожнюється правовий режим галузі права із предметом галузі, а далі автор суперечить власній позиції, зазначаючи, що «для правового режиму галузі права характерна особлива цілісна система регулятивного впливу, яка характеризується специфічними прийомами регулювання, особливим порядком виникнення і формування змісту прав та обов'язків, їх реалізації, специфікою санкцій, способів їх реалізації, а також дією єдиних принципів, загальних положень, які поширюються на дану сукупність норм» [25, с. 20]. Тобто стикаються два несумісні значення правового режиму як «сукупність суспільних відносин» та як «система регулятивного впливу», що містить певні складові.

Не можна також погодитися із тим, що П. П. Богуцький виділяє серед елементів правового режиму мету правового регулювання [26, с. 127–128]. Але мета правового регулювання видається не складовою правового режиму, а тією сутністю, заради якої здійснюється правове регулювання або впроваджується правовий режим. Як справедливо з цього приводу зазначає О. С. Родіонов, у правовій сфері режими вводяться для досягнення визначеної цілі, якою може бути як досягнення певного кінцевого результату (у такому випадку правовий режим припиняє свою дію), так і створення правової ситуації тривалої дії (правовий режим «працює» до невизначеного часу) [11, с. 27]. Саме такі ознаки має правове регулювання сфери ЗЕД.

Не можна погодитись й з Д. Н. Бахрахом та іншими вченими, які розглядають правовий режим як систему норм права, що регулюють певні відносини чи діяльність [27, с. 310]. За такої позиції правовий режим може бути прямо ототожнений із поняттями, які структурують систему права: галузь права, підгалузь права, інститут права, у зв'язку із чим постає питання взагалі про доцільність застосування поняття «правовий режим», яке за умови зазначеного такого розуміння дублює зазначені поняття.

Обговорення думок науковців дозволяє сформулювати таку позицію щодо правового режиму: 1) правовий режим є певним станом врегулювання відносин щодо об'єкта впливу, що зумовлюється особливим поєднанням способів правового регулювання; 2) правовий режим є правовою категорією, що пов'язана із певним об'єктом впливу, в якості якого можуть виступати

матеріальні та нематеріальні об'єкти, процеси, діяльність; 3) з'ясування змісту правового режиму передбачає надання правової характеристики певному об'єкту впливу шляхом з'ясування його правового поняття, змісту та форми правових засобів, дослідження прав та обов'язків суб'єктів права щодо цього об'єкта впливу та інших складових, що визначають специфіку його використання (здійснення) у суспільних відносинах.

Висновки. З урахуванням цього поняття «правовий режим» варто охарактеризувати як специфічний стан врегулювання суспільних відносин щодо матеріального чи нематеріального об'єкта, процесу, діяльності або іншого об'єкта впливу, особливому поєднанні способів правового регулювання, форм права та порядку реалізації відповідних норм, особливому наборі прав та обов'язків суб'єктів права щодо вказаних об'єктів, положень щодо обігздатності цих об'єктів, заходів відповідальності за правопорушення, пов'язані із їх використанням/здійсненням, та інших складових правового впливу.

У свою чергу під правовим режимом ЗЕД слід розуміти специфічний стан врегулювання суспільних відносин щодо зовнішньоекономічної діяльності, що ґрунтується на особливому поєднанні способів правового регулювання у нормах внутрішньодержавного та міжнародного права, специфічних форм їх вираження та реалізації, особливому наборі прав та обов'язків суб'єктів ЗЕД, їх правовому стані при здійсненні ЗЕД, заходів відповідальності за правопорушення, пов'язані із здійсненням ЗЕД, та іншими складовими правового впливу на зовнішньоекономічні відносини.

Наведене у даній роботі концепція «правового режиму» дозволяє оцінити реальний стан правового забезпечення певної діяльності, зокрема зовнішньоекономічної, в усьому розмаїтті елементів правового впливу.

Список літератури

1. Черепанов И. З. Классификация административно-правовых режимов иммиграции / Игорь Захарович Черепанов // Административное право и процесс. — 2010. — № 5. — С. 40–41.
2. Мозер С. В. Административно-правовой режим таможенной деятельности Приднестровской Молдавской Республики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / С. В. Мозер ; Рос. таможенная академия. — Люберцы, 2010. — 28 с.
3. Сапожников А. И. Теоретические подходы к классификации административно-правовых режимов общественной безопасности / А. И. Сапожников // Право и безопасность. — 2007. — № 3/4. — С. 89–95.
4. Долгополов А. А. Нормативно-правовая регламентация административно-правовых режимов оборота оружия и взрывчатых веществ // Российский следователь. — 2007. — № 12. — С. 35–37.
5. Травников А. И. Влияние национального воздушного права на совершенствование международно-правового режима воздушного пространства / А. И. Травников // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки : Научный журнал. — 2011. — № 2. — С. 115–125.
6. Царев В. Ф. Международно-правовой режим судоходства в открытом море / В. Ф. Царев, Н. Д. Королева. — М. : Транспорт, 1988. — 103 с.
7. Баймуратов М. А. Международно-правовой режим континентального шельфа / М. А. Баймуратов // Международное морское право и Черноморский регион : Матер. семинара (Одесса, 12–17 ноября 2001 г.). — Одеса, 2001. — С. 102–110.

8. Барінова І. Новий міжнародно-правовий режим морських залогів і іпотек / І. Барінова // *Хозяйство и право: Ежемесячный юридический журнал*. — 2007. — № 11. — С. 113–126.
9. Зельдіна О. Р. Теоретичні аспекти спеціального режиму господарювання : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.04 «господарське право, господарсько-процесуальне право» / О. Р. Зельдіна. — Д., 2007. — 35 с.
10. Шамсумова Э. Ф. Правовые режимы (теоретический аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. — Екатеринбург, 2001. — 213 с.
11. Родионов О. С. Механизм установления правовых режимов российским законодательством : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. — Саратов, 2001. — 157 с.
12. Василенко М. Д. Спеціальні господарсько-правові режими технопарків і технополісів: досвід України та зарубіжних країн : монографія / М. Д. Василенко. — Одеса : Сімекс-прінт, 2012. — 226 с.
13. Дворецкий И. Х. Латинско-русский словарь. — Изд. 2-е, перераб. и доп. — М. : Русский язык, 1976. — 1096 с.
14. Ганшина К. А. Французско-русский словарь. — Изд. 7-е, стереотипное. — М. : Русский язык, 1977. — 912 с.
15. Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М. : Юрид. лит., 1989. — 288 с.
16. Минаева А. А. Понятие «правовой режим земель» и его значение в земельном праве // *Экологическое право*. — 2005. — № 1. — С.40–45.
17. Мухаев Р. Т. Теория государства и права : учебник для вузов / Р. Т. Мухаев. — М. : Издательство ПРИОР, 2001. — 1104 с.
18. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. проф. В. М. Корельского и проф. В. Д. Перевалова. — 2-е изд., изм. и доп. — М. : НОРМА, 2002. — 616 с.
19. Мелехин А. В. Теория государства и права : учебник / А. В. Мелехин. — М. : Маркет ДС, 2007. — 640 с.
20. Комаров С. А. Общая теория государства и права : учебник / С. А. Комаров. — 7-е изд. — СПб. : Питер, 2005. — 512 с.
21. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. М. М. Рассолова, В. О. Лучина, Б. С. Эбзеева. — М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2000. — 640 с.
22. Исаков В. Б. Механизм правового регулирования и правовые режимы // *Проблемы теории государства и права : учебник* / под ред. С. С. Алексеева. — М. : Юрид. лит., 1987. — 448 с.
23. Богущкий П. П. Правовий режим військового права у контексті системотворення українського права // *Юридична наука : наук. журнал*. — К. : Національна академія управління, 2011. — № 6. — 182–186.
24. Томаш Л. В. Правовий режим: поняття та ознаки // *Науковий вісник Чернівецького університету. Правознавство : збірник наукових праць*. — 2005. — Вип. 282. — С. 20–26.
25. Мінка Т. П. Правовий режим як критерій поділу права на галузі / Т. П. Мінка // *Часопис Київського університету права*. — К. : Київський університет права НАН України, 2010. — № 3. — С. 18–22.
26. Богущкий П. П. Поняття та види правового режиму // П. П. Богущкий // *Актуальні проблеми теорії та історії прав людини, права і держави : матер. 5-ї Всеукр. наук. конф. правників-початківців (Одеса, 12–13 квітня 2008 р.)*. — 332 с.
27. Бахрах Д. Н. Административное право России : учебник для вузов. — М. : Норма, 2002. — 466 с.
28. Аксенёнок Г. А. Правовой режим земель сельскохозяйственного назначения / Г. А. Аксенёнок // *Сельское хозяйство и право в СССР и Италии*. — М. : Институт государства и права АН СССР, 1977. — 108 с.

В. В. Чайковская

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

**О ПОНЯТИИ «ПРАВОВОЙ РЕЖИМ»
(НА ПРИМЕРЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ)**

Резюме

В статье исследуется понятие «правовой режим» как основа для дальнейших исследований декомпозиционных элементов правового регулирования внешнеэкономической деятельности. Обосновывается самостоятельность понятия «правовой режим» среди таких понятий, как «процесс правового регулирования», «механизм правового регулирования», «предмет правового регулирования», «метод правового регулирования», «система права». Определяется понятие правового режима внешнеэкономической деятельности.

Ключевые слова: правовой режим, внешнеэкономическая деятельность, метод правового регулирования, отрасль права.

V. V. Chaykovskaya

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Administrative and Commercial Law
Frantsuzskiy boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

**ABOUT THE CONCEPT OF «LEGAL REGIME»
(EG LEGAL REGULATION OF FOREIGN ECONOMIC ACTIVITY)**

Summary

A concept of «legal regime» is researched in the article as a basis for further researches of elements of the legal regulation of foreign economic activity. The concept of «legal regime» is separated from such ones as a «procedure of legal regulation», «mechanism of legal regulation», «object of legal regulation», «method of the legal regulation» «system of law». The concept of legal regime of foreign economic activity has been determined.

