

EA
Eurasian Academic
Research Journal

MULTILANGUAGE SCIENCE JOURNAL

2016 №1 (01)

Yerevan 2016

EDITORIAL BOARD

Editor-in-Chief

Stefanchuk Mykola

PhD (Law), Associate Professor. Taras Shevchenko National University of Kyiv

Executive editor

Harutyunyan Robert

President of Eurasian Social Science Association

Deputy Editors

Dovhan Valerii

Doctor of Science (Public Administration), Associate Professor.
Ukrainian Doctors Assembly of Public Administration

Kalaur Ivan

Doctor of Science (Law), Associate Professor. Ternopil National Economic University

Kulnych Roman

Doctor of Science (Economics), Professor.
Khmelnitsky University of Management & Law

Editors

Etel Leonard

Doctor Habilitatus (Law), Professor.
University of Bialostok

Havryliuk Ruslana

Doctor of Science (Law), Associate Professor.
Yuriy Fedkovych Chernivtsi
National University

Hryniak Andrii

Doctor of Science (Law), Professor.
Research Institute of Private Law
and Entrepreneurship,
National Academy of Law Sciences of Ukraine

Kulnych Omelian

Doctor of Science (Economics), Professor.
Khmelnitsky University of Management & Law

Muzyka Anatolii

Doctor of Science (Law), Professor.
State Research Institute MIA of Ukraine

Muzyka-Stefanchuk Oksana

Doctor of Science (Law), Professor.
Taras Shevchenko National University of Kyiv

Patsurkivskiy Petro

Doctor of Science (Law), Professor.
Yuriy Fedkovych Chernivtsi
National University

Ruškowski Eugeniusz

Doctor Habilitatus (Law), Professor.
University of Bialostok

Stefanchuk Ruslan

Doctor of Science (Law), Professor.
Corresponding Academician
of National Academy of Legal Science

Voloshyn Yurii

Doctor of Science (Law), Professor.
Institute of Legislation of the Verkhovna Rada
of Ukraine

Babii Iryna

PhD (Economics), Associate Professor.
Khmelnitsky National University

Butenko Andrii

PhD (History), Associate Professor.
European University

Harutyunyan Lusine

MIP (Law, Intellectual Property).
Eurasian Social Science Association

Kojoyan Hripsime

PhD (Law), Associate Professor.
Russian-Armenian University

Kresin Oleksii

PhD (Law), Associate Professor.
V.M. Koretskyi Institute of State and Law,
National Academy of Sciences of Ukraine

Levkiskiy Bohdan

PhD (Law), Senior Researcher.
Research Institute of Private Law
and Entrepreneurship,
National Academy of Law Sciences of Ukraine

Rozhko Oleksandr

PhD (Economics), Associate Professor.
Institute of Postgraduate & Continuing
Education Taras Shevchenko
National University of Kiev

Sargsyan David

PhD (Law).
European Regional Educational Academy

Stepanyan Ani

PhD (Law).
Eurasian Social Science Association

Vyhovskiy Dmytro

PhD (Law), Associate Professor.
Khmelnitsky University of Management & Law

Proofreaders

Durbak Iryna, Klyuchova Lyudmila, Kovalenko Karina, Tuz Olga

© Eurasian Social Sciences Association

© Eurasian Academic Research Journal

CONTENTS

Burak V. J. The concept of an administrative protection of labor rights and legitimate interests of employees	5
Streltsova O. Preconditions and factors of constitutionalization of legal system	9
Nischymna S. O. Principles of public financial control as determinants of activity of supreme audit institutions	14
Vasiliev S. V. The phenomenon of globalization of law	20
Kuchuk A. M. Idealistic concepts of law	27
Stefanchuk M. History, reality and perspective of genesis of the theory of «dynamic capacity» in ukrainian civil science	32
Serdiuk I. A. Correlation of notion «legal act» with related categories	40
Pankevych O. Z. The restriction of fundamental rights as basic category of constitutional and legal status of a person (philosophic and legal aspects)	46
Rozgon O. V. The essence of mechanism for resolving collisions of law	53
Leshanych L. V. Implementation of Britain's successful experience into Ukrainian legislation	62
Shoshin S. V. Problems of interpretation universally recognized principles and norms of international law: russian myth or feature of international legal practice	68
Kovtun V. I. Value of civil liberties and social responsibilities of the state	75
Drobush I. V. The social function of local government in Ukraine: municipal - legal description	80
Dyminska O. Yu. Problems of coherence of EU contract law	87
Shyshka A. R. Application of alternative method when determining the legal model of civil legal relations, the object of which is the values that have a dual legal nature	93
Mendzhul M. V. Some aspects of the classification of family law principles	114
Tovpeko Y. K. Ukrainian perspective on gender identity anti-discrimination legislation development	119

CONTENTS

Burak V. J. The concept of an administrative protection of labor rights and legitimate interests of employees	5
Streltsova O. Preconditions and factors of constitutionalization of legal system	9
Ніщимна С. О. Принципи публічного фінансового контролю як визначальні засади діяльності вищих органів фінансового контролю	14
Васильєв С. В. Феномен глобалізації права	20
Кучук А. М. Ідеалістичні концепції права	27
Стефанчук М. О. Історія, стан та перспективи розвитку теорії «динамічної правоздатності» в українській цивілістичній науці	32
Сердюк И. А. Соотношение понятия «правовой акт» со смежными категориями	40
Панкевич О. З. Обмеження основних прав як фундаментальна категорія конституційно-правового статусу особи (філософсько-правові аспекти)	46
Розгон О. В. Сутність механізму вирішення колізій норм права	53
Лешанич Л. В. Впровадження позитивного досвіду Великобританії в законодавство України	62
Шошин С. В. Проблемы толкования общепризнанных принципов и норм международного права: российский миф или особенность международно-правовой практики	68
Ковтун В. И. Соотношение гражданских свобод и социальных обязанностей государства	75
Дробуш І. В. Соціальна функція місцевого самоврядування в Україні: муніципально – правова характеристика	80
Димінська О. Ю. Проблеми когерентності договірного права ЄС	87
Шишка О. Р. Застосування методу альтернативи при визначенні правової моделі цивільних правовідносин, об'єктом яких є блага, що мають подвійну правову природу	93
Менджул М. В. Окремі аспекти класифікації принципів сімейного права	114
Товпеко Я. К. Перспективи розвитку законодавства України щодо заборони дискримінації за ознакою гендерної ідентичності	119



UDC 349.22

Burak Volodymyr

*Doctor of Law, Associate Professor,
Ivan Franko National University of Lviv*

**THE CONCEPT OF AN ADMINISTRATIVE
PROTECTION OF LABOR RIGHTS AND LEGITIMATE
INTERESTS OF EMPLOYEES**

Burak V. J.

The concept of an administrative protection of labor rights and legitimate interests of employees

Abstract. Article deals with the investigation of the concept of administrative form of protection of labor rights and interests of employees. Grounded the necessity of the existence of such legal form of protection. Investigated the concept and features of an administrative protection of subjects of such protection. Subjects of protection are classified on the bodies of general and special jurisdiction. The state supervision and control after observance of labor legislation and administrative form of protection of labor rights are differentiated.

Analyzed the procedure of realization of the right of employees to an administrative protection. Attention is focused on providing legal right to administrative protection. It is alleged that administrative protection is carried out according to the procedure established by the Law of Ukraine «On citizens' appeals». Separately highlighted the activity of the Ukraine Parliament Commissioner for Human Rights, as a special type of administrative protection.

Key words: *labor rights of the employees, protection of labor rights, the right for the protection, legal forms of protection, supervision and control after observance of labor legislation, administrative protection.*

Under conditions of economical crisis in Ukraine and transition to a market economy increases the number of violations of labor rights. Therefore the problem of the protection of labor rights and legitimate interests of employees is extremely complicated and relevant.

The problems of rights protection were analyzed by the scientists in the theory of law, constitutional law, civil law, labor law and other branches of legal science. However, scientists mainly devoted their attention to the problems of judicial protection.

At the same time such an important form of legal protection of rights as an administrative protection is overlooked by the scientists. The task of the article is to define the concept of such legal form of protection as an administrative protection of labor rights and to outline the subjects of such protection and the procedure of the realization of the right to an administrative protection.

Protection of labor rights and legitimate interests of employees is carried out according to the procedure established by the Law, namely by applying the appropriate form. Legal form is a set of means, methods, actions that are aimed at achievement of appropriate purpose. The form of protection is a set of methods that are aimed at renovation, establishment and recognition of the rights and legitimate interests of individuals. The form of protection is a legal form [4.37].

The legal form of protection should be understood as established by the law procedure of activity realization of the subject of protection in order to restore the violated labor rights and legitimate interests, and to compensate caused by the violation damages [2.43].

All forms of legal protection of labor rights may be divided into jurisdictional and no jurisdictional.

Among jurisdictional forms of protection an administrative protection takes an important place. The necessity of employees is determined, firstly, by public value of this labor law institution and, secondly, by the actual aspiration of employers to minimize the costs of measures for labor protection [8.90]. To the administrative protection of labor rights scientists include the activity of bodies empowered to exercising supervision and control after observance of labor laws [3.256].

The subjects, who carry out an administrative protection of labor rights are state executive authorities and executive bodies of local self-government. All of them can be divided into two groups: the bodies of general competence and the bodies of special competence. The Cabinet of Ministers of Ukraine, central executive authorities, local governments and local administrations belong to the organs of general competence.

To the specially authorized bodies, as the subjects of administrative protection of labor rights and legitimate interests of employees belong:

- the bodies of the State Service for Labor;
- Sanitary-epidemiological bodies;
- State Nuclear Regulatory Inspectorate of Ukraine;
- the bodies of state supervision (control) of the fire, technogenic safety and civil protection;
- Ukraine Parliament Commissioner for Human Rights.

Turning to bodies which carry out an administrative protection of labor rights and legitimate interests of employees the methods of protecting have state-coercive character. These methods mean that they oblige the employer to eliminate an offense and its' consequences and to restore the violated rights. Administrative bodies oblige the employer to properly performance of their duties on providing labor rights; stop the offense, and also can apply to him measures of coercion character in the form of bringing to legal liability.

Relationships between supervisors and control after observance of labor laws bodies and employer by their nature are administrative and legal, but they are considered as part of the mechanism of protection of labor rights [3.355].

In the scientific literature on labor law attention is mostly focused on state supervision and control after observance of labor laws and less on possibilities of protecting labor rights by these bodies. At the same time, the administrative bodies are endowed with a wide range of power relating to the protection of labor rights and legitimate interests of employees.

In the educational and scientific literature under the supervision and control after observance of labor laws understand the activity of the competent state and public bodies, that is aimed at checking compliance of labor laws to acts of employers in the process of hired labor, preventing and detecting offenses, bringing responsible for the violation of labor rights to legal responsibility [11.470].

Under the supervision should be understood a realization by the special state agencies targeted observation of executive and administrative bodies, enterprises, institutions and organizations and also citizens of compliance the rules provided by regulations [7.675]. At the same time control consists in that the subject of control makes accounting and verification of that, how controlled object performs its' tasks and fulfill its' functions [7.662].

Supervision and control after the observance of labor legislation is carried out in two main areas: the area of setting working conditions and in the field of application an already established conditions. One of the tasks of supervision and control after observance of labor laws is to identify committed violations of law and restoration of the rights of employees [10. 478].

Peculiarity of state supervision and control after observance of labor laws is the fact that it has mainly preventive nature. However, since the detection of violations of labor rights of employees in the process of this activity protection takes place. Bodies of supervision and control are authorized to issue orders to eliminate violations of law by applying legal ways to protect the violated labor rights. Only in the case of non-fulfilment of the relevant requirements administrative authorities have the right to apply to guilty employer penalties.

Therefore in the process of supervision and control after observance of labor laws

administrative authorities exercise their legal protection in the case of detection of violations of labor rights.

In opinion of many scholars administrative form of protection of labor rights may be used only in cases provided by law. [1. 323; 3. 252]. This conclusion is difficult to accept.

Law «On citizens' appeals» stipulates that citizens of Ukraine have the right to appeal to the state authorities, local government bodies, public associations, enterprises, institutions and organizations regardless of ownership, mass media, officials concerning their functional duties with comments, complaints and suggestions on the realization of their socio-economic, political and personal rights and legitimate interests and claim about their violation.

Constitutional right to appeal refers to the fundamental and inalienable rights of every person. To this subjective right corresponds the obligation of the state and local governmental bodies to receive and consider appeals.

Law imposes on administrative authorities the obligation to cancel or modify impugned decisions in cases provided by the legislation of Ukraine if they do not comply with the law or other regulations, immediately take measures to cease unlawful actions, detect, eliminate the causes and conditions that led to breach; provide renewal of violated rights, actual fulfillment of the adopted due to the application or appeal decisions; in writing form inform citizen about the results of check of application or complaint and the essence of the decision.

It can be concluded that in case of employee appeal administrative body within its' competence is obliged to take measures of protecting his violated rights.

Administrative protection of labor rights and legitimate interests of employees state and other bodies exercise within their competence. Verification of compliance with labor rights they can exercise on their own initiative as well as on the base of employees appeals. According to the content and form employee's right to appeal is not limited. Subject of complaint can be both action and inaction of the relevant authorities including employer. Appeal for protection of violated rights in

administrative proceedings is carried out in accordance with the Law of Ukraine «On citizens' appeals»[5]. Ukraine Parliament Commissioner for Human Right protecting labor rights of employees is governed by the Law of Ukraine «On Ukraine Parliament Commissioner for Human Right» [6].

Current legislation defines the requirements for appeals of citizens for protection of their rights. According to the form law defines appeal as written and verbal. Verbal appeal is told by citizen on personal appointment or by means of telephony contact through defined contact centers, by telephone «hotlines» and is recorded (registered) by official.

A written appeal is sent by mail or transferred to the appropriate authority, institution personally or by authorized person, the authority whom are issued in accordance with the law. A written appeal can also be sent with using Internet network, by electronic means (e-mail appeal).

By subject composition appeal may be individual and collective. A special type of collective appeal is electronic petition to the President of Ukraine, Verkhovna Rada of Ukraine, Cabinet of Ministers of Ukraine, to local self-government body. Feature of appeal in the form of e-petition is in the fact that it is sent through the official website of body to which it is addressed or website of public association, which is collecting signatures in support of this e-petition. Peculiarity is also in the fact that for submission of petition lawmakers defined minimum of necessary signatures, while for other types of appeal it is not required.

In accordance with the Law «On citizens' appeals» citizens can contact with the state authorities by proposals, applications and complaints. In case of violation of labor rights petitions and complaints are means of appeal.

Grounds for appeal of violated labor rights protection may be violations of rights and legitimate interests of citizens, creation of obstacles in the rights and legitimate interests realization as well as illegally imposing on person any obligations or unlawful liability. Law «On citizens' appeals» stipulates requirements for appeals. Comments to the Law of Ukraine «On citizens' appeals» states that cannot be

considered as an appeal general remarks, generalized dissatisfaction, complaints on abstract violation of rights and freedoms and interests of citizens. Such appeals are returned to the applicant (s) with the appropriate clarifications not later than 10 days from its receipt.[9. 15]

On the basis of research we can conclude that administrative form of protection should be understood as settled by law activity of determined group of public authorities of

legitimate rights and interests of citizens protection on the basis of prescribed by law procedural form by appropriate response to prevent possible and terminate ongoing violations elimination of obstacles in the exercise of subjective rights and legitimate interests. Procedure for protection is regulated by Law of Ukraine «On citizens' appeals», which defines procedure, grounds for such appeals and procedure of their consideration.

REFERENCES

1. Andreev, J. N. (2010). *Mehaniizm grazhdansko-pravovoj zasbhty [The mechanism of civil-legal protection]*. Moscow: Norma: INFRA-M, 464 p. [in Russian]
2. Burak, V. J. (2013). *Pravoni zasady zakhystu trudovykh prav pratsivnykiv [Legal principles of protection of employers' labor rights]*. Kyiv: Istyna, 186 p. [in Ukrainian]
3. Vavzhenchuk, S. I. (2013). *Systema zakhystu i okborony konstytutsiynykh trudovykh prav pratsivnykiv [The system of protection of constitutional labor rights]*. Kharkiv: Dysa plius, 510 p. [in Ukrainian]
4. Hetmantseva, N. D., & Kozub, I. H. (2009). Zasiib, sposiib i forma zakhystu trudovykh prav [Mean, method and form of protection of labor rights]. *Advokat [The lawyer]*, 11, 37-42. [in Ukrainian]
5. Zakon Ukrainy (1996) «Pro zvernennia hromadian» №394/96 vid 2 zhovtnya 1996 [Law of Ukraine (1996) «On citizens' appeals» №394/96 of October, 2nd, 1996]. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy [Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine]*, 47, art.256. [in Ukrainian]
6. Zakon Ukrainy (1998) «Pro Upovnovazhenoho Verkhovnoi Rady Ukrainy z prav liudyny» №776/97 vid 23 grudnya 1997 [Law of Ukraine (1998) «On the Commissioner of Verkhovna Rada of Ukraine on human rights» №776/97 of December, 23rd, 1997]. *Ofitsiyni visnyk Ukrainy [Official gazette of Ukraine]*, 1. [in Ukrainian]
7. Kolpakov, V. K. (1999). *Administratyne pravo Ukrainy [Administrative law of Ukraine]*. Kyiv: Yurinkom Inter, 736 p. [in Ukrainian]
8. Lahutina, I. V. (2008). *Formy zakhystu trudovykh prav pratsivnykiv [Forms of protection of employers' labor rights]*. Odesa: Feniks, 160 p. [in Ukrainian]
9. Onishchuk, M. V. (Ed.). (2009). *Pravo na zvernennia. Komentar Zakonu Ukrainy «Pro zvernennia hromadian». Zakonodavstvo. Sudova praktyka [The right to appeal. Commentary of the Law of Ukraine «On citizens' appeals». Legislation. Judicial practice]*. Kyiv: Yurinkom Inter, 416 p. [in Ukrainian]
10. Pylypenko, P. D., Burak, V. Y., & Kozak, Z. Y. (2014). *Trudove pravo Ukrainy: Akademichnyi kurs [Labor Law of Ukraine: Academic course]* (5th ed.). Kyiv: «In Yure» publishing house, 552 p. [in Ukrainian]
11. Zhernakov, V. V. (Ed.). (2012). *Trudove pravo [Labor Law]*. Kharkiv: Pravo, 2012, 496 p. [in Ukrainian].