Key words: legal regime, foreign economic activity, method of legal regulation, branch of law.

ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

УДК 343.347

Р. В. Стойловський

викладач

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ВІДНОСИНИ ВЗАЄМОДОПОМОГИ В ПРАВІ ТА ЇХ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

У статті досліджені актуальні проблеми кримінально-правового забезпечення відносин взаємодопомоги. Проаналізовані ознаки даних відносин, конкретизовані права, обов'язки і обмеження суб'єктів та об'єкта даних відносин.

Ключові слова: відносини взаємодопомоги; права, обов'язки і обмеження суб'єктів; кримінально-правова позиція.

Постановка проблеми. З моменту формування суспільства взаємна підтримка людей і їх турбота один про одного стали одним із головних питань його існування, а також його прогресивного розвитку. Не випадково взаємодопомозі відводилося особливе місце у філософських поглядах та ідеях ще стародавніх мислителів, які потім розвивалися і доповнювалися представниками наступних поколінь протягом всієї історії розвитку людства [1, с. 112].

Враховуючи місце і роль взаємодопомоги серед відносин, які забезпечують нормальний розвиток і функціонування суспільства, вона повинна бути поза правом. Однак найбільш небезпечні форми ігнорування повинні бути врегульовані нормами права, які, як відомо, виступають найбільш дієвим засобом управління життєдіяльністю суспільства, упорядкування його внутрішніх зв'язків і захисту соціально значущих благ та інтересів його членів.

Тим часом право вимагає набагато більш високого ступеня конкретизації відносин, що підлягають регламентації, ніж інші соціальні регулятори, тому що воно передбачає покладання обов'язків на осіб і встановлення відповідальності, в тому числі кримінальної, за його невиконання, яке тягне за собою настання певних несприятливих наслідків [4, с. 35].

Аналіз останніх досліджень та публікацій. При дослідженні ознак об'єкта відносин взаємодопомоги треба детальніше розглянути родовий та безпосередній об'єкти. Родовим об'єктом відносин взаємодопомоги є жит-

та та здоров'я особи. Стосовно безпосереднього об'єкта існує певна дискусія. Так, Ш. С. Рашковська вважала, що безпосереднім об'єктом відносин взаємодопомоги є життя і здоров'я особи [3, с. 46], А. А. Піонтковський, В. Д. Меньшагін — життя та здоров'я особи, яка перебуває в безпорадному стані [6, с. 140; 7, с. 319].

Натомість І. І. Горелік доходить висновку, що безпосереднім та найголовнішим об'єктом відносин взаємодопомоги є життя людини [8, с. 4]. Прихильники наведеної теорії іноді цю думку уточнюють, вказуючи, що таким об'єктом є «життя особи, як загрожує серйозна небезпека» або «життя, якому загрожує реальна небезпека».

Метою написання статті є дослідження ознак відносин взаємодопомоги та особливостей кримінально-правової охорони таких відносин.

Виклад основних положень. У суспільстві, в якому ми живемо, завжди були і будуть групи індивідів, які мають візичні і психічні недоліки. Без сторонньої допомоги вони приречені на загибель. Простіше кажучи, без взаємодії і взаємної підтримки людей людство не зможе забезпечувати собі нормальні умови існування і відтворення. Саме через цю причину в будь-якому цивілізованому суспільстві існує система відносин, яка передбачає турботу про людей, що опинилися в складній ситуації і насамперед — у критичному становищі. Ця система розрахована не тільки на негайну реакцію в подібній ситуації з боку держави як суб'єкта, що має найбільші можливості, але й активну участь членів соціуму, на яких цілком справедливо також покладається обов'язок та певна частка відповідальності.

Принцип взаємодопомоги вже багато століть закріплений в системі правил людського гуртожитку, що, безперечно, підтверджує його найважливіше значення для суспільства. З точки зору моралі завжди вважалася нормою допомога сильного слабкому, підтримка дорослими дітьми старих батьків і т. д. Також визнавалося аморальним та заслуговуючим загального осуду залишення умираючого у важкому, небезпечному для життя стані, товариша — в біді тощо. З позиції етики завжди вітався прояв уваги до проблем як близьких, так і зовсім сторонніх людей, незалежно від обстановки і різниці в їх соціальному статусі, а пожертвування собою заради порятунку інших розглядалося як героїчний вчинок і ставилося в приклад всім громадянам та наступним поколінням [2, с. 47].

При розгляді відносин взаємодопомоги в правовій площині необхідно попередньо вирішити низку питань, які принципово впливають на вибір засобів і способів їх регулювання, а також на характер і міру державного примусу за відхилення від даної законодавчо закріпленої поведінки. Передусім, потрібно виявити ознаки перебування людини в стані, що вимагає надання допомоги ззовні, і встановити роль особи, яка надає її, в майбутній долі потерпілого.

На наш погляд, відносини взаємодопомоги можна трактувати як діяльність з надання особам допомоги різноманітного характеру, яка побудована на принципах гуманізму і взаємної поваги між людьми. За своєю моральною складовою вони охоплюють дуже широке коло життєвих си-

туацій, стосуються всіх галузей життєдіяльності людини і всіх випадків знаходження її у скрутному становищі. Сюди можна віднести не тільки обстановку, в умовах якої є загроза заподіяння шкоди життю і здоров'ю, а також й безпечні за своїм характером хвороби, фізіологічні розлади, депресії, нервові зриви, складні фінансові умови, соціальну ізольованість і т. д.

Зрозуміло, що багато з них не можуть виступати підставою для покладання обов'язку надання допомоги іншим особам з точки зору права, оскільки більшість з таких неприємностей звичайно супроводжують життєвий шлях кожної людини і кожна нормальна доросла людина сама цілком здатна і повинна вжити необхідних зусиль для їх усунення. Раніше ця позиція зазнала б жорсткої критики, проте немає сенсу заперечувати той факт, що домогтися поліпшення добробуту або, наприклад, завоювання поваги суспільства можна тільки за допомогою цілеспрямованої планомірної праці, і ніщо інше, крім як власне старання, не приведе до необхідного позитивного результату. В іншому випадку людство стане настільки слабким, що зовсім не зможе протистояти звичайним природним негативним процесам і явищам, які супроводжують його буття і еволюцію.

Отже, можна зробити висновок, що в юридичному сенсі до відносин взаємодопомоги доцільно зараховувати тільки відносини, пов'язані з наявністю труднощів певного роду, які стосуються не всіх, а тільки життєво важливих інтересів людини, коли питання ставиться не про якийсь високий рівень її існування, а про сам факт існування і стосується в першу чергу її життя та здоров'я. В інших випадках вчинення названих дій слід визнавати особовою справою кожного, залежних від її індивідуального бажання, і оцінювати це лише з моральної позиції.

Втручання ззовні при відносинах взаємодопомоги повинно відповідати вимогам складності стану, в якому опинилася особа, і бути адекватним в тій обстановці, в якій знаходяться безпосередні учасники. Таке втручання обґрунтовано, коли без сторонньої допомоги людина не здатна зупинити розвиток ситуації, яка може спричинити заподіяння значної шкоди. При цьому сам процес має невідворотний характер.

Таким чином, надання допомоги, на наш погляд, повинно мати риси необхідності, бути обов'язковою умовою запобігання подальшому негативному розвитку подій і настанню істотних шкідливих наслідків.

Справа в тому, що зобов'язання особи надавати допомогу іншій людині, яка потрапила у скрутне становище без його безпосередньої участі і не з його вини, тобто самостійно або з волі випадку, вступає в протиріччя з особистими інтересами допомагаючого, якому доводиться жертвувати ними заради інтересів іншої особи. Треба сказати, дискусія про це має досить давню історію. Тим не менш головним принципом права в демократичному суспільстві, який на даний момент закріплений в законодавстві практично всіх країн, є визнання прав і свобод людини найвищою цінністю держави [5, с. 126]. При цьому закон йде по шляху вирішення в житті і діяльності людини всього того, що не заборонено, і схиляється в бік максимального розширення свобод людини і мінімального обмеження її прав, які допуска-

ються лише в крайніх випадках. Цілком природно, що кожна людина може сама розпоряджатися своїм духовним і фізичним потенціалом, робити те, що вона вважає за потрібне, виходячи, перш за все, з власних потреб.

З урахуванням даної обставини досить непросто визначити, коли і в якій мірі можна втручатися у сферу особистих інтересів людини у зв'язку з необхідністю надання допомоги іншій особі та обмеження кола її прав і свобод. Наприклад, законодавець у певних випадках допускає обмеження прав громадянина, що пояснюється необхідністю захисту найбільш важливих суспільних інтересів і, перш за все, інтересів нації. Наприклад, ст. 15 Конвенції про захист прав людини та основних свобод, що встановлює норми відступу від зобов'язань щодо забезпечення прав і свобод людини, допускає застосування обмежувальних заходів стосовно останніх при наявності надзвичайних обставин. Перелік таких обставин не наводиться, але їх сенс цілком очевидний: наявність загальної небезпеки, що загрожує масштабними руйнівними наслідками.

Названі права повинні бути обов'язково підкріплені гарантіями. У зв'язку з цим вони породжують відповідні обов'язки щодо здійснення дій, спрямованих на забезпечення їх реалізації. Саме держава бере на себе гарантії щодо їх забезпечення, що відображено в Конституції України.

Співвідношення зазначених обов'язків та невід'ємних прав і свобод особи, зумовлених природними індивідуальними потребами, а також встановлення їх рамок стосовно випадків надання взаємодопомоги повинні будуватися виходячи з принципу справедливості. При цьому необхідно в рівній мірі враховувати як суттєвий зміст конкретного виду права і його цінність, так і характер і ступінь заподіяння можливої шкоди особі, яка перебуває у тяжкому становищі.

Узагальнюючи вищесказане, виділимо підстави встановлення юридичних обов'язків і обмежень у сфері відносин взаємодопомоги. До них, на наш погляд, відносяться:

- 1) перебування людини в ситуації, яка загрожує її життю і здоров'ю;
- 2) критичний характер ситуації, наявність неминучої загрози заподіяння істотної шкоди;
- 3) особа не здатна або не має можливості самостійно запобігти настанню наслідків, у зв'язку з цим допомога ззовні носить необхідний характер.

Висновки. Розглядаючи відносини взаємодопомоги в кримінально-правовому аспекті, необхідно загострити увагу на ряді обставин. Кримінальне право — це специфічна галузь права, що охороняє визначене коло найбільш важливих суспільних відносин. Сфера його регулювання передбачає більш серйозний вид відповідальності, пов'язаний із застосуванням набагато суворіших заходів державного примусу до порушника. Крім того, його дія поширюється лише на випадки поведінки, наслідки яких є не просто шкідливими або аморальними, а суспільно небезпечними.

Іншими словами, потрапляючи в площину кримінального права, форма відносин взаємодопомоги зазнає суттєвих перетворень, які стосуються їх якісних і кількісних показників, меж дозволів і заборон. Ці обставини не можна ігнорувати. У зв'язку з цим потрібна додаткова конкретизація на-

званих відносин з уточненням ознак, що їм властиві. До таких ознак, на наш погляд, слід віднести:

а) безпосередній конструктивний зв'язок з конкретним видом суспільних відносин, сформованих з приводу основних благ та інтересів особи, суспільства і держави;

б) наявність стану, що загрожує життю чи здоров'ю людини, яка потребує допомоги;

в) наявність встановленого законом обов'язку піклуватися про іншу людину, яка впливає із соціально-публічних відносин, родинних зв'язків або особистої близькості.

Враховуючи викладене, можна сформулювати кримінально-правове визначення відносин взаємодопомоги. Під ними слід розуміти відносини з надання допомоги іншій особі, яка перебуває в небезпечному для життя чи здоров'я стані, що впливає з встановленого законом обов'язку піклуватися про неї, зумовленого родинними чи особистими зв'язками або виконанням державних функцій.

Список літератури

1. Файнберг Л. А. У истоков социогенеза: от стада обезьян к общине древних людей / Л. А. Файнберг; ред. А. П. Окладников. — М. : Наука, 1980. — 152 с.
2. Хайкин Я. З. Структура и взаимодействие моральной и правовой систем / Я. З. Хайкин. — М. : Наука, 1972. — 193 с.
3. Рашковская Ш. С. Преступления против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности / Ш. С. Рашковская. — М. : ВЮЗИ, 1959. — 126 с.
4. Нерсесянц В. С. Право в системе социальной регуляции / В. С. Нерсесянц; — М. : Наука, 1986. — 139 с.
5. Лукашук И. И. Взаимодействие международного и внутрисударственного права в условиях глобализации / И. И. Лукашук // Журн. рос. права. — 2002. — № 3. — С. 117–119.
6. Пионтковский А. А. Курс советского уголовного права / А. А. Пионтковский. — М. : Наука, 1971. — Т. 5. — 678 с.
7. Меньшагин В. Д. Советское уголовное право : учебник для юрид. шк. / В. Д. Меньшагин, З. А. Вышинская; Всесоюзный ин-т юридических наук Министерства юстиции СССР. — М. : Госюриздат, 1950. — 520 с.
8. Горелик И. И. Ответственность за оставление в опасности по советскому уголовному праву / И. И. Горелик. — М. : Государственное издательство юридической литературы, 1960. — 72 с.

Р. В. Стойловский

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, Украина

ОТНОШЕНИЯ ВЗАИМОПОМОЩИ В ПРАВЕ И ИХ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ

Резюме

В статье: исследованы актуальные проблемы отношений взаимопомощи; проанализированы признаки данных отношений; конкретизированы права, обязанности и ограничения субъектов; проводятся разграничения видов объекта данных отношений; рассматриваются ограничения и обязанности субъектов с уголовно-правовой позиции.

Ключевые слова: отношения взаимопомощи; права, обязанности и ограничения субъектов; уголовно-правовая позиция.

R. V. Stoylovskiy

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Administrative and Commercial Law
Frantsuzskiy boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

RELATIONS OF MUTUAL HELP IN LAW AND THEIR CRIMINAL LAW ENFORCEMENT

Summary

This article is about current problems of mutual help in relations. The features of these relations were analyzed, also specify the rights, obligations and limitations of subjects, a distinction of species object data relationships. This article examines the limitations and obligations of subjects from criminal legal position.

Key words: relations of mutual help; rights, obligations and limitations of subjects; criminal legal position.

УДК 349.2

І. І. Назаревич

аспірант

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,

кафедра цивільно-правових дисциплін

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65000, Україна

ОСНОВОПОЛОЖНІ ПРИНЦИПИ У СФЕРІ ПРАЦІ ЗА ПРОЕКТОМ ТРУДОВОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

У статті досліджується система основних принципів правового регулювання трудових відносин за проектом Трудового кодексу України. Здійснюється аналіз даної системи на предмет відповідності її основоположним принципам і правам у сфері праці, проголошеним в актах Міжнародної організації праці.

Ключові слова: принципи права, основні принципи трудового права, основоположні принципи і права у сфері праці.

Постановка проблеми. Основоположні принципи права є однією з найважливіших проблем юриспруденції. Адже саме ці принципи лежать в основі права, утворюють його так званий фундамент, саме на них ґрунтується право як загальнообов'язковий соціальний регулятор.

Основоположні принципи права мають зв'язок з переважною більшістю загальнотеоретичних понять, вони виражають найважливіші цінності, що притаманні системі права. З урахуванням принципів та на їх підставі формуються норми, інститути й галузі права, також видаються юридичні акти, здійснюється весь процес правового регулювання. Основоположні принципи являють собою втілення нерозривних зв'язків між минулим, теперішнім та майбутнім правової системи. Вони так чи інакше відіграють роль у засадах правотворчості, правозастосування, тлумачення права та ін. Принципи відображають дух права, саме тому вони повинні бути так званим об'єктом особливої уваги правознавців.

У сучасний період рівень дослідженості основоположних принципів не відповідає потребам юридичної теорії та практики. Свою думку та занепокоєння з приводу невизначеності природи принципів права висловлюють представники як західної, так і пострадянської юридичної науки.

Немає достатньої ясності в питанні щодо конкретного змісту більшості принципів, що включені до тих чи інших переліків. Неоднозначність змістовної характеристики справедливості, рівності, свободи, гуманізму, верховенства права та ін. відбивається в юридичній практиці, обумовлює численні проблеми при функціонуванні правової системи.

Необхідним є загальнотеоретичний аналіз широкого кола питань, пов'язаних з основоположними принципами права. При цьому особливу увагу потрібно звернути на їх змістовну характеристику, внаслідок чого

кожний принцип буде представлений як сукупність конкретних вимог, що повинні знайти практичне втілення під час правотворчості і правозастосування.

У теорії права не вироблено єдиного підходу до визначення поняття принципу, а також до розуміння його ролі в регулюванні суспільних зв'язків. Наука трудового права в цьому випадку не є винятком. Проблема принципів трудового права залишається однією з найбільш дискусійних у теорії трудового права.

Виявлення правових принципів має як теоретичне, так і практичне значення. Як керівні ідеї, принципи мають важливе значення для ефективного функціонування всієї системи норм кожної галузі права, в тому числі трудового права. Принципи визначають суть майбутніх правових норм, оскільки за їх допомогою також формулюється новітній державний підхід до правового регулювання трудових відносин. Принципи, які досить чітко і правильно сформульовані, дозволяють усунути прогалини у законодавстві при застосуванні правових норм.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Принципи права у радянській правовій науці розглядалися у наукових працях із загальної теорії права: Л. С. Явича, М. І. Байтіна, Р. Л. Іванова, Г. Г. Шмельової, Є. А. Лукашової, В. С. Нерсесянца, П. М. Рабіновича, М. І. Дембо, С. С. Алексєєва та представників науки трудового права: О. В. Смирнова, В. І. Нікітінського, В. І. Прокопенка, Р. З. Лівшиця та ін.

Дослідженню окремих проблем принципів трудового права у сучасний період присвячено праці таких науковців, як: О. Т. Барабаш, Н. Б. Болотіна, В. Я. Бурак, К. М. Гусов, Д. О. Карпенко, В. М. Толкунова, С. П. Маврін, В. І. Миронов, П. Д. Пилипенко, Г. І. Чанишева, Н. М. Хуторян та ін.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження основоположних принципів у сфері праці, закріплених у проекті Трудового кодексу України.

Виклад основних положень. У науці трудового права основні принципи визначаються як вихідні ідеї (засади), що визначають сферу його дії, порядок встановлення прав та обов'язків суб'єктів, гарантії захисту їх прав та законних інтересів. Адже саме слово «принцип» (від лат. *principium* — початок, основа) як загальнонаукова категорія означає: а) основне вихідне положення будь-якої теорії, вчення, науки, світогляду і т. ін.; б) внутрішнє переконання самої людини, що визначає її ставлення до дійсності, норми поведінки та діяльності.

З давніх часів принцип вважався основою, тобто фундаментом будь-якої соціальної системи, у тому числі правової, вимоги якого поширювалися на всі явища, що належали до цієї системи. Вони не формулюють конкретних прав і обов'язків і не завжди забезпечені конкретними законодавчими санкціями, але все ж від того, на яких принципах заснований правовий порядок, можна досить впевнено судити про характер самої держави (демократична, тоталітарна тощо).