UDC 340.155.8:342.41

Streltsova Olga

Doctoral candidate

Taras Shevchenko National University of Kyiv,

PhD in law, Associate Professor

PRECONDITIONS AND FACTORS OF CONSTITUTIONALIZATION OF LEGAL SYSTEM

Streltsova O.

Preconditions and factors of constitutionalization of legal system

Abstract. This article analyzes the different types of socio-political and socio-economic conditions that make the affect on the process on constitutionalization of legal system. It is proved that the first type of conditions implies the existence of a democratic constitutional regime and legal system that stable functioning. The second type of conditions belongs to legal systems and societies with a transition period. They are characterized by the fact that the democratic constitutional and legal principles to some extent deformed. There are analyzed the fundamental processes of political-legal and socio-economic transformation and modernization which taking place nowadays in the post-Soviet countries, and determined that in the middle of group of these countries defined the multi-vector tendency of further development.

Key words: *constitutionalization, constitutionalism, socio-political and socio-economic background of constitutionalization.*

The modern idea of constitutionalization of legal order is based on the ideological tenets of constitutionalism and practical experience of democratic states. It is based on the idea of the special role of the constitution in regulation of social relations that developed during the eighteenth and twentieth centuries and still continue their development due to the efforts of lawyers, philosophers, political scientists, sociologists [2, 296].

It should be noted that for the national constitutional and legal doctrine the category of «constitutionalization» is relatively new and insufficiently explored. Ukrainian jurists Yu. Voloshin, V. Campo, N. Parkhomenko, T. Podorozhna, J. Chernopyschuk et al. analyzed this phenomenon. At that, there is some ambiguity in using of the term «constitutionalization» which is sometimes identified with a number of others. This causes the necessity for its further developments and studying.

Dynamic influence of the constitutionalization processes on the legal system can occur in two different types of socio-political and socio-economic conditions, both of which constitute a meaningful context

of constitutionalization. In the special constitutional and legal studies it has been suggested to divide all the states into some groups in accordance with the principle of prevailing of particular context of constitutionalization: firstly, the states of Western Europe as well as the USA, Canada, Japan; secondly, the states of Central and Eastern Europe (hereinafter – CEE); thirdly, the states so-called in transition to democracy, to which, with few exceptions, belong: post-Soviet states, Latin American states, the states of Central Asia, Arab and African states [1, 40].

The first type of conditions implies the existence of a democratic constitutional regime and legal system that is consistently functioning. Under these conditions the dynamic influence of the constitution is a normal and steady process. This process is enhanced and accelerated in case of the amendments to the constitutional text. It is necessary for the sectoral legislation and judicial practice to be agreed in accordance with them during interpretation and application of constitutional norms. In this case the dynamism of constitutional influence

depends on the forward and backward linkages between the needs of social development and changes of content (or sense) of constitutional norms [2, 293].

According to the above classification, this type of conditions is found in the states of the first group. The second group of states to a greater or less extent is characterized by tendencies closely related with the first group. In addition to the above mentioned these two groups of states are also characterized by the following features:

1) the internal structure of the constitution and all of the specific constitutional solutions are based on a clear functional separation of powers of constitutional government institutions regardless of the form of government;

2) this group is characterized by the inherent stability of constitutional tradition and high level of constitutional and legal culture that forms a suitable environment of constitutional perception of social processes in society;

3) ideological, philosophical basis of constitutional judgments is ensuring a balance between freedom, power and law;

4) within the scope of this group continuity, appointment by-election, accountability and turnover of power are guaranteed functionally and institutionally that forms the basis for the establishment of constitutional democracy;

5) there is no real antagonism between constitutional judgments and social practice, and constitutional values and principles are, with few exceptions, the standards of social behavior in society.

The second type of conditions is inherent to the legal systems of states and societies of transition type, united above in the third group. They are characterized by the fact that the democratic constitutional and legal foundations to some extent are affected in three main areas: at the constitution level; at the level of law systems and legislation; at the law-enforcement level (deformed perception and realization of fundamental constitutional values and principles).

The third group of states is distinguished by the fact that their current development of legal systems is happening due to «export» of constitutional norms by sustainable democracies as well as implementation of model constitutions, so that, in terms of

establishing constitutional democracy, they are at the stage of social modernization and transformation. At the level of constitutions of these states it is formally stipulated that legal state, democracy, the rule of law, human dignity, freedom, constitutional democracy, separation of powers, social harmony, equality, tolerance, pluralism, solidarity and other generally recognized values in their organic unity have already became the basis for constitutional judgments.

But the reality is different. By the apt expression of G. Harutyunyan – «reality found itself in another dimension. In most of these states self-sufficiency of the constitution is not fully ensured and a significant isolation of the fundamental constitutional values and principles from social reality takes place. The main features of the last are: low level of constitutional culture; systemic inadequacy of mechanisms to ensure the rule of law; availability of deformed, internally contradictory legal system; lack of a single, value-system understanding of social indicators of social development, which leads to social disasters. The main problem for this group of states is in the existing antagonism between constitution and legal reality in general» [1, 40-41].

Nowadays Ukraine like most post-Soviet states is on the way of fundamental political-legal and socio-economic transformation, characterized by transition to a market economy, political democracy and the rule of law. Experts and scientists define the following negative characteristics of systemic transformation common for Ukraine and other former Soviet states: instability and uncertainty of social development; inconsistency between politics and constitutionality of judgments (detected through adaptation the constitutional form of government to the needs of current political interests); a great number of miscalculations and flaws in the implementation of valuable-systematic transformations; immaturity of civil society; discrepancy between social orientation and constitutionally enshrined democratic and legal values, i.e. the presence of a significant deficit of constitutionalism; low level of functional and institutional capacity of government institutions; as a consequence - the accumulation of negative social energy that

from time to time leads to «colored» socio-political explosion with unavoidable tragic consequences [1, 42].

In addition, a dynamic influence of the constitution on the legal system during the transition process is complicated by internal and external factors.

The influence of internal factors is revealed in the following. During transition from one social and legal system to another law is an important tool for the transformation of society on a new path and at the same time it is the institute, which itself should be subject to transformation. The right is the bearer of social values. The importance of its institutions is in assisting to reduce uncertainty by establishing a stable structure of human relationships. The statutes and institutions are the «rules of the game», the lack of which makes social as well as economic activity impossible. The statutes and institutions govern the relationship between people and organizations and thereby play a significant role in achieving agreed objectives on a socially acceptable level.

However, the results of changes usually differ from the ones initially planned because the legal rules and institutions, in turn, are caused by a complex context. Due to the fact that moral values and social relations are changing rather slowly, radical reforms from above, as a rule, do not lead to a positive effect, especially if they do not have broad support in society. Moreover, radical changes may even cause the rejection of legal provisions that carry out the reforms. It makes the law more complex tool in the process of transformation and modernization.

There are also numerous problems related to the implementation of the legal requirements. The Ukrainian experience has shown that the implementation of democratic standards in domestic extraordinary conditions does not lead to the expected results, as it happens in the states with stable constitutional regime and a real functioning of a market economy. The situation is complicated by the deepening of a crisis of confidence in the constitutional reforms and new constitutional and legal institutions, principles and rules, especially those which govern fundamental human rights and freedoms, due to low efficiency of their judicial provision, problems in the sphere of

reciprocal enforcement of a judgment including judgments of constitutional jurisdiction (the Constitutional Court of Ukraine) [2, 293].

There are external factors complicating constitutionalization of legal system of the states in transition to democracy such as international-legal obligations arising from the rules and principles of International Law, including the entry of most post-Soviet states (except the Central Asian states – former Soviet republics) to the Council of Europe and ratification the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms (1950), as well as signing Association of Agreements between some of these states (Georgia, Moldova, Ukraine) and the European Union that provide harmonization between national legislation and legal standards of this interstate association. As a rule, a simple transfer of appropriate democratic rules, principles and values into legal systems of states in transition to democracy is not enough because the viability, scope and possible extent of any potential adaptation borrowed constitutional norms are determined by historical, cultural, political, institutional and other factors of national character [5, 102; 3, 7].

Such predetermination of constitutionalization process by political and legal aspects and social context can be explained by the fact that the same factor in different conditions, in conjunction with other factors including the subjective factors (i.e., qualities and characteristics of specific politicians, officials or even ordinary citizens) may cause different effect (positive or negative) or can be neutral in this particular situation. Various factors of internal and external character – economic, political, legal, socio-cultural and others – interact with each other and the final result in each case is determined by the combined effect of a composition of factors belonging to different social dimensions and interconnected complex of causal, functional and other dependencies [4, 247].

T. Habriyeva has her own opinion on the processes of constitutionalization taking place in the states of young democracy. In particular, the researcher proposes to distinguish three main constitutionalization

stages of legislation of states in transition to democracy: formative, adaptive and modernizing. According to T. Habriyeva formative stage is characterized by making the foundations of legal regulations of a new socio-economic formation that appeared after dissolution of the Soviet Union and formation of new independent states. Next adaptive stage has led to complexity of structures of traditional branches of law and early formation of complex industries and intersectoral institutions that include provisions of both public and private law. Finally, the states in transition to democracy have received a new complex of legislation which is more suitable for solving the problems of implementing the basic constitutional values and institutions.

The onset of the current (third) modernizing stage of constitutionalization was caused by the problems of implementation of the constitution in the context of globalization as well as international and regional integration.

The researcher defines the main directions of constitutionalization at present stage. They are the following: actualization of social and humanitarian vector; harmonization of domestic relations; «Innovative» changing of the complex of methods of legal impact with using contractual and conciliation procedures; consolidation of legislation; full implementation of constitutional principles and provisions; improving of legal practice; adapting national legislation to international instruments ratified by the State; improving the quality of legislation; coordination of legislative initiatives as well as structuring of

the legislative process on common principles informational, methodological and technological support [6, 556-563].

It seems that the view given above is unduly optimistic and ignores the numerous negative effects of inefficient constitutionalization and sometimes – processes of de-constitutionalization that take place in the post-Soviet area. In addition, the term «post-Soviet states» is generalizing to the entire group of states – former Soviet republics. However, within this group there are multi-vectorial tendencies of further development of certain states. In particular, Ukraine, Georgia, Moldova, despite the difficult transformation of modernization, still tend to democratic changes that is real, not declarative constitutionalization of governmental and public relations. Instead, there are conflicting processes associated with constitutionalization braking, suspension, and sometimes termination of democratic reforms and returning to the totalitarian and authoritarian methods of governance in the Russian Federation, the Republic of Belarus and the former Soviet states of Central Asian region.

Thus, researching the phenomenon of constitutionalization within a particular legal system we should take into account its predetermination by both factors objective and subjective as well as by the political and legal aspects and social context. These conditions and factors have significant effect on the progress of constitutionalization, determining their direction and expected results.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Арутюнян Г. Г. Конституционализм: уроки, вызовы, гарантии : сб. избр. публ. и выступлений на междунар. форумах, посвященных данной проблематике / Г. Г. Арутюнян. – К. : Логос, 2011. – 308 с.
2. Кравец И. А. Формирование российского конституционализма : проблемы теории и практики : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.02. / И. А. Кравец. – М., 2003. – 584 с.
3. Крусян А.Р. Сучасний український конституціоналізм : монографія / А. Р. Крусян. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 560 с.
4. Лазарев В. В. Теория государства и права : учебник для вузов. (3-е изд., испр. и доп.) / В. В. Лазарев, С. В. Липень. – М. : Спарк, 2004. – 528 с.
5. Розенфельд М. Распространение либерального конституционализма: изучение развития прав на свободу слова в новых демократиях / М. Розенфельд, А. Шайо // Сравнительное конституционное обозрение. – 2007. – № 1 (58). – С. 102-120.
6. Хабриева Т. Я. Конституционные основы, тенденции и проблемы развития российского законодательства: 20-летний опыт и современное состояние / Т. Я. Хабриева // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2013. – № 4. – С. 556-563.

REFERENCES

1. Arutjunjan, G. G. (2011). *Konstitucionalizm: uroki, vyzovy, garantii* [Constitutionalism: lessons, calls, guarantees]. Kyiv: Logos, 308 p. [in Russian]
2. Kravec, I. A. (2003). *Formirovanie rossijskogo konstitucionalizma: problemy teorii i praktiki* [The formation of the Russian constitutionalism: problems of the theory and practice] (Legal Sciences Doctoral dissertation). Moscow, 584 p. [in Russian]
3. Krusian, A. R. (2010). *Suchasnyi ukrainskyi konstitutsionalizm* [Modern Ukrainian constitutionalism]. Kyiv: Yurinkom Inter, 560 p. [in Ukrainian]
4. Lazarev, V. V., & Lipen S. V. (2004). *Teorija gosudarstva i prava* [Theory of the State and Law] (3rd ed.). Moscow: Spark, 528 p. [in Russian]
5. Rozenfeld M., & Shajo A. (2007). Rasprostranenie liberalnogo konstitucionalizma: izuchenie razvitija prav na svobodu slova v novyh demokratijah [Distribution of liberal constitutionalism: studying of development of the rights for freedom of speech in new democracies]. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie* [Comparative constitutional review], 1(58), 102-120. [in Russian]
6. Habrieva, T. J. (2013). Konstitucionnye osnovy, tendencii i problemy razvitija rossijskogo zakonodatel'stva: 20-letnij opyt i sovremennoe sostojanie [Constitutional basis, tendencies and problems of development of Russian legislation: 20 years of experience and modern situation]. *Zhurnal zarubizhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedenija* [Journal of foreign legislation and comparative jurisprudence], 4, 556-563. [in Russian]



УДК 347.73

Ніщимна Світлана Олександрівна

*Начальник кафедри адміністративного, цивільного
та господарського права і процесу
Академії Державної пенітенціарної служби,
доктор юридичних наук, професор*

**ПРИНЦИПИ ПУБЛІЧНОГО ФІНАНСОВОГО
КОНТРОЛЮ ЯК ВИЗНАЧАЛЬНІ ЗАСАДИ
ДІЯЛЬНОСТІ ВИЩИХ ОРГАНІВ ФІНАНСОВОГО
КОНТРОЛЮ**

Nishymna S. O.**Principles of public financial control as determinants of activity of supreme audit institutions**

Abstract. The article considers theoretical issues concerning the role of public financial control principles in realization of activity by higher authorities of financial control. Mexican declaration of independence adopted by the Congress of INTOSAI defines the following principles that set up basic requirements for the appropriate audit of state sector.

Today the international trend of legal regulation of subjects of public financial control concerns mainly the SAI. Ukraine is moving toward the recognition of international principles of financial control, their implementation in national legislation and practical realisation.

Key words: *public financial control, public financial control principles, supreme audit institution.*

Постановка проблеми. У сучасній практиці використовують різні переклади Лімської декларації. Так, на офіційному сайті Рахункової палати України розміщена Лімська декларація керівних принципів аудиту державних фінансів; на офіційному сайті Верховної Ради України – Лімська декларація керівних принципів контролю. Неузгодженість перекладів призводить до розбіжностей у трактуваннях.

Актуальність теми дослідження підтверджується тим, що проблематиці ролі принципів публічного фінансового контролю, які застосовують у своїй діяльності вищі органи фінансового контролю присвячені численні загальнотеоретичні дослідження. Проте й нині це питання перебуває в центрі уваги вчених і практиків, особливо коли йдеться про спеціальні галузеві дослідження. У науці фінансового права дана проблема ускладнена неоднозначним розумінням самої системи фінансового права, його поділу на загальну та особливу частини, структури обох цих частин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зважаючи на комплексний характер дослідження теоретичною базою

стали наукові праці таких вчених юристів та економістів як В. Б. Авер'янова, С. С. Алексеева, Ю. П. Битяка, Л. К. Воронової, О. П. Гетманець, Л. М. Касьяненко, А. Т. Ковальчука, І. Є. Криницького, М. П. Кучерявенка, Т. А. Латковської, О. А. Лукашева, О. А. Музики-Стефанчук, О. П. Орлюк, Л. А. Савченко та інших.

Мета статті полягає у здійсненні теоретичного дослідження принципів діяльності вищих органів фінансового контролю.