У літературі, як науковій, так і навчальній, принципи характеризуються як загальні вимоги до суспільних відносин та їх учасників, а також як вихідні керівні засади, що виражають сутність права і впливають з ідей

справедливості й свободи, а також визначають загальну спрямованість і найважливіші риси діючої правової системи.

Л. С. Явич писав, що принципи — це вихідні, відправні теоретичні положення того чи іншого виду людської діяльності, які є важливим організуючим і спрямовуючим началом, що забезпечує досягнення певних цілей [1, с. 114]. Отже, можна говорити про те, що принципи права — це такі засади, вихідні положення, на яких ґрунтується право як система норм. Вони є основою права.

Необхідно також звернути увагу на те, що принципи права є не тільки правовою, а ще й філософською і соціологічною категоріями. Неоднозначне розуміння принципів права сягає ще в далеке минуле. Школа природного права трактувала принципи як визначені моральні норми, на які спирається суспільний лад. Історико-правова школа сформулювала протилежне визначення, за яким принципи права необхідно шукати в текстах правових норм шляхом аналізу та міркувань. Виходячи з цього, виділяються принципи нормативного характеру та принципи постулатного характеру, тобто провідні ідеї правової галузі (висхідні положення, сформульовані щодо законодавця та органів, що застосовують право).

Найбільш поширеним в юридичній літературі є висновок про те, що принципи права — це результат людської діяльності, що їх джерелом є сфера ідеології і, щоб одержати статус принципів права, певні керівні положення мають бути відображені у самому праві, у змісті норм права.

У різних правових системах принципами права визнаються різні основоположні правові приписи: вічність, незмінність, універсальність, незаперечність божественних норм шаріату (мусульманське право), справедливість, тобто «підпорядкування права велінням справедливості у тому вигляді, як останню розуміють у певну епоху і певний момент», «вище право» (романо-германське право), право, що ґрунтується на розумі, природній справедливості, «добра совість», заборона зворотної сили закону, захист прав людини (англосаксонське право).

Принципи права є й історичною категорією, яка змінюється разом з реальною дійсністю, яку вона відображає. Адже не може бути вічних принципів права, про що писав О. В. Смирнов, заперечуючи позицію представників школи природного права [2, с. 22]. Як відзначав М. Г. Александров, сутність радянського права як права соціалістичного типу розкривається передусім в його основних принципах [3, с. 38]. Принципи права, на думку багатьох вчених, за своїм походженням і природою є категорією суб'єктивного порядку. Так, як і саме право, принципи права є породженням суспільної свідомості, і тут визначити, що у цьому взаємозв'язку є первинним, а що вторинним — право чи його принципи, досить важко.

Найбільш поширена позиція полягає в тому, що принципи права не можуть існувати поза правом, поза його системою, а тому вони є вторинними стосовно норм права. Так, принципами права вважаються тільки такі ідеї, основи, які закріплені в правових нормах. Отже, спочатку право, а потім його принципи. Принципи сприяють правильному пізнанню і застосуванню норм права, виступають основою для законодавчої практики, для

підготовки, розроблення і встановлення відповідних їм за змістом правових норм та їх удосконалення. Як і норми права, принципи права мають регулятивний характер, вміщують певний наказ, припис, регулюють поведінку.

Принципи права вносять одноманітність у всю систему юридичних норм і забезпечують єдність правового регулювання суспільних відносин. Але все ж таки принцип є не тільки основним вихідним положенням будь-якої наукової системи, теорії або ідеологічного напрямку, а й особливістю, що покладається в основу створення або здійснення чого-небудь, способом створення або здійснення чогось. Разом з розвитком суспільного буття також розвивається і право, яке має ефективно регулювати динамічні суспільні відносини. Тому принципи мають відображати як властивості відносин у їх статичному стані, так і служити основою для формування нових нормативних приписів, адекватних розвитку суспільних відносин відповідної галузі права.

Отже, узагальнюючи вищесказане, слід дійти висновку, що принципи — це такі правові явища, які безпосередньо пов'язують зміст права з його соціальними основами. Вони є такими основами права, які відповідають характеру суспільних відносин, економічним, політичним, ідеологічним процесам, що відбуваються у суспільстві. Саме така залежність зумовлює характер правотворчості, зміст правових норм, способи й методи реалізації права. Звідси можна зробити висновок про первинність виникнення, що не право (у його загальносоціальному значенні) визначає свої принципи, а, навпаки, принципи права визначають сутність права, і, отже, вони є первинними стосовно юридичного права.

Однією з не менш важливих ознак принципів права є спосіб їх вираження у праві. Розрізняють два способи вираження принципів права: безпосереднє формулювання їх у нормах права (текстуальне закріплення) і виведення принципів права зі змісту нормативно-правових актів (змістове закріплення).

Так, текстуальне закріплення принципів права можна знайти, наприклад, у Конституції України (ст. 1, 3, 6, 8, 15, 19 та ін.) [4], яка проголошує принципи суверенності і незалежності, демократичності і соціальної держави, визнання людини найвищою соціальною цінністю, поділ державної влади на законодавчу, виконавчу та судову, верховенство права тощо; в Законі України «Про Конституційний Суд України» (ст. 4) [5], в якому передбачається, що діяльність Конституційного Суду України ґрунтується на принципах верховенства права, незалежності, колегіальності, рівноправності суддів, гласності, повноті і всебічності розгляду справ та обґрунтованості прийнятих ним рішень тощо.

Змістове закріплення являє собою виведення принципів зі змісту норм права. Такі принципи є більш абстрактними, за їх допомогою можна регулювати найбільш загальні суспільні відносини. Вони виражають загальні напрямки і тенденції правового регулювання.

Ще однією ознакою принципів є цілеспрямованість, правові принципи виражають сутність норм трудового права в динаміці під час вирішення

завдань, які стоять перед галуззю або правом у цілому. Принципи виступають більш-менш чіткими орієнтирами вірного застосування норм трудового права.

Що стосується основних принципів трудового права, то їм властиві усі особливості принципів права, про які йшлося вище. Принципи трудового права є галузевим різновидом принципів права в цілому.

Основні принципи трудового права за спрямованістю можна умовно об'єднати в три групи, кожна з яких базується на таких основних джерелах трудового права, як Конституція України та КЗпП України.

Перша група містить принципи, що сприяють залученню до праці, забезпеченню зайнятості й раціональному використанню робочої сили. Друга група об'єднує принципи, спрямовані на забезпечення високого рівня умов праці й охорони трудових прав. Третя група включає принципи, що розкривають сутність виробничої демократії та сприяють розвиткові особистості працівника в процесі праці.

Кожний з основних принципів трудового права, таких як: свобода праці та зайнятості, захист від безробіття, рівноправність у праці, справедлива винагорода за працю, охорона праці, право на відпочинок, професійну підготовку, захист трудових прав, право на виробничу демократію, право роботодавця вимагати від працівника виконання обов'язку сумлінної праці тощо, належно спрямований і наповнений відповідним змістом.

Першу групу складають три основних принципи трудового права:

– свобода праці й зайнятості, заборона примусової праці (ст. 43 Конституції України, статті 5, 21, 49–4 КЗпП України [6]);

– право на працю, захист від безробіття, допомога в працевлаштуванні та матеріальна підтримка безробітних (ст. 43 Конституції України, статті 2, 5, глави III та III-A КЗпП України);

– рівноправність у праці й зайнятості, заборона дискримінації в праці (ст. 24 Конституції України, статті 2, 2і КЗпП України).

Друга група основних принципів трудового права, на відміну від першої, де говориться про правове забезпечення виникнення трудових відносин, об'єднує ті основні принципи, які реалізуються за наявності трудових правовідносин. До цієї групи можна віднести такі принципи:

– захист трудових прав. Цей принцип забезпечується нормами таких інститутів: а) нагляд і контроль за додержанням трудового законодавства; б) повноваження профспілок і трудових колективів; в) трудові спори;

– справедлива винагорода за виконану роботу. Правове забезпечення здійснюється нормами інститутів: а) оплата праці; б) гарантії і компенсації;

– право на відпочинок. Правове забезпечення цього принципу здійснюється нормами таких інститутів: а) робочий час; б) час відпочинку; в) поєднання роботи з навчанням;

– охорона праці. Правове забезпечення цього принципу здійснюється нормами таких інститутів: а) трудовий договір (прийняття на роботу, переведення на іншу роботу); б) охорона праці як загальний інститут, і в тому числі як посилена охорона праці жінок та молоді, контроль за охороною

праці; в) норми матеріальної відповідальності роботодавця за шкоду, заподіяну працівникові.

До третьої групи належать такі принципи:

– безплатна професійна підготовка, перепідготовка й підвищення кваліфікації. Правове забезпечення цього принципу здійснюється нормами таких інститутів: а) працевлаштування і зайнятість населення; б) трудовий договір; в) робочий час; г) оплата праці;

– виконання трудових обов'язків сторонами трудового договору. Правове забезпечення цього принципу здійснюється нормами таких інститутів: а) трудова дисципліна; б) трудовий договір (дисциплінарні звільнення); в) матеріальна відповідальність сторін трудового договору за заподіяну шкоду; г) розгляд трудових спорів.

У цей час в Україні відбувається реформування трудового законодавства, одним із найважливіших завдань якого є прийняття нового Трудового кодексу України. Проект Кодексу прийнято у першому читанні [7].

Вперше у ст. 3 проекту ТК України визначено основні засади правового регулювання трудових відносин, передбачено, що правове регулювання трудових та пов'язаних з трудовими відносин здійснюється на таких засадах: 1) свободи праці, що включає право на працю, яку кожен вільно обирає або на яку вільно погоджується; 2) заборони примусової праці; 3) заборони дитячої праці; 4) заборони дискримінації у сфері праці та забезпечення особам, які зазнали такої дискримінації, права на звернення до суду щодо визнання факту дискримінації та її усунення, а також відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок дискримінації; 5) забезпечення повної зайнятості працівників та їх захисту від безробіття; 6) забезпечення права працівників і роботодавців на свободу об'єднання для захисту своїх прав та інтересів; 7) поєднання державного і договірного регулювання трудових відносин; 8) рівності прав і можливостей працівників, у тому числі гендерної рівності, шляхом забезпечення єдності та диференціації умов праці; 9) забезпечення працівникам державних гарантій у сфері праці; 10) гарантування працівникам своєчасної та в повному розмірі виплати заробітної плати, що забезпечує достатній життєвий рівень для них та їхніх сімей; 11) створення належних, безпечних і здорових умов праці та відпочинку; 12) створення працівникам рівних можливостей щодо їх професійного зростання, підготовки, перепідготовки і підвищення кваліфікації; 13) забезпечення права працівників на загальнообов'язкове державне соціальне страхування; 14) гарантування права на вирішення індивідуальних і колективних трудових спорів, у тому числі забезпечення права працівників на страйк; 15) забезпечення судового захисту трудових прав, честі та гідності учасників трудових відносин; 16) здійснення нагляду і контролю за дотриманням трудового законодавства; 17) сприяння веденню колективних переговорів з метою укладання колективних договорів і угод; 18) захисту від незаконного звільнення; 19) забезпечення права працівників на участь в управлінні юридичною особою-роботодавцем.

Україна, яка є членом МОП з 1954 року, бере на себе зобов'язання, які випливають вже із самого факту членства в організації, дотримуватися,

змцнювати та реалізовувати добросовісно та відповідно до Статуту принципи, що стосуються визначених у Декларації МОП основних принципів та прав у світі праці, ухвалених Міжнародною конференцією праці на її вісімдесят шостій сесії в Женеві 18 червня 1998 року [8]: 1) свобода асоціації та реальне визнання права на ведення колективних переговорів; 2) скасування усіх форм примусової чи обов'язкової праці; 3) реальна заборона дитячої праці; 4) недопущення дискримінації у сфері праці та занять.

У ст. 3 проекту ТК України знайшли відображення усі чотири основоположних принципи у сфері праці, проголошені Декларацією МОП від 18 червня 1998 року.

Позитивною новелою проекту ТК України є те, що в ньому прямо визначені та закріплені такі важливі засади трудового права, як недопущення дискримінації у сфері праці та заборона примусової праці. Конвенція МОП 1951 року про рівну винагороду чоловіків і жінок за рівноцінну працю (№ 100) [9] та Конвенція 1958 року про дискримінацію в галузі праці та занять (№ 111) [10] забороняють будь-яку дискримінацію у сфері праці. Положення зазначених конвенцій втілені у ст. 4 проекту ТК України, якою забороняється будь-яка дискримінація у сфері праці, зокрема порушення принципу рівності прав і можливостей, пряме або непряме обмеження прав працівників залежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, віку, стану здоров'я, інвалідності, сексуальної орієнтації, підозри чи наявності захворювання на ВІЛ/СНІД, сімейного та майнового стану, сімейних обов'язків, місця проживання, членства у професійній спілці чи іншому об'єднанні громадян, за мовними або іншими ознаками, не пов'язаними з характером роботи або умовами її виконання.

У чинному законодавстві чітко не закріплене визначення примусової праці. У ст. 43 Конституції України міститься положення щодо заборони використання примусової праці, але діючий КЗпП не дає визначення примусової праці, хоча деякі його положення забороняють її. Україна ратифікувала основоположні Конвенції МОП 1930 року про примусову чи обов'язкову працю (№ 29) [11] та 1957 року про скасування примусової праці (№ 105) [12], положення яких відображено в окремій статті проекту ТК України, що забороняє примусову працю. До переваг законопроекту можна віднести закріплення визначення робіт, що не вважаються примусовою працею:

- військова або альтернативна (невійськова) служба, якщо робота має суто військовий чи службовий характер;
- робота, яку виконує особа за вироком чи рішенням суду за умови, що вона виконується під наглядом і контролем відповідного органу державної влади;
- робота, що виконується відповідно до законів про воєнний і надзвичайний стан.

Висновки. Таким чином, принципи права являють собою суть тієї чи іншої системи права. Зазвичай, принципи права можуть бути прямо закріплені у законодавчих актах або ж виводитись зі змісту правових норм.

Принципи трудового права як основоположні засади, керівні ідеї мають важливе значення для ефективного функціонування всієї системи норм цієї галузі права.

Під принципами трудового права України потрібно розуміти закріплені у нормах або такі, що виводяться з них, основні і керівні положення, які відображають найбільш істотні риси змісту і застосування норм трудового права та напрями його подальшого розвитку.

Принципам трудового права властиві такі ознаки: об'єктивна обумовленість, регулятивний характер принципів права, взаємоузгодженість, системність, універсальність, загальнозначущість та визначеність предмета правового регулювання.

Основою для трудового законодавства повинен стати конституційний принцип пріоритету прав і свобод людини, який повинен знаходити свій прояв у всіх інститутах трудового права. Принцип рівності всіх перед законом і судом знаходить подальший розвиток у галузевому принципі забезпечення рівності всіх працездатних громадян у трудових правах і особливий державно-правовий захист трудових прав жінок, молоді, інвалідів. Принцип недопущення дискримінації у сфері праці доповнює принцип рівноправності у праці.

Проблема принципів трудового права є не лише важливою, вона вимагає чимало зусиль від дослідників, так як необхідно звести воедино і права людини, і досягнення загальної теорії права і проаналізувати весь масив трудового законодавства і, нарешті, реальні економічні можливості держави.

Перевагою проекту ТК України є закріплення у ст. 3 основних засад правового регулювання трудових відносин. Перелік основних принципів, передбачених у даній статті, відповідає міжнародним трудовим стандартам, зокрема, Декларації МОП про основоположні принципи і права у сфері праці від 18 червня 1998 року та 9 фундаментальним конвенціям МОП, в яких проголошуються зазначені принципи.

Список літератури

1. Явич Л. С. Право и общественные отношения (Методологический аспект проблемы) // Проблемы теории социалистического государства и права. — М., 1977. — 140 с.
2. Трудовое право: Учебник / Отв. ред. проф. О. В. Смирнов. — М. : Статус ЛТД+, 1996. — 384 с.
3. Советское трудовое право / Под ред. Н. Г. Александрова. — М. : Юрид. лит., 1972. — 576 с.
4. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
5. Про Конституційний Суд України: Закон України від 16 жовтня 1996 року № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 49. — Ст. 272.
6. Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1971. — (Додаток до № 50). — Ст. 375.
7. Проект Трудового кодексу України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46746. — Назва з екрану.
8. Декларація МОП основоположних принципів та прав у сфері праці : ухвалена на 86-й сесії МОП 18 черв. 1998 р. // Конвенції та рекомендації, ухвалені Міжнародною організацією праці. — Женева, 2001. — Т. 2 : 1965–1999. — С. 1529–1532.

9. Конвенція Міжнародної організації праці про рівне винагородження чоловіків і жінок за рівноцінну працю № 100 від 6 червня 1951 року (ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 10 серпня 1956 року) // Конвенції та рекомендації, ухвалені Міжнародною організацією праці: В 2 т. Т. 1 (1919–1964 рр.). — Женева, 1999. — С. 538–541.
10. Конвенція Міжнародної організації праці про дискримінацію в галузі праці та зайнятості № 111 від 4 червня 1958 р. (ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 4 серпня 1961 року) // Конвенції та рекомендації, ухвалені Міжнародною організацією праці: В 2 т. Т. 1 (1919–1964 рр.). — Женева, 2001. — С. 648–651.
11. Конвенція про примусову чи обов'язкову працю № 29 від 28.06.1930 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_136. — Назва з екрану.
12. Конвенція про скасування примусової праці № 105 від 25.06.1957 [Електронний ресурс] // Верховна Рада України. Законодавство України. — Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_013. — Назва з екрану.

И. И. Назаревич

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65000, Украина

ОСНОВОПОЛАГАЮЩИЕ ПРИНЦИПЫ В СФЕРЕ ТРУДА ПО ПРОЕКТУ ТРУДОВОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ

Резюме

В статье исследуется система основных принципов правового регулирования трудовых отношений по проекту Трудового кодекса Украины. Проводится анализ данной системы на предмет соответствия ее основополагающим принципам и правам в сфере труда, провозглашенным в актах Международной организации труда.

Ключевые слова: принципы права, основные принципы трудового права, основополагающие принципы и права в сфере труда.

I. I. Nazarevich

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy boulevard, 24/26, Odessa, 65000, Ukraine

THE BASIC PRINCIPLES AT WORK BEHIND THE DRAFT LABOR CODE OF UKRAINE

Summary

The article investigates the main principles of legal regulation of labor relations for the draft Labor code of Ukraine. This system is analyzed for compliance with fundamental principles and rights of labour, what are proclaimed in the acts of the International Labour Organization.

Key words: principles of law, the basic principles of labour law, fundamental principles and rights at work.

РЕЦЕНЗІЇ

УДК 342.9 (477)

О. І. Миколенко

доктор юридичних наук, професор
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

Т. В. Степанова

кандидат юридичних наук, доцент
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,
кафедра адміністративного та господарського права
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

РЕЦЕНЗІЯ

НА ПІДРУЧНИК «КУРС АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА. ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА / С. В. КІВАЛОВ, І. О. КАРТУЗОВА, А. Ю. ОСАДЧИЙ. — ОДЕСА : ФЕНІКС, 2014. — 342 С.»

Сьогодні писати підручник з адміністративного процесуального права вкрай складно. І проблема тут полягає не в динамічності національного законодавства, яке постійно перебуває в режимі трансформації, а в світогляді науковців, які займаються проблематикою адміністративного процесуального права в Україні. Кожен автор бачить адміністративне процесуальне право по-своєму, що в принципі є позитивним для розвитку науки, однак негативно позначається на навчальному процесі, дезорієнтуючи студентів, які лише починають вивчати відповідну навчальну дисципліну та формувати власний погляд на ті чи інші її питання.