Виклад основного матеріалу. Принципи діяльності вищих органів фінансового контролю (ВОФК) висвітлюються у декількох джерелах. Але, на наш погляд, найбільш раціональним є трактування, що міститься у Мексиканській декларації незалежності, прийнятій на Конгресі INTOSAI у м. Мехіко (листопад 2007 р.), Мексиканські Об'єднані Штати [1].

Зазначена декларація називає принципи через призму головних вимог до належного аудиту державного сектору. До вказаних принципів відносять:

1. *Наявність відповідної та ефективної конституційної (статутної) правової структури*

та фактичне застосування положень цієї структури.

Запропонований принцип передбачає обов'язкове прийняття нормативно-правових актів, які детально регламентують правове положення ВОФК та ступінь їх незалежності. Структура Рахункової палати України визначена відповідним Законом України (безпосередньо його 8 статтею). Очолює Рахункову палату голова. До членів Рахункової палати відносять першого заступника, заступника, головних контролерів, секретаря. Для вирішення поточних питань та забезпечення діяльності діє колегія Рахункової палати, до компетенції якої належить затвердження структури, апарату, штатного розпису [2].

2. *Незалежність голів та членів ВОФК (в колегіальних інституціях), включаючи гарантію перебування на посаді та судовий імунітет під час виконання своїх обов'язків.*

Даний принцип відповідає нормам чинного законодавства щодо визначення умов поточної кадрової діяльності. Так, на законодавчому рівні закріплено організаційний порядок проходження служби, починаючи з порядку першого чи повторного призначення та звільнення як членів Рахункової палати, так і голови ВОФК. Крім того, увага приділена й порядку відставки (виходу на пенсію). Призначенням цього принципу є розкриття сутності незалежності членів колегіальних інституцій. Це означає:

- незалежність членів ВОФК від виконавчої влади на всіх етапах діяльності (звільнення, призначення, у тому числі повторно);
- призначення на тривалій термін (визначений строк), що забезпечує можливість неупередженого виконання поставлених завдань;
- закріплення імунітету від судового переслідування. Дозволяє уникнути пред'явлення звинувачення за дії, вчинені під час належного виконання службових обов'язків. На жаль, Україна досі не закріпила цей принцип законодавчо.

3. *Достатньо широкі повноваження та повна свобода дій при виконанні функцій ВОФК.*

Принцип окреслює повноваження ВОФК щодо здійснення аудиту за чітко

встановленими напрямками, які стосуються державних коштів, ресурсів, майна особою, незалежно від її юридичного статусу; отримання коштів до Державного бюджету або державних підприємств, установ, організацій; діяльність уряду та державних установ, підприємств, організацій, яка має забезпечувати економність, ефективність і результативність. Діяльність ВОФК не розповсюджується на політичну складову діяльності уряду чи державних підприємств, установ, організацій (за виключенням випадків, коли це передбачено законодавством). Виключення складає аудит реалізації політики.

Неабияким позитивним моментом (принципом) діяльності ВОФК є свобода дій, що передбачає неможливість органів законодавчої або виконавчої влади не тільки втручатися у його діяльність, але й здійснювати контроль над ним. Така незалежність передбачена при здійсненні дій, які безпосередньо віднесені до компетенції ВОФК, наприклад: окреслення кола питань, за якими має бути здійснений аудит; планування та розробка програм аудиту; порядок проведення аудиту; складання звіту та здійснення аналізу аудиту; порядок організації та управління ВОФК; виконання рішень в межах компетенції ВОФК.

Вищий орган фінансового контролю має статус установи, яка не має перебувати з об'єктами перевірки у будь-яких відносинах, у тому числі участь в управлінні. Перевіряючі особи мають забезпечувати об'єктивність перевірки, що передбачає відсутність з ними будь-яких відносин.

Задля забезпечення ефективного управління державними фондами коштів, вдосконалення механізму їх використання, ВОФК мають бути забезпечені повною свободою дій, яка спрямована на тісну співпрацю з державними підприємствами, установами, організаціями, а також урядом держави. Виконання поставлених завдань досягається за допомогою використання:

- певних стандартів (організаційних, аудиторських або стандартів діяльності);
- кодексу етики, побудованого на положеннях офіційних документів INTOSAI, Міжнародної федерації

бухгалтерів тощо. Ці органи безпосередньо розробляють стандарти, спеціалізуються на їх вдосконаленні. Законодавством певної держави встановлюється уповноважений орган, якому наприкінці фінансового року ВОФК подає звіт. Звіт підлягає оприлюдненню в порядку, передбаченому нормативно-правовими актами держави.

В Україні повноваження Рахункової палати України закріплені у ст. 7 Закону України «Про Рахункову палату»:

- 1) здійснювати експертно-аналітичні, інформаційні та інші види діяльності, що забезпечують контроль за використанням коштів загальнодержавних цільових фондів, коштів позабюджетних фондів, за цільовим використанням фінансово-кредитних і валютних ресурсів під час здійснення загальнодержавних програм;
- 2) проводити фінансові перевірки, ревізії в апараті Верховної Ради України, органах виконавчої влади, Національному банку України, Фонді державного майна України, інших підзвітних Верховній Раді України органах, а також на підприємствах і в організаціях незалежно від форм власності в межах, визначених законодавством;
- 3) перевіряти в перелічених органах і об'єктах грошові документи, бухгалтерські книги, звіти, плани, кошториси витрат та іншу документацію щодо фінансово-господарської діяльності, а також здійснювати перевірку касових операцій з готівкою та цінними паперами, матеріальних цінностей, їх обліку, зберігання й витрачання;
- 4) отримувати від керівників установ та організацій, що перевіряються, всю необхідну документацію та іншу інформацію про фінансово-господарську діяльність;
- 5) отримувати від Національного банку України, уповноважених банків та інших кредитних установ необхідні відомості про здійснювані ними операції та стан рахунків установ та організацій, що перевіряються, від інших підприємств та організацій – довідки, копії документів по операціях і рахунках цих підприємств та організацій;
- 6) організувати й проводити оперативний контроль за використанням коштів Державного бюджету України за звітний період;
- 7) проводити комплексні ревізії й тематичні перевірки по окремих

розділах і статтях Державного бюджету України, у тому числі бюджетів загальнодержавних цільових фондів;

- 8) проводити експертизу проєктів Державного бюджету України, а також проєктів законів та інших нормативних актів, міжнародних договорів України, загальнодержавних програм та інших документів, що стосуються питань державного бюджету та фінансів України;
- 9) здійснювати аналіз і дослідження порушень і відхилень бюджетного процесу, підготовку та внесення до Верховної Ради України пропозицій щодо їх усунення, а також удосконалення бюджетного законодавства в цілому;
- 10) готувати й подавати висновки до Верховної Ради України та її комітетів щодо виконання Державного бюджету України, у тому числі доходів і видатків загальнодержавних цільових фондів, фінансування загальнодержавних програм за звітний рік;
- 11) направляти матеріали перевірок, ревізій та обслідувань Кабінету Міністрів України, відповідним центральним органам виконавчої влади, Національному банку України, Фонду державного майна України, підприємствам, установам й організаціям для розгляду та вжиття необхідних заходів;
- 12) порушувати перед Верховною Радою України, Президентом України, а також органами виконавчої влади клопотання про притягнення до відповідальності посадових осіб, винних у порушенні вимог чинного законодавства України, внаслідок чого завдано матеріальної шкоди державі;
- 13) залучати до проведення перевірок, ревізій та обслідувань на договірних засадах кваліфікованих спеціалістів і фахівців-експертів з інших установ та організацій, а також працівників інших державних контрольних, податкових і правоохоронних органів з оплатою їх праці в необхідних випадках за рахунок власних коштів;
- 14) у разі виявлення під час перевірок, ревізій та обслідувань фактів привласнення грошей і матеріальних цінностей, інших зловживань, передавати матеріали перевірок, ревізій та обслідувань до правоохоронних органів з інформуванням про це Верховної Ради України [2].

4. Необмежений доступ до інформації.

Під час виконання службових обов'язків співробітники ВОФК повинні мати доступ до необхідних матеріалів та інформації. Такий принцип забезпечить належне виконання повноважень суб'єктами ВОФК та об'єктивність висвітлених даних.

Так, п. 4 ст. 7 Закону України «Про Рахункову палату» закріплює таке повноваження, як «отримувати від керівників установ та організацій, що перевіряються, всю необхідну документацію та іншу інформацію про фінансово-господарську діяльність». Ст. 18 Закону закріплює норму, згідно якої всі органи державної влади, місцевого самоврядування та підприємств, установ, організацій всіх форм власності зобов'язані на першу вимогу надавати необхідну інформацію. Запит не може виходити за рамки діяльності об'єктів контролю та встановленої програми перевірки, ревізії тощо. Аналогічний порядок передбачений і для банківського сектору: Національного банку України, уповноважених банків, інших кредитно-фінансових установ. Вони зобов'язані надавати необхідні документальні підтвердження операцій і стану рахунків об'єктів, що перевіряються. Крім суб'єктів банківського сектору, підприємства, установи, організації також зобов'язані надавати на вимогу Рахункової палати довідки і копії документів щодо операцій і розрахунків з об'єктами, що перевіряються. За відмову або ухилення від своєчасного надання необхідної інформації або документації на вимогу Рахункової палати передбачена відповідальність посадових осіб згідно з чинним законодавством України.

5. Право та обов'язок звітування щодо своєї діяльності.

Даний принцип дещо переплітається з одним із попередньо описаних принципів, де йшлося про обов'язкове звітування та оприлюднення діяльності ВОФК за результатами фінансового року. Цей принцип більше стосується права ВОФК оприлюднювати звіти про результати своєї аудиторської діяльності в конкретних перевірках (до закінчення фінансового року).

На наш погляд, сама назва принципу, як засади діяльності, що включає словосполучення «право та обов'язок» є не зовсім вдалою. Хоча сутність зазначеного принципу є достатньо зрозумілою та прийнятною. Так, даний принцип знайшов закріплення в ст. 35 Закону України «Про Рахункову палату», яка передбачає, що «Рахункова палата щорічно не пізніше 1 грудня подає Верховній Раді України загальний письмовий звіт про результати виконання доручень Верховної Ради України, проведених перевірок, ревізій та обслідувань, а також про витрати на цю діяльність» [2].

6. Самостійність прийняття рішень стосовно змісту та часу написання аудиторських звітів, публікації і розповсюдження звітів.

Принцип самостійності прийняття рішень дозволяє ВОФК самостійно визначати форму звітності. Крім того, нормативно не закріплено точний перелік питань, які мають міститися в даному звіті. Такими складовими можуть бути: перелік конкретних фактів порушень, що виявлені при перевірці; рекомендації, надані перевіряючими особами; перелік зауважень тощо. Натомість законодавчо встановлено мінімальний перелік вимог до змісту звітів ВОФК (так званий перелік особливих питань, які обов'язково мають бути висвітлені в аудиторських висновках або сертифікаті). Керуючись особливими вимогами до звітування, ВОФК має право самостійно встановлювати час написання своїх аудиторських звітів.

Перевірки з боку ВОФК не завжди носять плановий характер. Особливістю його діяльності є те, що вищий орган фінансового контролю зобов'язаний реагувати на спеціальні запити уповноважених органів шляхом здійснення аудиту тих питань, які передбачені у запиті. Стосовно такого роду перевірок, на наш погляд, має бути законодавчо закріпленний порядок офіційного оприлюднення або подання відповідному державному органу звіту ВОФК. Важливо, що ВОФК має бути наділений самостійністю вирішувати питання щодо опублікування та оприлюднення свого звіту (без порушення

процедури офіційного порядку оприлюднення).

Цей принцип також врахований у ст. 35 Закону України «Про Рахункову палату»: «Звіт Рахункової палати, затверджений Верховною Радою України, публікується у виданнях Верховної Ради України» [2]. Окрім цього, звіти розміщуються на офіційному сайті, а також публікуються в спеціальних виданнях Рахункової палати.

7. Наявність ефективних механізмів реалізації рекомендацій ВОФК.

Зазначений принцип зобов'язує ВОФК надавати інформацію уповноваженим органам законодавчої та виконавчої гілок влади стосовно підконтрольних суб'єктів. Така тісна співпраця дозволить уповноваженим органам вивчити стан справ, виробити рекомендації та застосовувати певні заходи, спрямовані на усунення недоліків.

У рамках виконання вказаного принципу, ВОФК проводить моніторинг виконання своїх рекомендацій, чим забезпечує запровадження ефективного механізму реагування на результати проведеного аудиту. Крім цього, ВОФК зобов'язаний здійснювати такий моніторинг відповідно до наданих повноважень та звітувати відповідним уповноваженим органам влади з питань моніторингу виконання рекомендацій. Уповноважені органи на підставі представлених матеріалів розробляють заходи реагування.

В Україні даний принцип ні на законодавчому, ні на правореалізаційному рівні не враховується. Підтвердженням цього є щорічні звіти Рахункової палати, де вказуються порушення з боку розпорядників бюджетних коштів, надаються рекомендації на майбутнє. Проте в наступних роках констатується здійснення аналогічних правопорушень, заходи вжиті не були. Моніторинг виконання рекомендацій також не здійснюється.

8. Фінансова та управлінська/адміністративна самостійність, наявність (доступність) відповідних людських, матеріальних та грошових ресурсів.

Представлений принцип доводить, що ВОФК не можуть ефективно функціонувати без наявних необхідних матеріальних та грошових ресурсів.

Систему таких ресурсів забезпечують безпосередньо ВОФК без втручання органів виконавчої влади. Так само ВОФК самостійно управляють власним бюджетом та розподіляють його за призначенням, оскільки, маючи таку досить широкую самостійність, ВОФК мають бути забезпечені належними ресурсами для виконання своїх повноважень. Зобов'язок та відповідальність за належне забезпечення ВОФК необхідними ресурсами покладено на законодавчі органи країни або уповноважений комітет, який гарантує надання відповідних ресурсів. У випадку незабезпеченості або недостатньої забезпеченості ресурсами для виконання своїх функцій ВОФК звертається безпосередньо до законодавчого органу для вирішення даного питання.

Даний принцип об'єднує в собі два принципи: фінансової незалежності та управлінської/адміністративної самостійності. Відповідно до ч.2 ст.8 Закону України «Про Рахункову палату» для здійснення своєї діяльності «Рахункова палата має апарат. Структуру і штатний розпис апарату Рахункової палати затверджує Колегія Рахункової палати за поданням Голови Рахункової палати в межах бюджетних коштів, передбачених на її утримання» [2].

Висновки. Отже, лише два принципи, закріплені в Мексиканській декларації незалежності, – «незалежність голів та членів ВОФК (в колегіальних інституціях), включаючи гарантію перебування на посаді та судовий імунітет під час виконання своїх обов'язків» і «наявність ефективних механізмів реалізації рекомендацій ВОФК», – у вітчизняному законодавстві не мають своєї належної легалізації. Щодо інших принципів, то окремі з них, завдяки існуючим нормам, можуть не дотримуватися в практичній діяльності Рахункової палати.

На сьогодні міжнародний напрям правового регулювання діяльності суб'єктів публічного фінансового контролю стосується переважно ВОФК. Україна йде шляхом визнання міжнародних принципів фінансового контролю, їх імплементації у вітчизняне законодавство та практичної реалізації.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Офіційний сайт Рахункової палати України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ac-rada.gov.ua/control/main/uk/index>.
2. Про Рахункову палату : Закон України від 11 липня 1996 р. № 315 // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – Ст. 212. – № 43.

REFERENCES

1. Ofitsiyni sait Rakhunkovoi palaty Ukrainy [Official site of the Accounting Chamber of Ukraine]. Retrieved from <http://www.ac-rada.gov.ua/control/main/uk/index>. [in Ukrainian]
2. Zakon Ukrainy (1996) «Pro Rakhunkovu palatu» №315 vid 11 lypnia 1996 [Law of Ukraine (1996) «On the Accounting Chamber» №315 of July, 11th, 1996]. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy [Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine], 43, art.212. [in Ukrainian]

УДК 340

**Васильєв Сергій Володимирович***Доцент кафедри цивільного процесу
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних наук, доцент***ФЕНОМЕН ГЛОБАЛІЗАЦІЇ ПРАВА****Vasiliev S. V.****The phenomenon of globalization of law**

Abstract. The article investigates the aspects of globalization impact on the development of a modern state and law. Particular attention is paid to areas of the impact of globalization on the development of legal theory, evolution of legal systems, trends in the development of human rights. The form and methods of globalization are selected.

Key words: *the globalization of law, the methods of globalization, unification of law, internationalization.*

Однією з основних рис розвитку людства наприкінці ХХ – на початку ХХІ століть стають процеси глобалізації в усіх сферах суспільного життя, які представляють собою процеси всесвітньої економічної, політичної та культурної інтеграції й уніфікації.

Глобалізація сьогодні виступає однією з основних тенденцій розвитку цивілізації, які істотно впливають на функції національної держави. Увагу міжнародної громадськості до сучасних проблем людства першим привернув створений у 1968 р. «Римський клуб», члени якого поставили собі за мету виробити методичку для наукового аналізу «труднощів людства», пов'язаних із фізичною обмеженістю ресурсів планети, бурхливим зростанням споживання тощо. Проте актуалізація категорії «глобалізації» відбулася лише в останньому десятилітті ХХ ст. [1, с. 21].