Перед авторами підручників постає ще одна проблема, яка є загальною для всієї юридичної освіти. Це викладення в підручнику навчального матеріалу, з одного боку, в спрощеному, зрозумілому для студента вигляді, а, з другого, без скочування на примітивний рівень. Тому на полицях книжкових магазинів можна зустріти підручники, які цікаві для науковців, але не користуються попитом у студентів, і, навпаки, зручні для студентів, але неприйнятні з точки зору наукової спільноти. Отже зі студентом слід розмовляти не «мовою студента» і не професійною мовою, на якій спілкуються науковці, а мовою науки з врахуванням рівня знань студента вищого навчального закладу, чим позитивно відрізняється підручник «Курс адміністративного процесуального права України», підготовлений авторським колективом кафедри адміністративного і фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія».

Основною метою підготовленого видання є розробка належного методичного забезпечення навчального процесу, що відповідає чинному адміністративному процесуальному законодавству, та викладення у доступній для студентів формі навчального матеріалу щодо порядку здійснення адміністративного судочинства, правового статусу учасників адміністративного судочинства, доказування і доказів в адміністративному процесі, інших основних адміністративних процесуальних інститутів. Це надасть можливість студентам не тільки опанувати знання стосовно здійснення адміністративного судочинства, а й усвідомити зміни у праворозумінні суспільства, які відбулися у зв'язку з впровадженням в Україні адміністративної юстиції.

Структурна побудова підручника, яка присвячена Загальній частині адміністративного процесуального права, є оптимальною і свідчить про намагання авторів логічно об'єднати і всебічно висвітлити загальнотеоретичні засади адміністративного процесуального права (принципи адміністративного процесуального права, адміністративну юрисдикцію, учасників адміністративного процесу, заходи процесуального примусу тощо).

Введення та широке використання у Вищих навчальних закладах України тестової системи оцінки знань студентів негативно позначилися як на їх рівні знань, так і на рівні викладу змісту матеріалу в підручниках чи навчальних посібниках. Керуючись побажаннями студентів, велика кількість авторів намагаються конструювати зміст підручників та навчальних посібників за спрощеним варіантом — без висвітлення альтернативних думок вчених відносно існуючих правових явищ, без обґрунтування структури підручника чи навчального посібника, дублюючи положення чинного законодавства без будь-яких пояснень тощо. Зрозуміло, що такий виклад матеріалу для студентів є прийнятним, бо ознайомлення з дисципліною потребує менше інтелектуальних затрат та й менше часу витрачається на підготовку до іспиту чи заліку. Але такий спрощений (примітивний) підхід до навчального процесу у Вищих навчальних закладах приховує в собі певні загрози, головна з яких полягає в тому, що студент не отримує комплексного уявлення про правове явище, якому присвячена навчальна дисципліна. Як наслідок, студент не набуває здатності системно мислити як в межах відповідної навчальної дисципліни, так і в цілому в межах правової системи України. Позитивні результати чи прорахунки в роботі юриста залежать не тільки від того, наскільки він уміє працювати з людьми, оперувати фактами і знає закони, бо розуміння права не зводиться лише до знання змісту законів і юридичних норм. Позитивні результати в його роботі залежать також від засвоєння всієї глибини права, його основних принципів та ідей. Тобто засвоєння права включає в себе оволодіння всіма його сторонами і характеристиками.

На цьому фоні «Курс адміністративного процесуального права України» позитивно відрізняється від інших підручників з правознавства. По-перше, підручник стисло знайомить студента з розмаїттям думок вчених, наприклад, стосовно формування та функціонування адміністративної юстиції, розуміння адміністративного процесу, місця адміністративного процесуального права в системі права України та ін. (с. 10–45). По-друге, розкриття тем в підручнику супроводжується поясненнями положень Кодексу

адміністративного судочинства України, наприклад, щодо розуміння публічного спору, який вирішується в межах адміністративного судочинства (с. 102–113), категорій «учасник процесу» і «суб'єкт процесу» (с. 171–179), обставин, які звільнені від доказування в межах адміністративного судочинства (с. 225–227) тощо. По-третє, у передмові до підручника дається обґрунтування його структури та вказівка на те, що автори цілеспрямовано уникали переобтяження підручника викладенням численних, часто протилежних наукових думок, що наведені у юридичній літературі відносно окремих теоретичних аспектів (с. 7–9).

Отже зміст підручника, його структура та мова викладання — свідчать про те, що підручник відповідає основним вимогам, які пред'являються до юридичної навчальної літератури. Викладення матеріалу у ньому є системним, аргументованим та логічним. При цьому авторський колектив керувався результатами теоретичного осмислення положень Кодексу адміністративного судочинства України, вивченням практичних тенденцій його застосування, дослідженням робіт відомих науковців у галузі адміністративного процесуального права.

Разом з тим є зауваження, які стосуються не змісту та структури підручника, а пов'язані з власним світоглядом рецензентів підручника щодо адміністративного процесу та адміністративного процесуального права.

Так на сторінках 26–27 підручника називаються дві основні концепції розуміння адміністративного процесу та, відповідно, адміністративного процесуального права — у широкому та вузькому розумінні. Зазначається, що при широкому підході предмет адміністративного процесуального права — це досить складне, багаторівневе та комплексне утворення, що ускладнює його сприйняття як цілісного явища в правовій системі України. А при вузькому підході — предмет адміністративного процесуального права за аналогією з кримінальним процесуальним та цивільним процесуальним правом набуває чітких орієнтирів та зводиться до суспільних відносин, які виникають в ході адміністративного судочинства.

Хочемо заперечити цим думкам таким чином.

По-перше, поділ норм права на матеріальні та процесуальні свого часу відбувся в умовах формування кримінального процесуального та цивільного процесуального права. Використання цієї класифікації в сучасних умовах та з врахуванням сучасного рівня юридичної науки є архаїчним. Єдиний критерій, який оправдовує існування цих двох видів норм, — це врахування специфіки суб'єкта, що здійснює правозастосовну діяльність. Тобто правозастосовна діяльність суду забезпечується процесуальними нормами, а правозастосовна діяльність інших органів державної влади та місцевого самоврядування забезпечується матеріальними чи, як їх іноді називають, матеріально-процедурними нормами. Переконані, що суб'єкт, впливаючи на особливості здійснення правозастосовної діяльності, не визначає її правову природу. Тому при характеристиці юридичного процесу та юридичної процедури, при розмежуванні матеріальних і процесуальних норм важливо зосереджуватись не на суб'єкті правозастосовної діяльності, а на змісті діяльності, яка відбувається за встановленими чинним законодавством процедурами.

Вважаємо, що за рівнем стану статички чи динаміки правові норми можна поділити на два види: 1) матеріальні — які є первинним регулятором суспільних відносин (наприклад, норми, що закріплюють правовий статус особи, систему, структуру і компетенцію державних органів та ін.) і 2) процедурні — які регламентують порядок, форми і методи реалізації матеріальних норм. Матеріальні і процедурні норми різняться між собою за змістом, який проявляється у своєрідності їх приписів. Всі приписи процедурних норм мають організаційний характер, тобто визначають найбільш доцільний порядок здійснення правотворчої, правозастосовної, правоохоронної, управлінської, установчої, контрольно-наглядової та будь-якої іншої діяльності чи порядок виникнення та зміни суб'єктивних прав і юридичних обов'язків між суб'єктами диспозитивних відносин. Це означає, що процедурними слід вважати не тільки норми, що встановлюють порядок розгляду юридичної справи в судах чи органах виконавчої влади, а і норми, які регулюють порядок документального забезпечення управління (діловодство), встановлюють порядок реалізації певних суб'єктивних прав та юридичних обов'язків (реєстрація автомобіля, реєстрація особи за місцем постійного проживання та ін.), встановлюють порядок укладання цивільно-правових договорів тощо. Матеріальні норми позбавлені організаційного характеру, вони лише констатують існування певних фактів.

Серед усієї різноманітності процедурних норм можна виділити групу норм, яка дуже виділяється серед інших та характеризується додатковими ознаками. Мова йде про процесуальні норми. Вони мають такі відмінності:

1) процесуальні норми завжди діють у сфері публічної влади, тоді як інші процедурні норми можуть реалізовуватись не тільки у сфері публічної влади, а й у приватній сфері (наприклад, процедура укладання цивільно-правового чи господарсько-правового договору);

2) процесуальні норми завжди пов'язані з правозастосовною діяльністю та забезпечують винесення правозастосовного акта, тоді як інші процедурні норми можуть існувати і поза межами правозастосовної діяльності (наприклад, процедура організації роботи з документами в органах державної влади, процедура проведення нарад, консультацій тощо);

3) процесуальні норми мають високий ступінь регламентації процедури. Тобто процесуальні норми не обмежуються лише встановленням послідовності дій. Вони: а) чітко виділяють стадії процедури і регламентують момент, з якого починається процедура, та момент, яким вона закінчується; б) визначають повноваження компетентних органів та права і обов'язки інших учасників, які необхідні для участі в процедурі; в) встановлюють гарантії реалізації цих прав, обов'язків та повноважень в межах процедури; г) визначають коло учасників на кожній стадії процедури та наділяють відповідним правовим статусом, який може змінюватись зі зміною стадії процедури; д) встановлюють строки і непохитні вимоги щодо оформлення та змісту документів, які оформлюються в межах процедури [1, с. 213–219].

Тому вважаємо, що адміністративне процесуальне право є частиною адміністративного процедурного права, яке, у свою чергу, є підгалуззю ад-

міністративного права. Предмет адміністративного процесуального права не обмежується лише відносинами, які складаються в ході розгляду публічних спорів в адміністративних судах. До його складу слід включити і відносини щодо розгляду органами адміністративної юрисдикції справ про адміністративні правопорушення.

По-друге, предмет адміністративного права і сьогодні має комплексний характер. Частина науковців взагалі стверджує, що предмет адміністративного права є складним поліструктурним утворенням, а саме адміністративне право є поліструктурним правом [2, с. 22–31]. Тому вислів стосовно того, що при широкому підході предмет адміністративного процесуального права — це досить складне, багаторівневе та комплексне утворення, що ускладнює його сприйняття як цілісного явища в правовій системі України, є, на нашу думку, мало аргументованим. Якщо керуватися запропонованою авторами підручника логікою, то адміністративне право необхідно розмежувати на декілька самостійних галузей права, бо предмет правового регулювання є громіздким комплексним утворенням. До того ж у представників адміністративного права є острах, що з визнанням самостійної галузі права «Адміністративне процесуальне право» почнеться процес розпаду адміністративного права. Вже сьогодні є праці, присвячені обґрунтуванню необхідності виділення в системі права України поліцейського права, адміністративно-деліктного права тощо.

Зазначені зауваження жодним чином не знижують загальне позитивне враження від змісту підручника та обумовлені відмінностями у світогляді авторів підручника та авторів рецензії.

З огляду на сказане, є всі підстави стверджувати, що підручник «Адміністративне процесуальне право України» сприятиме підготовці висококваліфікованих фахівців, які у практичній діяльності покликані ефективно застосовувати норми адміністративного процесуального законодавства України, забезпечуючи вирішення завдань адміністративного судочинства, захист прав і законних інтересів його учасників, інтересів суспільства і держави.

Підручник є тим виданням, що дає можливість не лише на високому науково-теоретичному рівні опанувати дисципліну «Адміністративне процесуальне право України», яка в навчальних закладах іноді називається «Адміністративне судочинство України», а також ознайомитись із новітніми тенденціями та перспективами розвитку адміністративного процесуального права як науки та елемента системи права України.

Список літератури

1. Миколенко О. І. Теорія адміністративного процедурного права : монографія / О. І. Миколенко. — Х. : Бурун Книга, 2010. — 336 с.
2. Курс адміністративного права України : підручник / В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко, І. Д. Пастух, В. Д. Сущенко [та ін.] ; за ред. В. В. Коваленка. — К. : Юрінком Інтер, 2012. — 808 с.

МАТЕРІАЛИ НАУКОВО-МЕТОДОЛОГІЧНИХ СЕМІНАРІВ З ПРАВОЗНАВСТВА

Довідка: На економіко-правовому факультеті Одеського національного університету імені І. І. Мечникова, починаючи з 1 вересня 2008 року, щомісяця проводяться науково-методологічні семінари з правознавства. Координатор: доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України І. С. Канзафарова

УДК 346.164

В. Д. Найфлейш

соискатель

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра административного и хозяйственного права
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ В ХОЗЯЙСТВЕННОМ ПРОЦЕССЕ¹

Судебная защита нарушенных прав и охраняемых законом интересов субъектов хозяйствования имеет большое значение в современных условиях реформирования судебной системы.

Недостаточное развитие правового регулирования системы общественных отношений в хозяйственной сфере, наличие большого количества нормативных актов, коллизий и пробелов в праве, недостаточный уровень сложившейся судебной практики обуславливают наличие нескольких альтернативных способов разрешения споров при коллегиальном рассмотрении дел в хозяйственных судах.

При этом каждый судья в принципе имеет право на изложение особого мнения при принятии решения в совещательной комнате. Так, по правилам ХПК Украины, любое дело может быть рассмотрено в суде первой инстанции коллегией из трех судей, если председательствующим было принято об этом соответствующее определение при наличии сложности в рассмотрении хозяйственного дела. Решение принимается большинством

¹ Доклад на заседании научно-методологического семинара по правоведению экономико-правового факультета Одесского национального университета имени И. И. Мечникова.

голосов судей. Председательствующий голосует последним. Все судьи, участвующие в рассмотрении дела, обязаны подписать решение, однако судья, не согласный с решением большинства, излагает особое мнение, которое приобщается к делу.

Инструкция по делопроизводству устанавливает, что особое мнение подписывается судьей и помещается в конверт сотрудником аппарата суда, печатывается и подлежит изучению судьями только при рассмотрении дела в апелляционной или кассационной инстанции. Информация о наличии и содержании особого мнения разглашению не подлежит. ХПК Украины содержит положение о праве изложить особое мнение и приобщении его к делу, а также ознакомлении с ним судей вышестоящих инстанций, однако вообще не содержит положений о форме, структуре особого мнения как процессуального документа.

Указанные недостатки в требованиях к оформлению особого мнения приводят к тому, что стороны вообще не уведомлены о наличии особого мнения, что, на наш взгляд, нарушает их процессуальные права. А судьи не уведомлены о результатах изучения особого мнения в вышестоящих инстанциях, что в значительной степени снижает их ответственность и мотивацию изложения особого мнения.

Исходя из сказанного, на практике минимальное количество составленных особых мнений обусловлено нежеланием судей подписывать документы, по которым не сложилась практика правоприменения и к которым не установлены определенные требования, последствия и способы реализации.

Еще одной важнейшей составляющей особого мнения является психологический аспект, который выражается в риске ухудшения отношений между коллегами при изложении особого мнения. При решении вопроса об изложении особого мнения судьи часто выбирают приоритет согласия с большинством судей коллегии, в связи с чем избегается риск ухудшения отношений в коллективе, но не выполняется одна из основных функций правосудия — защита прав и законных интересов участников процесса.

При изучении психологического аспекта судьи при составлении особого мнения следует обратить внимание на то, что решиться составить особое мнение в современных условиях может судья, который обладает особыми качествами, такими как большой жизненный и практический опыт, принципиальность, стрессоустойчивость, высокий интеллектуальный и культурный уровень.

Однако на сегодняшний день к кандидатам такие требования не предъявляются, отсутствуют соответствующие критерии тестирования интеллекта кандидатов, поэтому судьи, не обладающие вышеуказанными качествами, своими поступками, в частности и относительно особого мнения, вредят авторитету судебной власти.

Для сравнения, при рассмотрении дел в Конституционном Суде Украины излагается и публикуется значительно большее количество особых мнений, что не вызывает такого удивления, как в хозяйственном процессе.

Но при изучении иностранного опыта составления особых мнений, например в США, можно отметить, что особое мнение часто применяют с

целью выделиться из коллектива по резонансным делам, а также с целью «заработать себе имя». С другой стороны, в некоторых судах Европы причиной увольнения руководства судебных палат было частое отсутствие единогласия при принятии судебных решений.

При комплексном теоретическом и практическом исследовании института особого мнения можно сделать вывод, что особое мнение судьи является судебным актом наряду с решением, определением и постановлением, а также процессуальным документом, который подписывается судьей, а значит, должен соответствовать всем требованиям, предъявляемым к официальным документам.

При изучении вопроса, чем является особое мнение — правом или обязанностью судьи, — преимущество, безусловно, должно отдаваться обязанности. В данном аспекте особое мнение является факультативным документом альтернативного характера, от него не зависит законная сила решения, однако в случае появления у судьи правовой позиции, как предпосылки к особому мнению, возникает обязанность его изложить. Если судья проголосовал против позиции большинства в совещательной комнате, он обязан оформить особое мнение, что является гарантией защиты нарушенных прав участников процесса как одной из основных задач правосудия.

Основными задачами особого мнения являются: защита прав и интересов хозяйствующих субъектов; укрепление законности в хозяйственных отношениях; выполнение обязанности судьи вынести справедливое и обоснованное решение по делу; реализация принципа независимости судей.

Можно выделить следующие функции особого мнения как института хозяйственного процессуального права: функцию самоконтроля, которая выражается в осуществлении внутреннего контроля за законностью судебных актов; функцию разрешения спора, которая выражается в выявлении правового конфликта между судьями коллегии при принятии решения; функцию обеспечения сдержек и противовесов внутри судебной системы при вынесении решения, которая выражается в том, что, с одной стороны, сдерживается творческая индивидуальность и внутренняя свобода судьи при оглашении и изложении особого мнения, а с другой стороны, особое мнение является способом демократизации судебной системы; превентивная функция выражается в том, что хотя при вынесении решения наличие особого мнения не разглашается, однако оно учитывается при пересмотре судебного акта вышестоящими инстанциями; сигнальная (информационная) функция выражается в том, что особое мнение сигнализирует, обращает внимание на противоречия хозяйственного дела, споры между судьями коллегии при принятии решения, возможность какого-либо иного толкования или оценки доказательств по делу.

Особые мнения можно классифицировать по следующим критериям: по степени приобщения к мнению большинства — на особые мнения согласия и особые мнения несогласия; по количеству судей, подписывающих особое мнение, — на единоличные и коллегиальные; в зависимости от судебной инстанции, в которой изложено особое мнение, — на особые мнения при рассмотрении дел в местном хозяйственном суде (при коллегиальном рас-

смотрении дела), в апелляционном хозяйственном суде, в Высшем хозяйственном суде Украины и в Верховном Суде Украины; в зависимости от объекта — на особые мнения на решения, определения или постановления хозяйственного суда; по объему — на особые мнения несогласия в полном объеме или в части судебного акта; по содержанию — на особые мнения несогласия по материальным вопросам, по процессуальным вопросам или по материальным и процессуальным вопросам одновременно; по направленности — на особые мнения по сути дела и относительно процедуры принятия судебного акта; по сути резолютивной части — на позитивные и негативные.

Особое мнение хозяйственного суда должно отвечать таким требованиям, как: законность, обоснованность (мотивированность), объективность, конкретность, полнота (исчерпываемость) в пределах спорного вопроса, относительно которого не было достигнуто единогласия судебной коллегии, достоверность, процессуальная форма, категоричность, неоспоримость решения по делу, соответствие официально-деловому стилю и языку изложения.