У сучасних науках існують різні доктринальні підходи щодо поняття, змісту, характеристики глобалізації, що свідчить про те, що, незважаючи на широке вживання терміна «глобалізація», ми не знаємо цей процес достатньо ґрунтовано. Істотним є те, що глобалізація – це процес, який сприяє розширенню можливостей самореалізації людини й держави, які мають знайти адекватне відображення в правовій системі,

насамперед, правах і свободах людини й громадянина [2, с. 465].

Глобалізація як багатоаспектне явище, може розглядатися як історичний процес, як спосіб універсалізації світу, або, навпаки, як спосіб руйнування національних суверенітетів та кордонів.

Глобалізація є багатоплановим процесом, що широко розвивається, комплексом соціальних явищ, які еволюціонують і видозмінюються в часі, сприяють перетворенню локальних проблем в глобальні, відкриває широкі можливості для розвитку людської цивілізації. Під її впливом відбувається трансформація суспільного устрою, формується нова спільність, яка характеризується як глобальна соціальна система, або мегасуспільство, що відноситься до типу відкритих, слабо організованих систем [3, с. 4-6].

Сама сутність або поняття глобалізації трактується не завжди однаково з точки зору різних фахівців – економістів, політологів, соціологів – в силу специфіки сфери їх діяльності. Проте, всі сходяться на тому, що суть глобалізації полягає в розширенні та посиленні взаємозв'язку і взаємозалежності між суб'єктами, в ролі яких можуть виступати країни, окремі сфери господарства або конкретні люди.

Як зазначає Н. Є. Тарасова, глобалізація – це закономірний історичний процес

встановлення і розширення взаємозалежності та взаємозв'язку між окремими суб'єктами (економічними агентами), при якому кожен суб'єкт, поряд з саморегулюванням і саморозвитком, стає учасником міжнародних відносин і невід'ємною частиною світової системи і функціонує вже у межах узгодженої міжнародної економіки і політики, безпосередній впливаючи на неї в тій чи іншій мірі [4]. Специфічною особливістю феномена глобалізації є його багатогранність, що виражається у визначенні глобалізації як явища ідеологічного, економічного, соціального [4, с. 398-400]. На думку І. І. Лукашук, глобалізація в праві в об'єктивному сенсі виражається, перш за все, у формуванні нових юридичних відносин, юридичних інститутів і норм [5, с. 173].

С. А. Шетинін визначає правову глобалізацію як процес формування нової, загальносвітової системи правових норм, які організують і забезпечують глобальну міждержавну взаємодію в різних сферах життя сучасного суспільства, в процесі якого міжнародне право, національне право, а також право міжнародних господарських об'єднань опиняються в стані тісної взаємозалежності. При цьому характер правової інтеграції та інтернаціоналізації визначається, з одного боку, участю держав у справах світового співтовариства, а з іншого – ступенем сприйняття країнами тих чи інших аспектів права інших держав [6, с. 8].

Глобалізація як явище, будучи універсальним за своєю природою і характером феноменом, впливаючи на право, в найширшому плані (загальнотеоретичному і методологічному) відрізняється такими особливостями і рисами, як: (1) різнобічність його впливу на право і системність його впливу, що обумовлено самою природою глобалізації; (2) фундаментальний і разом з тим досить радикальний характер впливу глобалізації на право і на процес розвитку його теорії; (3) велика різноманітність шляхів і форм впливу глобалізації на право і його теорію, результатом яких є інтернаціоналізація права, яка виступає у вигляді його рецепції, гармонізації та уніфікації; (4) прямий і

непрямий вплив процесу глобалізації не тільки на національне (внутрішньодержавне), але і на міжнародне право – на його характер, джерела, зміст; (5) наявність певних меж впливу процесу глобалізації на право, результатом якого, на думку дослідників, є утворення так званого метаправа, що сприймається як цикл правового розвитку, фаза еволюції права [7, с. 29].

М. М. Марченко вважає, що в плані методологічного підходу до розглянутого феномену необхідно особливо виділити наступні обставини: (1) системність і динамізм; (2) цей процес є об'єктивним, ніким не інспірованим ззовні, природним процесом; (3) має загальноохоплюючий характер, що розвивається нерівномірно; (4) має випереджальний розвиток функціонального аспекту в порівнянні з інституційним. Йдеться, перш за все, про глобалізацію як процес, інтеграційну тенденцію, а не про глобалізацію як якийсь статичне явище, що виступає у вигляді «певного цивілізаційного стандарту». Проте інституційна сторона не повинна ігноруватися, оскільки глобалізація впливає на державу і право не тільки своєю функціональною стороною (через систему факторів інтеграційного характеру), а й інституціональною (через систему інститутів, що породжуються і підживлюються глобалізацією); (5) дане явище не є безмежним, а має свої певні межі; (6) ідеологічна основа даного феномена, якою на ранніх стадіях розвитку процесу глобалізації виступає лібералізм, а на більш пізніх етапах – неолібералізм. Основним постулатом останнього виступає теза, згідно з яким «ринковий обмін є основою системи етичних норм, достатньою для регулювання всіх людських дій» [8, с. 7-22].

Отже, глобалізація у сфері права охоплює низку факторів, серед яких можна виділити такі: (1) зближення правових систем різних держав, утворення; (2) зближення регіональних правових систем та, у підсумку, світової правової системи; (3) виникнення нових об'єктів правового регулювання у зв'язку зі швидким поширенням науково-технічних здобутків, появою нових глобальних проблем; (4)

введення єдиних юридичних термінів, визнання певних принципів, стандартів, правових інститутів у всьому світі; (5) трансформація правової культури та правової свідомості тощо [9, с. 169].

Заслуговує підтримки позиція А. Г. Удовики про те, що суттєвими тенденціями розвитку правових систем в умовах глобалізації є: 1) збільшення зон дії права, розширення меж правового простору; 2) розширення й поглиблення правового регулювання, поява нових галузей, підгалузей та інститутів права; 3) як на державному, так і наддержавному рівні зростає роль публічного права; 4) простежується тенденція гуманізації права; 5) відбувається поглиблення взаємодії міжнародного й внутрішньодержавного права, що відбиває більш загальну закономірність – поглиблення взаємодії національного суспільства зі світовим співтовариством; 6) інтернаціоналізація права; 7) тенденція зростання ролі приватного права; 8) розширюється посягання приватно-правових і публічно-правових методів регулювання в різних галузях українського законодавства; 9) зміна джерельної бази права; 10) тенденція до децентралізації правового регулювання, що виражається в перерозподілі ролі й обсягу загальнодержавного й місцевого законодавства; 11) наростання процесуальності у правовому регулюванні, що виражається в розширенні сфери процесуального регулювання, збільшенні числа процедурно-процесуальних норм та ін.; 12) екологізація права; 13) горизонтальна і вертикальна взаємодія правових систем, і на цій основі – формування «глобального» права та ін. [2, с. 423].

Таким чином, у сучасних умовах право виступає як інструмент глобалізації і, водночас, засіб керування її процесами. При цьому зростає не тільки інструментальна цінність права, але і його власна цінність як міри свободи, рівності й справедливості. Ця загальносоціальна тенденція проявляється в низці інших тенденцій розвитку права. Вищезазначене обумовлює глибокі зміни як внутрішньодержавного, так і міжнародного права, включаючи й характер їх взаємодії.

Як бачимо, при глобалізації посилюється взаємозалежність, взаємовплив правових систем різних держав. Вплив проявляється в декількох напрямках: рецепція ідей, понять, юридичних конструкцій, інститутів та ін. Це, перш за все, пряме і безпосереднє запозичення нормативного матеріалу. Воно полягає в тому, що одна правова система інкорпорує у свій склад нормативні комплекси іншої (галузь права, законодавство, великий законодавчий акт, інститут права). З цим напрямком пов'язане сприйняття ідей, принципів правового регулювання, а нерідко – форм (джерел) права, форм законодавчого акту, юридичних конструкцій. Особливою формою сприйняття є запозичення юридичної термінології, правил і прийомів законодавчої техніки, тлумачення, використання специфічних для правової системи тієї чи іншої країни технологій законодавчої діяльності і законодавчих процедур.

У науковій юридичній літературі питання глобалізації часто пов'язано з проблемою інтернаціоналізації. Ми виходимо з того, що процеси глобалізації та інтернаціоналізації у праві є загальними тенденціями. Глобалізація пов'язана з інтеграцією різних сфер правового регулювання, що супроводжується уніфікацією та спирається на національні особливості, результатом чого стає тотожність регулювання певних правових інститутів. Інтернаціоналізація національних правопорядків характеризується збереженням національної своєрідності, і тому явища глобалізації та інтернаціоналізації не слід протиставляти між собою. З таких позицій глобалізація може розглядатися як найвищий рівень розвитку інтернаціоналізації.

В юридичній літературі також висловлюються різнополярні позиції щодо впливу на процеси глобалізації міжнародного права та норм національних правових систем. Багато авторів розглядають саме сучасне міжнародне право як основу майбутнього правопорядку, проте, частина авторів пише про зворотнє. Наприклад, М. Сенсон (Michelle Sanson) зазначає, що міжнародного права абсолютно

недостатньо для утворення правопорядку майбутнього суспільства, так як воно базується не на колективних, а на конфліктуючих індивідуальних інтересах держав і їх суверенітетів [10, с. 335]. Тому сучасне міжнародне право може розглядатися як основний, але не єдиний базис формування майбутнього «глобального правопорядку».

Тенденції певного посилення ролі міжнародного права в процесі правової глобалізації обумовлюються такими факторами і етапами: (1) об'єкт докладання норми (відповідні суспільні відносини) виходить за межі внутрішньодержавної компетенції та стає компетенцією міжнародного права; цей етап умовно позначений як етап формування компромісного міжнародного права; (2) щодо цієї норми поширюється якість наднаціональності, тобто віднесення певного питання до інтересу всієї світової спільноти і відповідно міжнародного права; цей етап умовно позначений як етап злиття компромісного міжнародного права з національними правовими системами.

Ці напрямки розвитку права – перехід внутрішньодержавної компетенції в сферу міжнародного регулювання і поширення якості наднаціональності щодо норм і є ключовими в розумінні і вивченні компромісного міжнародного права, яке веде до глобального правопорядку на засадах справедливості (ефективний порядок і компроміс інтересів). Цей процес побудови глобального правопорядку пов'язаний із сучасною правовою інтеграцією, яка закінчиться взаємною інтеграцією всіх правових сімей. Це призведе до того, що логіка, принципи й традиції правових систем всіх держав будуть у загальних межах однакові у полі єдиної моделі правової системи. Мова не йде про абсолютну ідентичність, але про те, що правові системи держав не будуть відрізнятися один від одного настільки як вони відрізняються сьогодні. Усі відмінні риси трьох правових сімей (щодо питання джерел права, юридичної логіки, акцентів, техніки і прийомів, співвідношення процесуального та матеріального права і т.п.) будуть з'єднані в єдину модель правової системи, риси і особливості якої

будуть властиві всім правовим системам світу. Головними формами інтеграції на шляху до досягнення цієї єдиної моделі правової системи є регіональні інтеграційні об'єднання і сучасне міжнародне право [11].

У правовій науці відношення до процесів глобалізації неоднозначне. Так, В. В. Сорокін вважає, що при гармонізації право уніфікується в тотальному масштабі, штучно і примусово, що веде до ерозії правових сімей. Відбувається (1) змішання різних типів правових систем, що найбільш чітко проявляється в зближенні континентальної системи права і системи загального права; (2) розмивання меж між приватним і публічним правом; (3) тотальна юридикація суспільного життя з надмірною юридичною регламентацією; (4) редемократизація і дегуманізація [12, с. 48-51].

Б. В. Макогон відносить до числа основних негативних наслідків правової глобалізації надмірну залежність національного законодавства від західних правових систем, а також загострення низки економічних, соціальних, політичних проблем, пов'язаних зі зменшенням національної самобутності та неповною готовністю держав в найкоротші строки прийняти глобалізаційні тенденції. Крім цього, до негативних наслідків глобалізації сучасного права слід віднести внутрішню дисгармонізацію національних систем права і систем законодавства на початковому етапі включення їх в глобалізаційні процеси. Однак, зазначає науковець, ці негативні наслідки ні в якому разі не є свідченням того, що глобалізація веде до однобічного політико-правового диктату з боку найбільш розвинених держав, що спрямовують її, а лише показують, що світ переходить в нову стадію свого розвитку, який характеризується посиленням міжнародно-правової взаємодії та консолідацією світової спільноти [13, с. 6, 7].

Вказані зауваження небезпідставні, і мають право на існування. Ми виходимо з того, що правова система кожної держави має свою специфіку, національні особливості і формується у певний історичний час.

Важливим атрибутом будь-якої держави є суверенітет, безумовна можливість здійснення влади, у тому числі правової, на власній території без будь-якого стороннього втручання. Цей суверенітет обмежений певною територією, за рамками якої він недійсний. Територіальне право, тобто обмеженість в просторі, є його суттєвою рисою і основним фактором, що зумовлює варіантність різних правових систем.

Однак, як зазначається у науковій юридичній літературі, не слід сприймати глобалізацію як абсолютно невідконтрольний процес, що обов'язково впливає на національну державу, зменшує значення держави, трансформує державний суверенітет у суверенітет наддержавний. Місце державного суверенітету в умовах глобалізації характеризується таким: 1) державний суверенітет в умовах глобалізації є надзвичайно важливою та необхідною ознакою держави; 2) державний суверенітет виражає та реально забезпечує суверенітет народу, нації; 3) суверенітет держави зазнає певних обмежень під впливом глобалізаційних процесів, проте такі обмеження не призводять до втрати державного суверенітету, до нівелювання такої її ознаки, а лише певним чином впливають на здійснення державної влади; 4) державний суверенітет існує поряд із міжнародними організаціями, наділеними певними повноваженнями, які можна охарактеризувати як суверенні, та взаємодіє з ними [9, с. 167].

Процеси глобалізації, результатом якого стає поступове перетворення світового простору, створення особливих правових просторів, на території яких встановлюється спеціальний режим для діяльності суб'єктів у будь-якій сфері життєдіяльності людини. Глобалізація являє собою не механічну рецепцію чи адаптацію, а процес соціокультурної взаємодії між правовими системами, що приводить до якісних змін у кожній з них.

Можливості глобалізуватися у всіх національних правових системах різні. При цьому в чистому вигляді жодної правової системи на планеті не існує. Публічна сфера у всіх країнах світу регулюється за

зразком або романо-германської, або англо-американської правової сім'ї. Отже, інтеграція позитивного права в основному відбувається саме між ними. Дійсно, в сучасному світі в публічному праві панує західна традиція права, міжнародне право є «плоть від плоті» романо-германської правової сім'ї та має ідентичні з нею форми – джерела права. Іншими словами, наявність у основних елементів глобального права загальної коріння і приналежність їх до західної культури надають їм найбільші можливості для інтеграції, а отже, і глобалізації.

Можливість глобалізації закладається в самій сутності права, оскільки за своєю суттю воно є складною соціальною системою, до того ж відкритою системою для взаємодії як з іншими видами соціальних систем, так і з правовими системами інших держав. Для розвитку правова система повинна отримувати потужний потік запозичень ззовні, без них вона приречена на виродження. Таким чином, запозичення – благо для правової системи. Але при цьому треба враховувати, якщо запозичується інститут, який добре працює в певних умовах, але не адаптований до умов реципієнта, не відповідає його історичному досвіду, економічним, політичним, правовим умовам, цей інститут не зможе ефективно функціонувати, досить швидко виродиться й зруйнується [3, с. 24].

На наш погляд, процес глобалізації у сфері права має такі позитивні переваги:

- він виступає як результат взаємодії правових систем сучасності і діалогу світових правових цивілізацій; основна мета юридичної глобалізації – це формування нового глобального юридичного консенсусу;

- оптимізація та модернізація правових систем світу, для досягнення їх відносної цілісності й завершеності;

- він повинен виробити нове, більш широке уявлення про безперервну взаємодію між сучасними правовими системами та юридичними традиціями; саме юридичний плюралізм і різні правові традиції здатні стати в процесі глобалізації мобілізуючою перетворювальною силою, здатною

створити нові форми взаємодії правових систем сучасності;

- він виходить не з презумпції можливої всесвітньої уніфікації права, а з презумпції адекватного розуміння й узгодження правових цінностей різних юридичних культур.

Взаємна побудова єдиної правової системи – це той шлях, яким повинні йти суб'єкти глобалізації, тому що він ґрунтується на визнанні кожного суб'єкта глобалізації, що має свій правовий простір. При цьому теорія і практика повинні динамічно й глибоко взаємодіяти один з одним. Взаємна побудова єдиної системи може в свою чергу йти двома шляхами: або шляхом узгодження інтересів, або шляхом компромісу.

У сучасному світі право набуває нову сутність. Воно виходить за межі національних кордонів і трансформується в національно-міжнародні утворення, в

повній мірі втілює в собі глобальну взаємозалежність і прагнення до інтернаціональної інтеграції і гармонізації, що є вектором розвитку сучасного права в межах глобалізації.

Таким чином, глобалізація суттєво впливає на трансформацію, зміни й модернізацію державно-правових інститутів, норм і відносин на всесвітньому, макрорегіональному і внутрішньодержавному рівнях, стимулює, прискорює й оновлює процеси універсалізації в сфері права. Глобалізація впливає на право на рівні взаємовідносин національних правових систем, що призводить до посилення їх взаємозалежності, на рівні функціонування національних правових систем, що загострює проблеми світового (глобального) правопорядку.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Козлова Г. В. Державная экономическая политика национального государства в условиях глобализации : автореф. дис. ... докт. эконом. наук : 08.00.01. – Тамбов, 2009. – 44 с.
2. Удовика Л. Г. Трансформация правовой системы в условиях глобализации : антропологичний вимір : монографія. – Х. : Право, 2011. – 552 с.
3. Богатырёв В. В. Глобализация права : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.01. – Владимир : Юрид. инст. федерал. службы исполн. наказаний России, 2012. – 36 с.
4. Тарасова Н. Е. Сущность и особенности глобализации на современном этапе развития экономики / Н. Е. Тарасова // Молодой ученый. — 2013. — №10. — С. 398-400.
5. Лукашук И. И. Глобализация, государство, право, XXI век. – М. : Спарк, 2000. – 261 с.
6. Щетинин С. А. Правовая глобализация: понятие и основные формы (теоретико-методологические аспекты) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. – Ростов-на-Дону, 2009. – 24 с.
7. Куров С. В. Глобализация и образование — правовой аспект // Глобализационные процессы в сфере права : проблемы правового развития в России и СНГ. Материалы научно-практической конференции. 19–20 апреля 2001 г. – М., 2001. – С. 28-30.
8. Марченко М. Н. Тенденции развития права в современном мире : учеб. пособ. – М. : Проспект, 2015. – 376 с.
9. Кухтик С. В. Трансформация держави під впливом глобалізації (теоретико-правовий аспект) : дис...канд. юрид. наук : 12.00.01. / Инст. держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2015. – 198 с.
10. Sanson M. International law and global governance. – London, 2008. – 335 p.
11. Баетов А. Б. Абсолютная правовая интеграция правовых систем государств // Вестник Кыргызской государственной юридической академии. – 2010. – № 1.
12. Сорокин В. В. Юридическая глобалистика : учебник. Т. 2. – М. : Юрлитинформ, 2010. – 440 с.
13. Макогон Б. В. Процессы глобализации в современном праве и их проявление в российском законодательстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. – М., 2007. – 22 с.

REFERENCES

1. Kozlova, G. V. (2009). *Derzhavnaya jekonomicheskaja politika nacional'nogo gosudarstva v uslovijah globalizatsii* [State economic policy of the national state under globalization conditions]. Tambov, 44 p. [in Russian]
2. Udovyka, L. H. (2011). *Transformatsiia pravovoi systemy v umovakh hlobalizatsii: antropobichnyi vymir* [Transformation of legal system under globalization conditions: anthropological dimension]. Kharkiv: Pravo, 552 p. [in Ukrainian]

3. Bogatyrjov, V. V. (2012). *Globalizacija prava [Globalization of the law]* (Autoabstract of doctoral dissertation of Legal Sciences). Vladimir: VJI PSIN, 36 p. [in Russian]
4. Tarasova, N. E. (2013). *Sushhnost' i osobennosti globalizacii na sovremennom etape razvitiya ekonomiki. Molodoj uchenyj [The essence and features of globalization at the present stage of economy development], 10, 398-400.* [in Russian]
5. Lukashuk, I. I. (2000). *Globalizacija, gosudarstvo, pravo, XXI vek [Globalization, state, law, XXI century].* Moscow: Spark, 261 p. [in Russian]
6. Shhetinin, S. A. (2009). *Pravovaja globalizacija: ponjatie i osnovnye formy (teoretiko-metodologicheskie aspekty) [Legal globalization: the concept and main forms (theoretical and methodological aspects)].* Rostov-na-Donu, 24 p. [in Russian]
7. Kurov, S. V. (Ed.). (19-20 April, 2001). *Globalizacija i obrazovanie — pravovoj aspekt [Globalization and education – legal aspect]. Globalizacionnye processy v sfere prava: problemy pravovogo razvitiya v Rossii i SNG [Globalization processes in law: problems of legal development in Russia and Commonwealth of Independent States countries]* (Materials nauchno-prakticheskoi konferencii [Scientific practical conference materials]). Moscow, 28-30. [in Russian]
8. Marchenko, M. N. (2015). *Tendencii razvitiya prava v sovremennom mire [Tendencies of the right development in the modern world].* Moscow: Prospekt, 376 p. [in Russian]
9. Kukhtyk, S. V. (2015). *Transformatsiia derzhavy pid vplyvom bllobalizatsii (teoretyko-pravovyi aspekt) [Transformation of a state influenced by globalization (theoretical and legal aspect)]* (Dissertation of candidate of Legal Sciences). Kyiv, 198 p. [in Ukrainian]
10. Sanson, M. (2008). *International law and global governance.* London, 335 p.
11. Baetov, A. B. (2010). *Absoljutnaja pravovaja integracija pravovyh sistem gosudarstv [Absolute law integration of state legal systems]. Journal of Kyrgyz State Academy of Law, 1.* [in Russian]
12. Sorokin, V. V. (2010). *Juridicheskaja globalistika [Juridical globalistics].* Moscow: Jurliinform, 440 p. [in Russian]
13. Makogon, B. V. (2007). *Processy globalizacii v sovremennom prave i ih prujavlenie v russijskom zakonodate'l'stve [Globalization processes in modern law and their appearing in Russian legislation]* (Autoabstract of dissertation of candidate of Legal Sciences). Moscow, 22 p. [in Russian]



УДК 340

Кучук Андрій Миколайович

Завідувач кафедри теорії та історії держави і права

Дніпропетровського державного університету

внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент

ІДЕАЛІСТИЧНІ КОНЦЕПЦІЇ ПРАВА

Kuchuk A. M.

Idealistic concepts of law Abstract.

Abstract. Modern state of national theory of law concerning understanding of law is elucidated in the article. It is noted that national legal science and education are based on the legist approach, law is understood as an outcome of the state activities, legal precedent as a source of law is not practically interpreted (despite the legislative consolidation of this provision concerning decisions of the European Court of Human Rights). Attention is paid to the necessity of moving from legism, and of understanding of law through its idealistic concepts namely through the theory of natural law. According to this theory, law and a law are separated, law is preferred, and a law is understood as its form, answering to law. Psychological theory is referred to idealistic concepts of law.

Key words: *idealistic concept, legism, law, natural law, psychological theory of law, understanding of law.*

Уже тривалий час основним регулятором суспільних відносин виступає право (незважаючи на те, що правники і до сьогодні не можуть дійти єдиної думки відносно того, що ж являє собою цей регулятор і навряд чи зможуть це зробити). Водночас, явище правового поліцентризму дозволяє вести мову про різне розуміння права у кожній з існуючих культур (цивілізацій). Означене дозволило відомому французькому вченому Рене Давиду, досліджуючи подібності й відмінності національних систем права, виокремити великі системи права («Les grands systemes de droit»), до яких він відніс (зважаючи на низку ментальних і юридичних факторів) наступні: романо-германську, систему загального права (common law) і соціалістичну. Водночас, дослідник виокремлював мусульманське право, індуське право, іудейське право, далекосхідне (японське і китайське), систему права Африки і Мадагаскару. Рене Давид вказує, що кожна система права використовує поняття, за допомогою яких формулюються її норми, при цьому норма права відповідною системою може розумітися по-своєму [6].

Акцентову увагу на тому, що, незважаючи на відсутність Радянського Союзу, на пострадянському просторі (хоча і не у всіх державах) і до сьогодні існують рудименти соціалістичної системи права. Так, уже згадуваний Рене Давид вказував: «Керівники соціалістичних держав бачать мету у створенні суспільства нового типу, в якому не буде ні держави, ні права. У зв'язку з цим єдиним джерелом соціалістичного права є революційна творчість законодавця, яка виражає волю народу, який керується комуністичною партією» [6]. І до сьогодні в Україні майже у всіх навчальних посібниках, підручниках з дисципліни «Теорія держави і права» (не буду черговий раз наголошувати на необхідності розмежування теорії права від державознавства, лише зазначу, що зважаючи на європейський вибір України, на те, що «Україна як європейська країна поділяє спільну історію й спільні цінності з державами-членами Європейського Союзу (ЄС) і налаштована підтримувати ці цінності, ...важливість, яку надає Україна своїй європейській ідентичності» таке поєднання – держава і право – виступає оксюмороном) правотворчість

розглядається як «діяльність держави» (передусім органу законодавчої влади, оскільки підзаконні нормативно-правові акти є свого роду похідними від законів, так як видаються на їх основі та мають їм відповідати). Вважається, що закон виражає волю народу (у зв'язку з цим хоча згадати протестні акції податковий майдан в Україні 2010 року, Євромайдан 2013-2014 років, тарифний майдан 2015 року та ін., а також так звані диктаторські закони, прийняті Верховною Радою України 16 січня 2014 року, що було наступним чином прокоментовано державним секретарем Сполучених Штатів Америки Джоном Керрі: «Кроки, які були зроблені 16 січня, є антидемократичними, вони помилкові, вони відбирають у народу України його право і його шанс на майбутнє») [7].

Більш того, незважаючи на юридичний припис «суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права» (ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини») і до сьогодні вітчизняна юридична наука майже не визнає судовий прецедент як джерело права в Україні, апелюючи передусім до того, що Україна відноситься до сім'ї континентального права, характерною ознакою якої є визнання основним джерелом права нормативно-правового акту. Хоча з цього приводу теж можна дискутувати, зважаючи на наслідки глобалізації і, передусім, євроінтеграції; діяльність Європейського суду з прав людини та обов'язковість його рішень для держав, яких воно стосується, необхідність врахування практики цієї міжнародної інституції національними судами.

До цього слід додати загальновизнане положення, яке є складовою демократії: «Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування» [9]. Інтерпретуючи це положення, Конституційний Суд України зазначив, що влада народу є первинною, єдиною і невідчужуваною та здійснюється народом шляхом вільного волевиявлення через вибори, референдум, інші форми

безпосередньої демократії у порядку, визначеному Конституцією та законами України, через органи державної влади та органи місцевого самоврядування, сформовані відповідно до Конституції та законів України. Результати народного волевиявлення у визначених Конституцією та законами України формах безпосередньої демократії є обов'язковими.

Більш того, незважаючи на закріплення в Основному законі України принципу верховенства права (ст. 8 Конституції України), а також визнання України «демократичною, соціальною, правовою державою» (ст. 1 Конституції України), переважна більшість навчальних посібників і підручників з теорії права розглядають право як систему загально-обов'язкових, формально визначених правил поведінки, що приймаються (санкціонуються) і охороняються державою. Фактично таку ж дефініцію навів ще у першій половині ХХ століття Генеральний прокурор Радянського Союзу А. Вишинський (єдине, чим відрізняється, так це радянською риторикою щодо пануючого класу): «сукупність правил людської поведінки, що встановлюються державною владою, як владою пануючого у суспільстві класу, а також звичаїв і правил співжиття, які санкціоновані державною владою і які реалізуються в примусовому порядку за допомогою державного апарату, з метою охорони, закріплення і розвитку суспільних відносин і порядків, вигідних і бажаних для пануючого класу» [1, с. 40-41]. Звісно у «сучасній» юридичній літературі не використовуються такі терміни як «владаю пануючого у суспільстві класу», «з метою... вигідних і бажаних для пануючого класу», так як це звучить зовсім не демократично, не відповідає принципу верховенства права, правової держави і не буде сприйнято науковою спільнотою і студентством. Однак, від того, що ці положення не згадуються під час визначення поняття «право», сутність права (у «сучасному» розумінні) не змінюється, адже все одно зазначається, що воно приймається державою, нею ж охороняється, застосуванням у разі потреби примусу. А держава, як відомо з курсу тієї ж теорії держави і права є організацією публічної влади (саме

публічна влада вказана як одна із чотирьох ознак держави у ст. 1 Конвенції про права та обов'язки держав, підписаної у Монтевідео у 1933 році), яка за визначенням є владою, інтереси якої не збігаються з інтересами більшості суспільства [10]. Додам до цього, що марксизм розглядав державу і право як явища надбудови, економіка розглядалась як базис. І ці надбудовні явища мають зникнути, відмерти, так як є класовими, забезпечують процвітання пануючого класу, є засобом пригнічення пролетаріату, відтак їх слід позбутися. На сьогодні ж, відтворюючи визначення права, яке сформульоване за часів Радянського Союзу, говорять, що право є відображенням свободи і справедливості. І така парадоксальна ситуація мало кого обходить.

Водночас, верховенство права не може бути реалізоване, ні правова держава не може бути розбудована у суспільстві, в якому превалює легізм. Ототожнення права і закону, називання закону правом може мати трагічні наслідки. Згадаю історію Китаю. «Життя громадян перетворилося на павутину з заборон і постанов. Регламентувалося все: кількість страв, які можна подавати до сімейного столу, колір суконь, форма зачісок, товщина циновок і висота лавок, форма дерев у дворі, частота провітрювання житлових приміщень і число поклонів, які належить вчинити перед початком посіву. Всі сільськогосподарські роботи проводилися під наглядом чиновників, які розпоряджалися термінами і видами посадок, скуповували більшу частину врощеного зерна за фіксованою сміховинною ставкою і наклали на п'ятірки, десятки і сотні покарання, якщо був неврожай» [2].

Таким чином, не можна ототожнювати закон з правом. Перший є лише прескриптивним текстом, який може не відображати суспільні відносини, не реалізовуватися у соціальній поведінці, відтак не бути нормою («передусім, правова норма є там і тоді, де і коли її демонструє соціальна практика. Оскільки офіційний текст може мати будь-який зміст, то наявність тексту про правову норму, не рівнозначна наявності самої норми .

Офіційний текст не має магічну силу, і з його допомогою не можна, подібно до заклинання, породжувати соціальні явища, які поки ще не існують» [3]). Хоча і має текстову форму вираження. Право ж, за словами М. І. Козюбри (з якими не можна не погодитись) «настільки складний, багатобарвний, багатогранний, багатомірний і багатозначний феномен, в якому так тісно переплітаються духовні, культурні і етичні засади, внутрішньодержавні і міжнародні, цивілізаційні і загальнолюдські аспекти, наукова істина і цінності добра і справедливості, досягнення правової теорії і практичний юридичний досвід, правові ідеали, інституціонально-нормативні утворення і правові відносини, що втиснути все це у рамки якоїсь універсальної дефініції просто неможливо. У вітчизняному ж правознавстві за попередньою традицією пошук єдиного визначення права все ще нерідко зводиться в фетиш» [4, с. 10].

Таким чином, вітчизняна правнича наука (і, звісно, освіта) має напевні зрозуміти необхідність відходу від легізму і сприйняти концепції права, які можна назвати ідеалістичними.

У зв'язку з цим не можна не згадати Нюрнберзький процес, на якому були засуджені за вчинення військових злочинів, злочинів проти миру лідери націонал-соціалістичної Німеччини. Виникає запитання: на підставі чого були засуджені ці люди? На підставі їхнього ж закону? На підставі вельн Гітлера, які і були законом? Звісно, ні. Цей процес, мабуть вперше у світовій історії відбувався і досяг результату завдяки зверненню до природного права, до ідеалістичної концепції права. «Саме так і мало бути», – стверджує здоровий глузд. Здоровий глузд, а не прескриптивний текст. Нагадаю, що вже більше 50-ти років питання відповідальності в міжнародному праві стоїть на порядку денному відповідних інституцій Організації Об'єднаних Націй. Згадаю Резолюцію Організації Об'єднаних Націй № 56/83 «Відповідальність держав за міжнародно-правові діяння», яка містить проект статей з цього питання, однак, до сьогодні Конвенції щодо цього не прийнято. Водночас, ситуація на міжнародній арені

вказує на необхідність вирішення піднятого питання, на неефективності окремих міжнародно-правових норм, особливо коли суб'єкт, що зобов'язаний їх реалізувати не бажає це робити, намагаючись знайти різні приводи для виправдання бездіяльності [5, с. 19].

Зважаючи на зазначене, не можна не згадати психологічний підхід до розуміння права, який відкидає погляди на право як на норми, юридичну практику чи втілення певних ідеалів та принципів і розглядає право виключно як прояв правосвідомості, явище людської психіки, на яку впливають різні фактори, в тому числі й законодавство. Як результат цього впливу право є сукупністю певних суб'єктивних переживань і емоцій, які є відображенням реального життя. Характер цих переживань та емоцій може бути дуже різноманітним. Саме це допомагає відрізнити право від суміжних категорій.

Представником психологічного напрямку в праві був випускник юридичного факультету Київського університету Леон Петражицький (1867-1931 рр.), творець психологічної теорії права, що викладена в працях «Теорія права і держави у зв'язку з теорією моральності» та «Вступ до вивчення права і моральності. Емоційна психологія».

Замість традиційного поділу елементів психічного життя на пізнання, почуття і волю Л. Петражицький запропонував поділ на: 1) двохсторонні активно-пасивні переживання, моторні подразнення – імпульси або емоції; 2) односторонні переживання, що, у свою чергу, поділяються на: а) односторонньо-пасивні, пізнавальні та чуттєві; б) односторонньо-активні, вольові. При цьому він підкреслював, що імпульси або емоції відіграють у житті людини роль головних та визначальних факторів пристосування до умов життя. Саме емоції є завжди мотивами поведінки людини, і будь-який зовнішній чи внутрішній подразник повинен пройти крізь його емоційну оцінку, що й є поштовхом до певних дій і міркувань.