Субъектом особого мнения может быть судья любой инстанции. В связи с этим в ХПК Украины предлагается закрепить, что «каждый судья вправе составить свое особое мнение».

Объектами составления особого мнения являются судебные решения, определения, постановления. Особое мнение может быть вынесено на судебные акты, подлежащие и не подлежащие обжалованию.

Среди предпосылок возникновения особого мнения можно выделить объективные и субъективные. К объективным предпосылкам относятся: обязательность регулирования общественных отношений нормами права; спор должен быть вынесен заинтересованным лицом на рассмотрение компетентного органа; дело было рассмотрено в хозяйственном суде и вынесен определенный судебный акт (решение, определение, постановление). Субъективными предпосылками являются следующие: данный судья является членом коллегии, рассматривающей данное хозяйственное дело; после принятия акта между членами коллегии осталась неопределенность отношений (судебный акт принят не единогласно).

Особое мнение должно состоять из вступительной, описательной, мотивировочной и резолютивной частей, которые должны раскрывать обстоятельства и ссылаться на материалы хозяйственного дела и нормативные акты только в пределах вопроса, не принятого судебной коллегией единогласно. Для усовершенствования практики составления судьями особого мнения, улучшения его формы и содержания представляется целесообразным ввести бланк особого мнения судьи.

Последствия изложения особого мнения предлагается разделить на правовые (установленные хозяйственным процессуальным законодательством) и иные (относительно целесообразности введения которых имеется дискуссия). К первым отнесены обязанность приобщения особого мнения к делу и ознакомления с содержанием особого мнения вышестоящей инстанцией во время пересмотра судебного акта, к которому изложено особое мнение.

К иным последствиям отнесены: извещение участников дела о наличии особого мнения в деле, ознакомление с особым мнением участников хозяйственного дела, учет и отчетность статистических данных относительно особого мнения, использование особого мнения в качестве основания для пересмотра судебного акта в вышестоящих инстанциях, ответственность судьи за изложение особого мнения. Предлагается установить в ХПК Украины обязанность председательствующего при оглашении судебного акта (решения, определения, постановления) указать на наличие особого мнения и на право участников ознакомиться с ним, что должно быть отражено в протоколе судебного заседания; обязанность суда вышестоящей инстанции в случае пересмотра судебного акта, к которому изложено особое мнение, в месячный срок известить судью, который его составил, о результатах пересмотра.

Указанные предложения направлены на демократизацию хозяйственного процесса и повышение гарантий реализации права на судебную защиту.

ІНФОРМАЦІЯ ДЛЯ АВТОРІВ

ПРОФІЛЬ ЖУРНАЛУ ТА ОСНОВНІ ВИМОГИ

1.1. «Вісник Одеського національного університету. Серія: Правознавство» здійснює такі види публікацій:

- 1.1.1. наукові статті;
- 1.1.2. короткі повідомлення;
- 1.1.3. матеріали конференцій;
- 1.1.4. бібліографія;
- 1.1.5. рецензії;
- 1.1.6. матеріали з історії науки.

1.2. В одному випуску один автор має право надрукувати тільки одну самостійну статтю.

1.3. Мови видання — українська, російська, англійська.

1.4. До редакції «Вісника...» подається:

1.4.1. текст статті з анотацією, надрукований на папері — 2 примірники;

1.4.2. рисунки та підписи до них;

1.4.3. резюме — 2 примірники;

1.4.4. колонтитул;

1.4.5. рекомендація кафедри або наукової установи до друку — для захищених осіб;

1.4.6. відомості про авторів;

1.4.7. відредагований і узгоджений з редколегією текст статті, записаний на диску в редакторі Word (кегель 14; відстані між рядками 1,5 інтервалу; поля сторінок — не менш 20 мм з кожного боку).

ПІДГОТОВКА СТАТТІ — ОBOB'ЯЗКОВІ СКЛАДОВІ

Оригінальна стаття має включати:

- 2.1. вступ та визначення актуальності обраної теми;
- 2.2. мету (завдання) даної роботи;
- 2.3. перелік авторів, що досліджували зазначену проблему раніше;
- 2.4. викладення основного матеріалу та результатів дослідження;
- 2.5. висновки (у разі необхідності) та визначення перспектив подальшого дослідження обраної теми;
- 2.6. анотацію (мовою статті) та резюме (двома іншими мовами);
- 2.7. ключові слова (до п'яти);
- 2.8. колонтитул.

ОФОРМЛЕННЯ РУКОПISУ. ОБСЯГ. ПОСЛІДОВНІСТЬ РОЗТАШУВАННЯ ОBOB'ЯЗКОВИХ СКЛАДОВИХ СТАТТІ

3.1. Граничний обсяг статті — 8 сторінок, 2 рисунки, 2 таблиці, 15 джерел у списку літератури.

3.2. Послідовність друкування окремих складових наукової статті має бути такою:

УДК — зліва;
ініціали та прізвище авторів (згідно з паспортом) — нижче УДК зліва;
назва наукової установи (в тому числі відділу, кафедри, де виконано дослідження);

повна поштова адреса (за міжнародним стандартом), e-mail, телефон для співпраці з авторами — *на окремому аркуші*;

назва статті. Вона повинна точно відбивати зміст дослідження, бути короткою, містити ключові слова;

анотація мовою оригіналу друкується перед початком статті після інтервалу 20 мм від лівого поля;

під анотацією друкуються ключові (основні) слова (не більше п'яти, мовою оригіналу статті);

далі йде текст статті і список літератури;

резюме друкується на окремому аркуші паперу та включає: назву статті, прізвища та ініціали авторів, назву наукової установи, слово «Резюме» або «Summary», текст резюме та ключові слова;

рисунок додаються (в окремому конверті) разом з підписами та необхідними поясненнями до них.

3.3. Другий екземпляр статті повинен бути підписаний автором (або авторами).

МОВНЕ ОФОРМЛЕННЯ ТЕКСТУ: ТЕРМІНОЛОГІЯ, УМОВНІ СКОРОЧЕННЯ, ПОСИЛАННЯ, ТАБЛИЦІ, СХЕМИ, РИСУНКИ

4.1. Автори несуть повну відповідальність за бездоганне мовне оформлення тексту, особливо за правильну українську наукову термінологію (її слід звіряти за фаховими термінологічними словниками).

4.2. Якщо часто повторювані у тексті словосполучення автор вважає за потрібне скоротити, такі абрєвіатури при першому вживанні обумовлюють у дужках.

4.3. Посилання на літературу подаються у тексті статті, обов'язково у квадратних дужках, арабськими цифрами. Цифра в дужках позначає номер праці у «Списку літератури» (див. далі «Література»).

4.4. Цифровий матеріал, по можливості, слід зводити у таблиці і не дублювати у тексті. Таблиці повинні бути компактними, мати порядковий номер; графі, колонки мають бути точно визначеними логічно і графічно.

4.5. Рисунок повинні бути представлені в двох ідентичних екземплярах, виконаних на комп'ютері (на диску — файли з розширенням tif, psx, jpg, bmp). Підписи на них повинні бути короткими, їх слід, по можливості, замінити цифрами чи буквами, які розшифровуються в підписах до них; криві нумеруються арабськими цифрами. Однотипні криві повинні бути виконані в однаковому масштабі на одному рисунку. Рекомендується застосовувати декілька масштабних шкал для об'єднання різних кривих в один рисунок. Зображення на рисунках структурних та других формул небажано. Всі ілюстрації повинні бути пронумеровані в послідовності, яка відповідає згадуванню їх у рукописі, та номерами прив'язані до підрисун-

кових підписів. На звороті рисунка позначається його порядковий номер, прізвище автора, назва статті.

4.6. При викладі результатів слід уникати повторення змісту таблиць та рисунків, а звертати увагу на найважливіші факти та певні закономірності, що з них випливають. Висновки роботи повинні відповідати меті (завданню), що була поставлена на початку роботи.

ЛІТЕРАТУРА

Список літератури друкується мовою оригіналу відповідної праці. Він оформлюється згідно з ДСТУ 7.1:2006 і повинен містити тільки назви праць, на які посилається автор. Назви праць у списку літератури розташовуються в порядку згадування.

АНОТАЦІЯ. РЕЗЮМЕ. КОЛОНТИТУЛ

Анотація (коротка стисла характеристика змісту праці) подається мовою статті, містить не більше 50 повнозначних слів і передує (окремим абзацем) основному тексту статті.

Резюме (короткий висновок з основними положеннями праці) подаються двома іншими мовами, кожне містить не більше 50 повнозначних слів і друкується на окремому аркуші.

Статті приймаються до друку після попереднього рецензування. Редколегія має право редагувати текст статей, рисунків та підписів до них, погоджуючи відредагований варіант з автором, а також не приймати рукописи, якщо вони не відповідають вимогам «Вісника ОНУ. Серія: Правознавство».

Рукописи статей, що прийняті до публікування, авторам не повертаються.

Українською, російською та англійською мовами

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації:
серія КВ № 11463-336Р від 07.07.2006 р.

Вища атестаційна комісія України визнала журнал
фаховим виданням з юридичних наук.
Постанова Президії ВАК України № 1-05/5 від 18 листопада 2009 р.

Затверджено до друку Вченою радою
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова
Протокол № 1 від 30 вересня 2014 р.

Адреса редколегії:
65082, м. Одеса, вул. Дворянська, 2
Одеський національний університет імені І. І. Мечникова

Тираж 100 прим. Зам. № 18 (144).

Видавництво і друкарня «Астропринт»
65091, м. Одеса, вул. Разумовська, 21
Тел.: (0482) 37-07-95, 37-24-26, 33-07-17, 37-14-25
www.astroprint.odessa.ua; www.fotoalbom-odessa.com
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1373 від 28.05.2003 р.

ISSN 2304-1587. Вісник ОНУ ім. І. І. Мечникова. Правознавство. 2014. Т. 19. Вип. 2 (23). 1-124.