Етичні переживання чи емоції поділяються на правові та моральні. Відмінність між ними полягає в тому, що у

правовому переживанні, на думку Л. Петражицького, існує уявлення про певних суб'єктів, які мають право вимагати виконання обов'язку. Натомість у моральному переживанні виступає тільки почуття обов'язку; це означає, що моральна емоція викликає обов'язок без одночасного переконання у праві іншого вимагати його виконання. Тобто, головна відмінність між правом і мораллю полягає в тому, що моральні імпульси мають суто імперативний характер, а право має імперативно-атрибутивний характер. Під «імперативністю» Л. Петражицький розуміє індивідуально-особистісне усвідомлення обов'язку, під «атрибутивністю» – усвідомлення «свого права», яке виступає зовні як вимога. Таким чином, у правовому переживанні обов'язок і правомочність нерозривно пов'язані між собою.

Особливої актуальності у західній культурі набула теорія природного права (аксіологічний або природно-правовий підхід), відповідно до якого вихідною формою буття права є суспільна свідомість; право – не тексти закону, а система ідей (понять) про загальнообов'язкові норми, права, обов'язки, заборони, природні умови їх виникнення та реалізації, порядок і форми захисту, яка є в суспільній свідомості та орієнтована на моральні цінності. При такому підході право і закон розмежовуються, першість надається праву як нормативно закріпленій справедливості, а закон розглядається як його форма, покликана відповідати праву як його змісту.

Таким чином, для України, яка обрала європейські цінності, хоче бути складовою частиною європейської культури, розбудувати правову державу, в якій реалізується верховенство права, необхідним є відхід від легізму і розуміння права через його ідеалістичні концепції, зокрема через природно-правову. За легізму не зможе бути реалізоване положення, відповідно до якого саме людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються основними цінностями. І зрозуміти це мають, в першу чергу, правники, які і стоять на сторожі права (легісти ж охороняють закон).

ЛІТЕРАТУРА:

1. Вышинский А. Я. Вопросы теории государства и права / А. Я. Вышинский. – Изд. 2. – М.: Государственное изд-во юрид. лит., 1949. – 206 с.
2. Воложанин М. Из Китая с ужасом / М. Воложанин [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://m.maximonline.ru/longreads/get-smart/_article/shinese-totalitarianism.
3. Четвернин В.А. Институциональная теория права [Электронный ресурс] / В. А. Четвернин, А. В. Яковлев. Режим доступа : <http://teoriaprava.hse.ru/files/institution.pdf>.
4. Козюбра М. И. Праворазуміння: поняття, типи та рівні / М. И. Козюбра // Право України. – 2010. – № 4. – С. 10-21.
5. Кучук А. М. Забезпечення реалізації норм права (національний і міжнародний аспект): правовий дискурс / А. М. Кучук // Альманах міжнародного права. – 2015. – Вип. 9. – С. 14-20.
6. Давид Р. Основные правовые системы современности [Электронный ресурс] / Рене Давид ; [пер. с франц. В. А. Туманова]. – 1988. – Режим доступа : <http://lib.ru/PRAWO/rene.txt>.
7. Держсекретар США Джон Керрі вважає, що прийняті Радою закони порушують норми ОБСЄ та ЄС [Електронний ресурс] / Корреспондент.net, 18 січня 2014 р. – Режим доступу : <http://ua.korrespondent.net/ukraine/politics/3286293-derzhsekretar-ssha-dzhon-kerrivvazhaie-scho-pryiniati-radoui-zakony-porushuuit-normy-obsie-ta-yes>.
8. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30.
9. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – ст. 141.
10. Montevideo Convention on the Rights and Duties of States of December 26, 1933 // Council on Foreign Relations. – Режим доступу : <http://www.cfr.org/sovereignty/montevideo-convention-rights-duties-states/p15897>.

REFERENCES

1. Vyshinskij, A. J. (1949). *Voprosy teorii gosudarstva i prava [Issues of theory of state and law]*. Moscow: Gosudarstvennoe izdatel'stvo juridicheskoy literatury, 206 p. [in Russian]
2. Vologzhanin, M. (2015). *Iz Kitaja s uzhasom [From China with horror]*. Retrieved from http://m.maximonline.ru/longreads/get-smart/_article/shinese-totalitarianism.
3. Chetvernin, V. A., & Jakovlev, A.V. (2009). *Institucionalnaja teorija prava [Institutional theory of law]*. Retrieved from <http://teoriaprava.hse.ru/files/institution.pdf>.
4. Kozjubra, M. I. (2010). *Pravorozuminnia: poniatia, tyipy ta rivni* [Understanding of law: concepts, types and levels]. *Pravo Ukrainy [Law of Ukraine]*, 4, 10-21. [in Ukrainian]
5. Kuchuk, A. M. (2015). *Zabezpechennia realizatsii norm prava (natsionalnyi i mizhnarodnyi aspekt): pravovyi dyskurs [Implementation of standards of law provision (national and international aspect): the legal discourse]*. *Almanakh mizhnarodnoho prava [Almanac of international law]*, 9, 14-20. [in Ukrainian]
6. David, R. (1988). *Osnovnye pravovye sistemy sovremenosti [The main legal systems of modern time]*. (V. A. Tumanov, Transl.). Retrieved from <http://lib.ru/PRAWO/rene.txt>. [in Russian]
7. N/A (January 18, 2014). *Derzhsekretar SShA Dzhon Kerri vvažhaie, shcho pryiniati Radoui zakony porushuuit normy OBSI ta YS [State Secretary John Kerry considers the law adopted by Rada of Ukraine violate the rules of OSCE and EU]*. *Korrespondent.net*. Retrieved from <http://ua.korrespondent.net/ukraine/politics/3286293-derzhsekretar-ssha-dzhon-kerrivvazhaie-scho-pryiniati-radoui-zakony-porushuuit-normy-obsie-ta-yes>. [in Ukrainian]
8. *Zakon Ukrainy (2006) «Pro vykonannia rishen ta zastosuvannia praktyky Yevropejskoho sudu z prav ludyiny» N3477-IV vid 23 lutogo 2006 [Law of Ukraine (2006) «On the enforcement of decisions and application of practice of European Court of Human Rights» N3477-IV of February, 23rd, 2006]*. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy [Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine]*, 30. [in Ukrainian]
9. *The Constitution of Ukraine (1996) of June, 28th, 1996*. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy [Bulletin of Verkhovna Rada of Ukraine]*, 30. [in Ukrainian]
10. *Montevideo Convention on the Rights and Duties of States (December 26, 1933)*. *Council on Foreign Relations*. Retrieved from <http://www.cfr.org/sovereignty/montevideo-convention-rights-duties-states/p15897>.



УДК 347.15/18

Стефанчук Микола Олексійович

*Професор кафедри цивільного та трудового права
Київського національного економічного університету
імені Вадима Гетьмана,
кандидат юридичних наук, доцент*

ІСТОРИЯ, СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ТЕОРІЇ «ДИНАМІЧНОЇ ПРАВОЗДАТНОСТІ» В УКРАЇНСЬКІЙ ЦИВІЛІСТИЧНІЙ НАУЦІ

Stefanchuk M.

History, reality and perspective of genesis of the theory of «dynamic capacity» in ukrainian civil science

Abstract. The study concerns one of the existing civil science issues - the theory of «dynamic capacity», which was proposed by Soviet scientists M.M. Agarkov. It took a lot of time, but the debate and contrast the views of the scientific community regarding the proof of the concept and meaning have not ceased to this day. In the scientific article presents the results of studying the views of representatives of opposing scientific camps on the problem. Based on the critical analysis and comparison with the current law is concluded in favor of «dynamic capacity» theory.

Key words: *standing, dynamic theory, the static theory sekunday law, subjective law, civil law, a physical person.*

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими та практичними завданнями.

Спеціальні наукові дослідження проблеми правоздатності в радянському цивільному праві датуються 40-70-ми роками ХХ ст. Аналіз сучасних підручників та інших публікацій у галузі приватного права як українських, так й інших науковців країн пострадянського простору, дозволяє стверджувати, що й сьогодні багато висновків та актуальних теорій базується на ідеях та запозиченнях того часу. Але, навіть враховуючи гарний стан розвитку цивілістичної науки, необхідно підкреслити, що явище правоздатності, як теоретична та прикладна категорія й досі не перестає бути цікавою та спірною темою для дискутування.

Одним із дискусійних питань у загальному вченні про цивільну правоздатність, починаючи з 40-х років минулого століття (радянського періоду) до наших днів, залишається визначення її природи та змісту. Спір виник переважно через те, що вчені по-різному ставляться до того, чим є правоздатність: суб'єктивним

правом, властивістю (якістю) суб'єкта, сумарним вираженням суб'єктивних прав особи або стадією розвитку суб'єктивного права. Навіть враховуючи, те, що полеміка триває вже тривалий час, в наслідок чого з'явилося багато наукових праць з зазначеної тематики – переконливої відповіді на питання чим же є правоздатність, і досі не надано.

Початком зазначеної наукової дискусії вважається теорія «динамічної правоздатності», яка була запропонована М. М. Агарковим [1, с. 70-73]. У свою чергу, власне (протилежне попередньому) бачення цього питання – концепцію «статичної правоздатності» ініціював С. М. Братусь [2, с. 31].

Метою наукової статті є вивчення думок наукової спільноти, у першу чергу вітчизняних фахівців, щодо обґрунтованості зазначеної теорії у наш час, та формулювання власної позиції існування та бачення «динамічної правоздатності».

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор, виділення

невирішених раніше частин загальної проблеми.

Як було зазначено, дискусія з приводу біполярних поглядів на властивість правоздатності (статична або динамічна) як правової категорії сягає ще у радянський період минулого століття. Крім авторів протилежних концепцій М. М. Агаркова та С. М. Братуся на підтримання чи заперечення теорії «динамічної правоздатності» ставали такі радянські вчені як В. А. Дозорцев, Г. І. Петров, С. Ф. Кечекьян (прихильники), Я. Р. Веберс, А. В. Венедиктов, О. О. Красавчиков, О. С. Іоффе, Ю. К. Толстой (критики). Серед наших сучасників власне бачення цієї теорії знаходять відбиток у працях російських вчених В. А. Белова, В. В. Груздєва, О. О. Ягєльніцького та інших. Серед українських цивілістів про теорію «динамічної правоздатності» М. М. Агаркова згадували В. В. Боднар, В. В. Валах, А. В. Козловська, В. В. Надьон, А. В. Пасічник, В. М. Парасюк, З. В. Ромовська, Р. О. Стефанчук, Т. В. Шлапко тощо. Проте, треба зазначити, що й по теперішній час ця тематика залишається дуже спірною. Серед науковців не сформовано одностайної думки щодо доведеності теорії «динамічної правоздатності» та її впливу на українську правову систему.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Відповідно до динамічної концепції М. М. Агаркова, зміст правоздатності залежить від того, якими конкретними правами володіє правоздатна особа, перебуваючи у правовідносинах з іншими суб'єктами. Зі зміною правовідносин, коли особа стає учасником інших правовідносин, трансформується зміст правоздатності [1, с. 287]. Лояльне ставлення та подальший розвиток теорія динамічної правоздатності отримала у працях деяких вчених, ровесників М. М. Агаркова: В. А. Дозорцева, Г. І. Петрова, С. Ф. Кечекьяна.

Інший погляд відстоювали вчені, які вважали, що правоздатність за своєю правовою природою має характер суб'єктивного цивільного права.

Родоначальник концепції «статичної правоздатності» С. М. Братусь вважав, що природу правоздатності слід визначати як суб'єктивне право, оскільки «правоздатність – це право бути суб'єктом прав та обов'язків» [3, с. 6]. Правоздатність – це абстрактна і всезагальна передумова володіння правами й обов'язками. Ця передумова не може диференціюватися при зіставленні одного суб'єкта з іншим, тим більше не може змінюватися для одного і того ж суб'єкта в різних конкретних суспільних відносинах. Вона належить усім та кожному, залишаючись рівною та незмінною як за обсягом, так і за змістом [3, с. 5-10].

Якщо проаналізувати власні роботи науковців – прихильників теорії «динамічної правоздатності», як от М. М. Агаркова, В. А. Дозорцева, С. Ф. Кечекьяна, Г. І. Петрова, В. А. Кучинського, а також праці їх опонентів – С. М. Братуся, О. С. Іоффе, А. В. Венедиктова, Ю. К. Толстого, то стає зрозумілим, що саме покладалось до основи теорії динамічної правоздатності. Ще на початку XIX ст. провідний вчений своєї епохи (яка охоплювала дореволюційний та початок радянського періодів) Ю. С. Гамбаров відступив від традиційного розуміння правоздатності. Ним було запропоновано разом із абстрактною правоздатністю осіб виокремлювати також конкретну правоздатність з її можливими змінами [4]. Пізніше, саме цей висновок поклав в основу своєї «динамічної теорії правоздатності» М. М. Агарков. Вчений виходив з того, що будь-яка особа на підставі закону володіє правоздатністю, тобто абстрактною можливістю мати права, яка при наявності певних юридичних фактів перетворюється у повноцінне суб'єктивне право, яке і стає елементом відповідного правовідношення. На думку багатьох цивілістів зміст суб'єктивного цивільного права складають три правомочності: а) правомочність на власну поведінку; б) правомочність вимоги поведінки від інших осіб; в) правомочність захисту свого суб'єктивного цивільного права [5, с. 11-12]. При цьому загальновизнаним є те, що здійснення

суб'єктивного права – це реалізація можливостей, які має уповноважена особа, тобто здійснення реальних конкретних дій, пов'язаних із перетворенням можливості, яка складає зміст суб'єктивного права, у дійсність [5, с. 30-31; 6, с. 379; 7]. В концепції М. М. Агаркова можливості, що стосуються «прав взагалі» – її статична складова, а конкретних суб'єктивних прав – динамічна [1, с. 68-69]. Вважаємо, що у подальших працях позиції вченого під час розмірковувань, обґрунтовувань та висновків з різноманітних питань цивільно-правового характеру будувалася саме з вихідних положень запропонованої ним концепції.

Подальше дослідження та розвиток власної концепції привели М. М. Агаркова до висновку, що в теорію «динамічної правоздатності» органічно вписується висунута у наукових колах цивілістичної науки гіпотеза про існування у цивільних правовідносинах «секундарних прав». Науковець виходив з того, що будь-яка особа на підставі закону володіє правоздатністю, тобто абстрактною можливістю мати права, яка при наявності певних юридичних фактів перетворюється у повноцінне суб'єктивне право, яке і стає елементом відповідного правовідношення. Проте у певних випадках особа на підставі договору або закону наділяється можливістю своїм одностороннім волевиявленням викликати виникнення суб'єктивного права. Ця можливість ще не є повноцінним суб'єктивним правом, однак це вже й не абстрактна, а конкретно визначена можливість. Разом із тим дослідник наполягав на тому, що не кожному юридичному дію можна визнавати проявом суб'єктивного права, оскільки іноді здійснення такої дії не породжує в іншої особи обов'язку здійснити відповідну дію, але на визначений строк певною мірою зв'язує її можливість здійснення відповідної дії. Саме такі дії особи вчений відносив до секундарних прав. Так, він стверджував, що пропозиція укласти договір – це ще не суб'єктивне право, а «виникаюче» або так зване секундарне право [1, с. 70-72]. Отже, М. М. Агарков розрізняв правоздатність у її динамічному стані, тобто можливість особи реалізувати

(проявити) конкретні її складові; суб'єктивне право, яке виникає шляхом реалізації правоздатності і характеризується тим, що йому протиставлений обов'язок іншої особи, та секундарне право, яке не може вважатися суб'єктивним правом, оскільки воно не породжує обов'язку у третьої особи здійснити відповідну дію. Як підкреслює з цього приводу П. Гринько: «вчений розглядав секундарне право як категорію, ширшу за правоздатність, але вужчу, ніж суб'єктивне право особи» [8, с. 210].

Інший провідний вчений радянської доби О. С. Іоффе намагався неупереджено проаналізувати усі негативні та позитивні прояви обох підходів до розуміння цивільної правоздатності. Він допускав існування юридично значимих дій, які проявляють правоздатність, але не втілюються в існуючих суб'єктивних правах. Тобто, «... на одному полюсі знаходиться правоздатність як абстрактна здатність правоволодіння, а на іншому суб'єктивне право як один із конкретних проявів правоздатності» [9, с. 289].

Наведені вище погляди на зміст та обґрунтованість теорії «динамічної правоздатності», зокрема як ті, що доводять існування цього феномену, так й ті, що його заперечують, стосувалися, у переважній більшості, праць вчених минулого століття. Надалі, ми розглянемо стан дослідження цього питання у роботах сучасних цивілістів, та проаналізуємо вплив цієї теорії на українську правову систему.

Вже сучасний нам вітчизняний цивіліст – Л. В. Козловська зазначає, що суб'єктивне право, перетворюючись із абстрактної можливості на реальне повноваження, тобто, набуваючи ознак суб'єктивного права, забезпечується обов'язком. У цьому розумінні міра можливої поведінки суб'єкта права дзеркально відображає міру необхідної поведінки суб'єкта обов'язку, проте остання все ж таки не входить до структури суб'єктивного права [10, с. 70-71].

Російський вчений сьогодення В. В. Груздев легко критично сприймає деякі висновки О. С. Іоффе. Зокрема він ставить під сумнів те, що правосуб'єктність вичерпується мірою поведінки, дозволеної суб'єкту права, і не породжує сама по собі

можливості вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб [11, с. 185]. На нашу власну думку висновки О. С. Іоффе з приводу співвідношення правоздатності та конкретного суб'єктивного права можна розглядати, як певний компроміс на шляху доведення існування динамічної правоздатності. Необхідним на цьому шляху є його зауваження з приводу того, що умовою виникнення суб'єктивного права є юридичні факти. У словнику правових термінів юридичні факти визначені, як – конкретні життєві обставини, з якими норми права пов'язують виникнення, припинення або зміну правових відносин. Юридичні факти характеризуються такими ознаками: а) виявляються у зовнішніх обставинах або подіях матеріального світу і пов'язані з їх наявністю або відсутністю; б) прямо або опосередковано передбачені нормами права; в) викликають передбачені законом юридичні наслідки [12, с. 555]. Поряд з цим, категоричне переконання О. С. Іоффе, що ті ж самі суб'єктивні права виникають безпосередньо не із правоздатності, а із передбачених законом юридичних фактів – вважаємо не дуже коректним. І хоча чинний закон каже, що цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, що передбачені актами цивільного законодавства, а також із дій осіб, що не передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки (ч. 1 ст. 11 ЦК України) – це не може нівелювати значення правоздатності. Так, абстрактна правоздатність вимагати відшкодування збитків, які завдані особі у результаті порушення її цивільного права закріплена у ч. 1 ст. 22 ЦК України та виникає з народження. Проте, у кожному окремому випадку, крім юридичного факту (діяння, яке порушує право) необхідно з'ясувати наявність конкретної правоздатності особи на право, яке порушено.

Намагання відтворити теорію «динамічної правоздатності» у новому форматі, з урахуванням національних (пострадянських) правових систем, зокрема Російської Федерації, спостерігаємо у працях російського цивіліста В. А. Белова.

У ході свого дослідження він робить висновок про те, що «... динамічне розуміння правоздатності ніяк не можна ототожнити з конструюванням принципово нового поняття динамічної правоздатності, тим більше – протиставлюваною правоздатності взагалі». На його думку, доцільніше казати про розподіл поняття правоздатності на дві органічно зведені складові: а) статичну (постійну та однакову для всіх суб'єктів певного виду) і б) динамічну (індивідуальну для кожного суб'єкта і при цьому змінну). Сама «цивільна правоздатність не може бути представлена виключно у статичному становищі. Автор робить спробу «змінити поняття про цивільну правоздатність, визнавши, що вона складатиметься з можливостей двох різних рівнів абстракції – мати (набувати, здійснювати і розпоряджатися) суб'єктивні права (нести, покладати, виконувати, припиняти обов'язки) взагалі і аналогічних можливостей, що відносяться до конкретних суб'єктивних прав і юридичних обов'язків» [13].

Інший російський вчений В. В. Груздєв диференційовано підходить до висновків В. А. Белова. Зокрема, він прислухається до позиції тих науковців, які вважають, що правоздатність не є специфічним суб'єктивним правом мати права, (правом на право), проте не підтримує твердження про наявність поведінкової складової в сутності правоздатності, яка покладається В. А. Беловим до основи динамічної теорії. Мотивуючи своє бачення цього питання, він вказує, що, припускаючи наявність специфічних поведінкових ознак правоздатності конкретного суб'єкта, не можна виключати того, що це буде наслідком придбаного суб'єктивного права з певним коригуванням від її традиційного розуміння. Поведінкова складова, на думку В. В. Груздєва – швидше суть приналежності суб'єктивного права, яке за допомогою юридичних фактів перетворюється з норм права в можливість дії особи, трансформуючи об'єктивне право в суб'єктивне [11, с. 188-189].

Серед українських представників цивілістичної науки, які звертали увагу на

теорію «динамічної правоздатності» також немає одностайності у поглядах щодо її обґрунтованості та корисності для теорії приватного права.

Р. О. Стефанчук асоціює себе з тими вченими, які розуміють цивільну правоздатність як суб'єктивне цивільне право певного спеціального роду (*sui generis*). Він вважає, що очевидними вадами динамічної концепції є заперечення фізичних осіб та ставлення її обсягу в залежність від низці інших обставин, що прямо суперечить позиції ЦК України [5, с. 116]. На зазначену критику можна відповісти припущеннями В. А. Белова, а саме – правоздатність (у динамічному її розумінні) не виключає статистичної складової – «постійної та однакової для всіх суб'єктів певного виду» [13]. З позиції динамічної теорії, наприклад, будь-яка особа (з урахуванням вимог статей 31-39 ЦК України про дієздатність) має однакову правоздатність на здійснення правочинів. Так саме на підставі договору про надання правової допомоги здійснюється адвокатська діяльність (ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Але адвокату забороняється укладати договір про надання правової допомоги у разі конфлікту інтересів (ст. 28 цього ж Закону). Такий конфлікт інтересів може виникнути у випадку якщо адвокат надає правову допомогу іншій особі, інтереси якої можуть суперечити інтересам особи, яка звернулася щодо укладення договору про надання правової допомоги. І це аж ніяк не суперечить вимогам ЦК України. Така динамічна правоздатність адвоката може виникати у зв'язку з укладеннями угодами про надання правової допомоги, які мали місце раніше за часом, ніж виникла нагода укласти договір з іншим клієнтом, інтереси якого суперечать інтересам попередніх клієнтів. Проте цей стан ні яким чином не позбавляє адвоката правоздатності в інших правочинах.

А. В. Козловська, яка схиляється до статичної теорії, є категоричною у тому, що усі характеристики правоздатності мають розглядатися винятково як абстрактна можливість. За її переконанням, якщо повноваження належать визначеній

особі щодо реально існуючого об'єкта, йдеться вже про суб'єктивне право як елемент цивільного правовідношення у правовому механізмі здійснення та захисту [10, с. 71]. На наш власний погляд, таке знеособлення правоздатності занадто категоричне. Фактично, подібна заява вченої виключає правоздатність з елементів правовідношення, тобто позбавляє її реального практичного значення, оскільки правовідносини не можуть виникати абстрактно – вони виникають, здійснюються та завершуються за обов'язковою участю хоча б одного суб'єкта. А обов'язкова наявність правоздатності та дієздатності, як умов участі особи (як то фізичної чи юридичної) у правовідносинах є догмою правової науки.

Наведена нами позиція не є поодиноким випадком у науці. Наприклад, А. В. Пасічник у своєму дослідженні доводить, що правоздатність є властивістю суб'єкта права [14, с. 30]. Т. В. Шлапко каже, що будь-яка особа може стати учасником конкретного правовідношення, а саме пенсійного правовідношення по інвалідності, лише за умови наявності у неї правосуб'єктності [15, с. 138].

Аналізуючи зміст декількох праць Т. В. Шлапко ми доходимо висновку, що авторка належить до вчених, які позитивно сприймають ті положення, на яких заснована теорія «динамічної правоздатності». І хоча у її публікаціях прямо мова про це не йдеться – текст наукових праць Т. В. Шлапко містить деякі висновки, які можуть бути використані як аргумент у доведенні права існування названої концепції. Так, в одній з наукових статей вказаного автора у висновках зазначено: «правоздатність поділяється на загальну, галузеву та спеціальну. Виникнення правоздатності у правомочного суб'єкта у сфері пенсійного забезпечення по інвалідності пов'язується з початком суспільно корисної діяльності чи настанням об'єктивних підстав для одержання пенсії» [15, с. 139]. При цьому, такі висновки вчена робить посилаючись на праці інших визнаних науковців, зокрема: С. С. Алексєєва, В. С. Афанасьєва, А. П. Герасимова, В. І. Гоймана тощо.

Є неподинокі приклади таких наукових праць у яких вчені поряд з іншими аспектами розглядають наявну у теорії правоздатності дилему – динамічної (М. М. Агаркова) та статичної (С. М. Братуся) концепцій. При цьому деякі з них (наприклад, В. В. Надьон [16], А. В. Пасічник [14]), лише констатують окремі аспекти наявного диспуту, при цьому явно не підтримуючи теорію динамічності, проте й не заперечуючи її.

Висновки. Отже, з наведеного емпіричного матеріалу можна зробити висновок, що ми особисто допускаємо існування динамічного стану цивільної правоздатності фізичної особи. Така думка склалася з критичного аналізу досліджень як тих вчених, які спростовували об'єктивність теорії «динамічної правоздатності», так і тих, які або її підтримували або лише не заперечували. З метою виключення необґрунтованого суб'єктивізму у приведених нами аргументах, власні погляди ми намагалися підкріплювати подібними думками інших авторів з тих питань, які були предметом різночитання.

Резюмуючи вище сказане, вважаємо за необхідне підкреслити той аргумент, яким М. М. Агарков мотивував наявність динамічної правоздатності. До основи його теорії було покладено презумпцію того, що суб'єктивному праву протистоїть обов'язок іншої особи. Якщо брати до уваги, що М. М. Агарков та його однодумці категорично заперечують тотожність правоздатності та суб'єктивного права («право на право»), то очевидний висновок, що правоздатність не порушує відповідного обов'язку з боку жодної особи. Вона є лише необхідною передумовою виникнення суб'єктивного права. А отже, у лаңцогу перетворення абстрактної можливості (на підставі правоздатності) у конкретне суб'єктивне

право мають бути зумовлені кореспондуючі праву обов'язки. Відтак, у гіпотетичних приватних правовідносинах суб'єктивні права можуть виникнути на підставі юридичних фактів, лише за можливості забезпечення їх відповідними обов'язками (передбачених законом) і навпаки. Або має місце так зване «секундарне право», яке не може вважатися суб'єктивним правом, оскільки воно не породжує обов'язку в третьої особи здійснити відповідну дію. Проте, виходячи з окреслених положень, використовувати семантичне поняття «право», маючи на увазі вказане правове явище також не цілком правильно. Скоріше це «секундарна правомочність» ніж право. Подібні висловлення можна зустріти у працях С. С. Алексеева (секундарні правомочності – це «другорядні» правові утворення...) [17, с. 58], І. Ю. Краська (...секундарною (вторинною) правомочністю...) [18, с. 81], Ф. О. Богатирьова (...секундарне право – це особлива секундарна правомочність, яка стоїть між правоздатністю і суб'єктивним правом) [19, с. 70] тощо. Наведене, на нашу думку й обумовлює динамічний стан правоздатності у конкретно взятих випадках.

В інших сферах гуманітарних та технічних наук динаміку розуміють як хід розвитку, зміну якогось явища, а так само його відтінки під впливом діючих на нього факторів. Відтак, підтримуючи теорію «динамічної правоздатності», необхідно зазначити, що під цим поняттям треба розуміти саме динамічний стан цивільної правоздатності особи, який обумовлюється певними факторами, а також поведінкою (у минулому та (або) сьогоденні) фізичної особи та (чи) його контрагента. При такому розумінні абстрактна правоздатність особи залишається незмінною, невідчужуваною та однаковою для фізичних осіб. Що взагалі не суперечить ЦК України.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков – М., 1940. – 175 с.
2. Братусь С. Н. О соотношении гражданской правоспособности и субъективных гражданских прав / С. Н. Братусь // Советское государство и право. – 1948. – № 8. – С. 30-37.
3. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь. – М.: Госюриздат, 1950. – 367 с.
4. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть : учебн. / Ю.С. Гамбаров. – СПб., 1911. – 373 с. [Электронный ресурс]. – Режим доступа:

- http://www.docme.ru/doc/2267/gambarov_yu.s.-grazhdanskoe-pravo.-obshhaya-chast._---c.-peter...
5. Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав : моногр. / М. О. Стефанчук. – К. : КНТ, 2008. – 184 с.
 6. Гражданское право : учебн. : т. 1. – 2-е изд. / отв. ред. Е. А. Суханов. – М. : БЕК, 1998. – 786 с.
 7. Безсмертна Н. Співвідношення понять «право власності» та «здійснення права власності» / Н. Безсмертна [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravoznavec.com.ua>.
 8. Гринько П. Теорії секундарних прав у доктрині цивільного права / П. Гринько // Вісник Академії правових наук України. – Х. : Право, 2010. – № 2(61). – С. 207-216.
 9. Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права» / О. С. Иоффе. – М. : Статут, 2000. – 777 с.
 10. Козловська Л. В. Правосуб'єктні передумови спадкових правовідносин у механізмі правового регулювання здійснення та захисту спадкових прав / Л. В. Козловська // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2014. – Вип. 728. – Правознавство. – С. 69-73.
 11. Груздев В. В. Человек и право: исторические, общетеоретические и цивилистические очерки : моногр. / В. В. Груздев. – Кострома : КГУ им. Н. А. Некрасова. – 2010. – 463 с.
 12. Словник фінансово-правових термінів / за заг. ред. Л. К. Воронової. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К. : Алерта, 2011. – 558 с.
 13. Белов В. А. Концепция «динамической правоспособности»: Попытка нового прочтения / В. А. Белов // Кодекс-info. – 2003. – № 3-4. – С. 92-103.
 14. Пасічник А. Щодо поняття правоздатності суб'єкта права / Андрій Пасічник // Теорія держави і права. – 2009. – № 11. – С. 28-31.
 15. Шлапко Т. В. Особливості правомочних суб'єктів пенсійних правовідносин по інвалідності в солідарній пенсійній системі / Т. В. Шлапко // Правовий вісник Української академії банківської справи. – 2012. – № 1(6). – С. 136-141.
 16. Надьон В. В. Деякі аспекти визначення правоздатності в цивільному праві / В. В. Надьон // Теорія і практика правознавства. – 2014. – Вип. 1 (5) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2014_1_6.
 17. Алексеев С. С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования / С. С. Алексеев // Теоретические проблемы гражданского права : сб. учен. тр. / Свердлов. юрид. ин-т. – Свердловск, 1970. – Вип. 13. – С. 46-63.
 18. Красько И. Е. Правовая природа брачного контракта / И. Е. Красько // Проблемы законности : Республик. міжвід. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Вип. 33. – Х., 1998. – С. 79-82.
 19. Богатырев Ф. О. Секундарное право на примере постановления Президиума Верховного Суда России / Ф. О. Богатырев // Журн. рос. права. – 2005. – № 2. – С. 68-72.

REFERENCES

1. Agarkov M. M. (1940). *Objazatel'stvo po sovetскому grazhdanskomu pravu [Obligations in the soviet civil law]*. Moscow: Gosjurizdat. 175 p. [in Russian].
2. Bratus' S. N. (1948). *O sootnoshenii grazhdanskoj pravospobnosti i subektivnykh grazhdanskih prav [On the relation between civil capacity and subjective civil rights]*. Sovetskoe gosudarstvo i pravo [Soviet state and law], 8, p. 30-37. [in Russian].
3. Bratus' S. N. (1950). *Subekty grazhdanskogo prava [Subjects of civil law]*. Moscow: Gosjurizdat. 367 p. [in Russian].
4. Gambarov, J. (1911). *Grazhdanskoe pravo. Obschaya chast'. uchebnik. [Civil law. General Part. Textbook]*. [ebook] Sankt-Peterburg, 373 p. Available at: http://www.docme.ru/doc/2267/gambarov%20yu.%20s.-grazhdanskoe-pravo.-obshhaya-chast._---c.-peter... [Accessed 29 May 2016]. [in Russian].
5. Stefanchuk M. O. (2008). *Mezhi zdiisnennia sub'ektivnykh tsyvilnykh prav [The Limits of the Subject Civil Rights Realization]*. Kyiv. Alerta, KNT, Tsentr uchb. l-ry. 179p. [in Ukrainian].
6. Suhanov, E. ed., (1998). *Grazhdanskoe pravo: uchebnik. Part 1 [Civil law. Part 1. Textbook]*. 2nd ed. Moscow: BEK, 786 p. [in Russian].
7. Bezsmertna N. (2003). *Spivvidnoshennia poniat «pravo vlasnosti» ta «zdiisnennia prava vlasnosti»*. [Value concepts of «ownership» and «the right property»] Available: www.pravoznavec.com.ua/period/article/1230/%C 1. Last accessed 29th May 2016. [in Ukrainian].
8. Hrynko P. (2010). *Teorii sekundarnykh prav u doktryni tsyvilnogo prava [Theories of secondary rights in doctrine of civil law]*. Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy [Bulletin of the Academy of Sciences of Ukraine]. 2 (61), p.207-216. [in Ukrainian].
9. Ioffe O. S. (2000). *Izbrannyye trudy po grazhdanskomu pravu: Iz istorii civilisticheskoy mysli. Grazhdanskoe pravoотношение. Kritika teorii «hozyajstvennogo prava» [Selected works on civil law: From the history of the civil law thought. Civil relations. Criticism of the theory of «economic law»]*. Moscow: Statut. 777 p. [in Russian].
10. Kozlovskaya L. V. (2014). *Pravosub'ektivni peredumovy spadkovykh pravovidnosyn u mekhanizmi pravovoho rebuliuvannia zdiisnennia ta zakhystu spadkovykh prav [Lawsubjective preconditions inherited relationships in the mechanism of legal regulation implementation and protection*

- of inheritance rights*]. Naukovi visnyk Chernivetskoho universitetu [Scientific Bulletin of Chernivtsi University]. 728, 69-73 p. [in Ukrainian].
11. Gruzdev V. V. (2010). *Chelovek i pravo: istoricheskie, obshcheteoreticheskie i civilisticheskie ocherki : monograph [Man and the Law: Historical, Theoretical and civilistic essays: monograph]*. Kostroma: KGU im. N.A. Nekrasova. 463 p. [in Russian].
12. Voronova, L. K. ed., (2011). *Slownyk finansovo-pravovykh terminiv [Glossary of financial and legal terms]*. 2nd ed. Kyiv: Alerta, 558 p. [in Ukrainian].
13. Belov V. A. (2003). *Koncepcija «dinamicheskoy pravospobnosti»: Popytka novogo prochtenija [The concept of «dynamic capacity»: Attempting new interpretation]*. Kodeks-info. 3-4, p. 92-103. [in Russian].
14. Pasichnyk A. (2009). *Shchodo poniattia pravozdatnosti subiekta prava [Regarding the notion of legal capacity of an entity]*. Teoriia derzhavy i prava [Theory of state and law]. 1, p. 28-31. [in Ukrainian].
15. Shlapko T. V. (2012). *Osoblyvosti pravomochnykh subiektiv pensiiykh pravovidnosyn po invalidnosti v solidaruii pensiiinii systemi [Peculiarities from eligible persons in the legal relationship on disability pension in a solidarity pension system]*. Pravovyi visnyk Ukrainskoi akademii bankivskoi spravy [The Legal Bulletin of Ukrainian Banking Academy]. 1 (6), p.136-141. [in Ukrainian].
16. Nadon V. V. (2014). *Deiaki aspekty vyznachennia pravozdatnosti v tsyvilnomu pravi [Some aspects of the definition of legal capacity in civil law]*. Available: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2014_1_6. Last accessed 29th May 2016. [in Ukrainian].
17. Alekseev S. S. (1970). *Odnostoronnie sdelki v mehanizme grazhdansko-pravovogo regulirovaniya [Unilateral transactions in the mechanism of civil-law regulation]*. Teoreticheskie problemy grazhdanskogo prava [Theoretical problems of civil law]. 13, 46-63. [in Russian].
18. Krasko Y. E. (1998). *Pravovaia pryroda brachnogo kontrakta [Legal nature of the marriage contract]*. Problemy zakonnosti: Respublikanskyi mizhvidomchyi naukovyi zbirnyk [Problems of legality: Republican interdepartmental scientific journals]. 33, p. 79-82. [in Ukrainian].
19. Bogatyrev F. O. (2005). *Sekundarnoe pravo na primere postanovleniya Prezidiuma Verbovnoho Suda Rossii [Sekundary right on the example of the decision of the Presidium of the Russian Supreme Court]*. Zhurnal rosijskogo prava [Bulletin of Russian law]. 2 (2), 68-72. [in Russian].

УДК 340

**Сердюк Игорь Анатольевич**

*Доцент кафедры теории и истории государства и права
Днепропетровского государственного университета внутренних дел,
кандидат юридических наук, доцент*

СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЯ «ПРАВОВОЙ АКТ» СО СМЕЖНЫМИ КАТЕГОРИЯМИ

Serdiuk I. A.**Correlation of notion «legal act» with related categories**

Abstract. The aim of the article is to find out the similarities and differences of the category «legal act» and correlated with it in terms of content and volume concepts, namely «objective law», «source of law», «legal behavior». On the basis of the comparative analysis, the author came to the following conclusions. Common thing for all these concepts is the essential feature reflecting their relationship with the legal consequences. A distinctive feature of the legal phenomena – different concepts volume is stipulated by regularity between the content of the concept and its volume. Expanding of the concept volume results in a decrease of its content, and vice versa – increase of the content of the concept leads to a restriction of its volume.

Key words: *legal act, objective law, source of law, legal behavior, legal fact, legal document, legal means.*

Важная задача общетеоретической юридической науки – уточнение её понятийно-категориального аппарата, одним из составляющих которого является понятие правовой (юридический) акт. Решение указанной задачи сводится не только к раскрытию содержания этой категории, выделению её существенных признаков, классификации, но и, что не менее важно, – выяснению соотношения этого понятия со смежными категориями.

Одним из аспектов познавательной функции теории права является получение и расширение научных знаний об общетеоретическом понятии «правовой акт», его дифференциации, правилах, приёмах и специфических средствах подготовки, оформления и систематизации отдельных разновидностей правовых актов, их доведения до сведения заинтересованных лиц, отграничении от смежных категорий.

Целью статьи — выяснение общих черт и отличий понятия «правовой акт» и соотносимых с ним по своему содержанию и объёму категорий, а именно: «объективное право», «источник права», «правовое поведение», «юридический

факт», «юридический документ», «правовое средство».

Считаем, что эффективность познавательной деятельности по достижению поставленной исследовательской цели в значительной степени зависит от избранной методологической парадигмы, то есть, совокупности предпосылок, определяющих конкретное научное исследование (знание) и признанных на данном этапе. К числу таких предпосылок следует отнести следующие теоретические положения:

1) несмотря на первоначальные различия в смысловых значениях слов «правовой» и «юридический», современная юридическая наука чаще всего использует термины «правовой акт» и «юридический акт» как синонимы. Что же касается одноимённых понятий, то, по нашему мнению, их содержание и объём необходимо рассматривать исходя из того, в каком аспекте, применительно к общетеоретической характеристике какого правового феномена они используются;

2) любое научное понятие, как форма абстрактного мышления, отражающая предметы и явления в их существенных признаках, в том числе и относящиеся к

категориальному аппарату общей теории государства и права, имеет содержание и объём. Под содержанием понятия традиционно понимают совокупность существенных признаков предмета, которая мыслится в данном понятии. Объём – множество элементов, которое мыслится в понятии [1, с. 34];

3) в связи с этим, избранный нами алгоритм исследования предполагает: во-первых, раскрытие содержания и определение объёма общетеоретических категорий, которые составляют предмет сравнительного анализа; во-вторых, выяснение их общих черт и отличий, а также возможных противоречий;

4) поставленные исследовательские задачи будут решаться нами на основе принципа научного плюрализма и с учётом такого подхода к пониманию указанных выше понятий, который учитывает аспект правового явления, составляющий предмет сравнительного анализа.

В качестве методологической основы этой научной работы послужили диалектический, формально логический и сравнительно-правовой методы исследования явлений правовой действительности.

Правовой акт является феноменом правовой реальности, комплексное представление о котором может быть получено в результате рассмотрения его различных аспектов:

- с точки зрения теории правопонимания, в частности нормативистского, социологического и аксиологического подходов, правовой акт-волеизъявление правотворческих органов (нормативно-правовой акт) и правоприменительных судебных органов (судебный прецедент) необходимо рассматривать как форму объективного права;

- в аспекте теории правового поведения правовой акт представляет собой её фрагмент, элемент, состоящий из субъекта и субъективной стороны, объекта и объективной стороны;

- с точки зрения теории юридических фактов правовой (юридический) акт необходимо рассматривать как правомерное деяние субъекта права,

преследующее достижение конкретных юридически значимых результатов;

- в аспекте теории юридических документов правовой акт представляет собой письменный носитель правовой информации о правилах поведения общего характера, о правилах их понимания или же о правовых предписаниях, адресованных персонифицированным субъектам права;

- с точки зрения юридической деятельности правовой акт необходимо понимать как результат правотворческой, правоинтерпретационной, правореализационной, в том числе и правоприменительной деятельности;

- в аспекте взаимосвязи с механизмом правового регулирования он представляет собой юридическое средство, при помощи которого поведение субъектов приводится в соответствие с требованиями правовых норм.

С учётом вышеизложенного, необходимо различать два подхода к пониманию исследуемой категории:

1) правовой акт в широком понимании представляет собой внешне объективированное в вербальной, конклюдентной или документальной форме волеизъявление правоспособных субъектов права, которое порождает юридические последствия. Анализ сформулированной дефиниции позволяет выделить такие существенные признаки понятия «правовой акт» в его широком понимании:

1.1) выражает волю (является волеизъявлением) правоспособных субъектов права;

1.2) внешне выражается в вербальной, конклюдентной или документальной форме;

1.3) порождает юридические последствия, то есть, является основанием возникновения, изменения или прекращения правоотношений.

2) правовой акт в узком понимании (более удачным словесным символом этой категории, по нашему мнению, является термин «правовой акт публичной власти» – И. Сердюк) – это гарантированное государством и признанное легитимным со стороны гражданского общества

официальное формально-обязательное волеизъявление органов публичной власти, их служебных и должностных лиц, осуществляющее справедливое с точки зрения доминирующей части населения регулятивное или охранительное влияние на поведение субъектов права, которое порождает юридические последствия, отвечающие принципу правовой определённости.

Категорию «правовой акт» в её узком понимании характеризуют такие признаки:

2.1) представляет собой волеизъявление органов публичной власти, их служебных и должностных лиц;

2.2) носит формально-обязательный характер;

2.3) официальность;

2.4) легитимность;

2.5) осуществляет справедливое с точки зрения доминирующей части населения регулятивное или охранительное влияние на общественные отношения;

2.6) имеет целевую направленность на формирование и укрепление правопорядка;

2.7) с точки зрения предусмотренных законом юридических последствий отличается правовой определёностью;

2.8) гарантируется государством.

Объективное право, как феномен правовой действительности, представляет собой единство содержания и внешней формы его выражения. Содержание исследуемого явления составляет отвечающая моральным ценностям общества система принципов и норм о возможном и необходимом (должном) поведении субъектов права. Что же касается способов внешнего выражения и закрепления правовых норм, то они разнообразны. К письменным источникам права относятся нормативно-правовой акт, правовой прецедент, нормативно-правовой договор, религиозно-правовой текст. Это свидетельствует о том, что объем категории «источник права» значительно шире объема понятия «правовой акт».

Таким образом, категория «правовой акт» отражает внешнюю сторону объективного права, то есть его форму, которая, однако, является содержательной, о чём свидетельствует функциональное

назначение как объективного права, так и правового акта. Как известно, они осуществляют регулятивное или охранительное влияние на общественные отношения.

Правовое поведение – это социально значимые, внешне выраженные в виде действий или бездействия акты субъектов права, которые носят сознательно-волевой характер, предусмотрены нормами объективного права и порождают юридические последствия.

Анализ приведённого суждения о феномене правового поведения свидетельствует о том, что ему, как и правовому акту, присущи такие черты, как волевой характер, внешняя выраженность в вербальной, конклюдентной или документальной форме, а также способность порождать определённые юридические последствия.

Важно отметить, что в правовых нормах преимущественно моделируется не правовое поведение в целом, а его элементы (фрагменты) – правовые акты. Из этого следует, что понятия «правовое поведение» и «правовой акт» соотносятся как философские категории «целое» и «часть». Однако это вовсе не означает, что правовое поведение может представлять собой единичный правовой акт.

Большое значение для определения объёма понятия «правовое поведение», а также последующего сравнения с объёмом понятия «правовой акт» имеет классификация категории правовой акт. С учётом социальной значимости и юридической стороны традиционно различают такие виды правового поведения: 1) правомерное; 2) неправомерное; 3) злоупотребление правом; 4) объективно противоправное поведение, в частности, противоправное поведение недееспособного лица.

Приведённая классификация свидетельствует о том, что объём категории «правовое поведение» шире объёма понятия «правовой акт», поскольку им охватывается социально и юридически значимое волеизъявление не только правоспособных субъектов права, но и тех физических лиц, которые признаны судом

недееспособными.

Юридические факты – это конкретные жизненные обстоятельства, с наличием или отсутствием которых нормы права связывают возникновение, изменение или прекращение правоотношений.

Общепринятым в теории права является деление понятия юридических фактов-действий на правомерные и неправомерные. Правомерные действия, в свою очередь, дифференцируются на юридические акты и юридические поступки. Под юридическими актами, как разновидностью юридических фактов, принято понимать такие правомерные действия субъектов права, которые преследуют достижение конкретного юридически значимого результата.

Анализ приведённой дефиниции понятия «юридический акт» в аспекте теории юридических фактов свидетельствует о том, что объём этого понятия значительно уже категории «юридический факт». Он охватывает собой лишь те социально значимые жизненные обстоятельства, которые зависят от проявления воли субъектов, соответствуют (не противоречат) предписаниям правовых норм и направлены на достижение конкретного юридически значимого результата.

Кроме того, в контексте стоящей перед нами исследовательской задачи большое значение имеет классификация юридических фактов по способу их связи с правовой действительностью. Указанный критерий служит основанием для дифференциации юридически значимых жизненных обстоятельств на позитивные и негативные. В отличие от юридических фактов, правовые акты могут быть только позитивными, поскольку именно с их наличием связаны юридические последствия. Этот аргумент также свидетельствует о том, что объём понятия «юридический факт» значительно шире объёма категории «правовой акт».

Юридический документ – это материальный носитель правовой информации. Документы могут быть текстовыми, графическими, фотографическими, изобразительными, звуковыми. Существенным признаком

этого понятия является то, что юридические документы, как правило, документы текстовые, на бумажном носителе [2, с. 364].

Важной в плане содержательного наполнения этой категории является её официальная интерпретация законодателем. В частности, в примечании к статье 358 УК Украины указано следующее: «Под официальным документом (а по сути, юридическим документом – И. Сердюк) следует понимать документы, которые содержат зафиксированную на любых материальных носителях информацию, которая подтверждает или удостоверяет определённые события, явления или факты, породившие либо способные породить последствия правового характера, или может быть использована как документы – доказательства в правоприменительной деятельности, которые составляются, выдаются или удостоверяются уполномоченными (компетентными) лицами органов государственной власти, местного самоуправления, объединений граждан, юридических лиц независимо от формы собственности и организационно-правовой формы, а также отдельными гражданами, в том числе самозанятыми лицами, которым законом предоставлено право в связи с их профессиональной или служебной деятельностью составлять, выдавать или удостоверить определённые виды документов, составленных с соблюдением установленных законом форм и содержащих предусмотренные законом реквизиты».

Анализ официального толкования законодателем указанного выше термина свидетельствует о такой важной для юридического документа характеристике, как носитель информации, которая подтверждает или удостоверяет определённые события, явления или факты, породившие либо способные породить последствия правового характера. Правовой акт-документ также является носителем правовой информации о юридических фактах, но не потенциально способных, а реально порождающих юридические последствия.

В отличие от юридических документов,

отдельные виды правовых актов, например, такие, как правоприменительные, а также акты непосредственной реализации норм права, могут иметь не только письменную форму, но и другие: вербальную и конклюдентную.

В теории права различают такие их виды:

- 1) нормативные документы, то есть источники права;
- 2) документы, содержащие решения индивидуального характера, то есть, правоприменительные акты;
- 3) документы, фиксирующие юридические факты;
- 4) деньги и ценные бумаги;
- 5) документы, фиксирующие факты доказательств [2, с. 364–365].

Приведённая нами классификация категории «юридический документ» свидетельствует о том, что её объём значительно шире объёма понятия «правовой акт», поскольку не ограничивается лишь волеизъявлением право-дееспособных субъектов права, которое порождает юридические последствия.

В тоже время, в отличие от юридических документов, отдельные виды правовых актов, например, такие, как правоприменительные, а также акты непосредственной реализации норм права, могут иметь не только письменную форму, но и другие способы объективации: вербальную и конклюдентную. Поэтому не лишён основания вывод о том, что объём категории «правовой акт», исходя из внешней формы своего выражения, значительно шире объёма понятия «юридический документ».

Правовые средства представляют собой правовые явления, выражающиеся в инструментах (установлениях) и деяниях (технологии), с помощью которых удовлетворяются интересы субъектов права, обеспечивается достижение социально полезных целей [3, с. 722].

Категория «правовые средства» традиционно рассматривается во взаимосвязи с механизмом правового регулирования. Об этом свидетельствует тот факт, что, сочетаясь определённым образом, правовые средства выступают основными работающими частями

(элементами) действия права, механизма правового регулирования, правовых режимов (то есть, функциональной стороны права). Кроме того, правовые средства приводят к юридическим последствиям, конкретным результатам, той или иной степени эффективности правового регулирования [3, с. 723].

На разных стадиях процесса правового регулирования задействованы такие элементы механизма правового регулирования, как нормы права, нормативно-правовые акты и другие источники объективного права, юридические факты или фактический состав, правоотношения, акты непосредственной реализации прав и обязанностей. В качестве факультативных элементов используются такие правовые средства, как акты толкования и акты применения норм права.

Анализ приведённых выше суждений о феномене правовых средств во взаимосвязи с механизмом правового регулирования, а также их различной ролью (различным предназначением) в этом механизме, свидетельствует о том, что объём одноимённой категории значительно шире объёма понятия «правовой акт», поскольку включает в себя не только волеизъявления право-дееспособных субъектов права, но и другие правовые явления. К ним относятся нормы права, юридические факты (прежде всего те, которые не зависят от волеизъявления субъектов права), правоотношения (если не рассматривать их как правовую форму взаимодействия субъектов права).

Вышеизложенное даёт основание для таких выводов относительно соотношения общетеоретических категорий, составляющих предмет сравнительного исследования:

- 1) общим для всех этих понятий является существенный признак, отражающий их взаимосвязь с юридическими последствиями;

- 2) отличительная черта этих правовых феноменов – различный объём одноимённых понятий, обусловленный существующей закономерностью между содержанием понятия и его объёмом, которая выражается в следующем суждении:

расширение объёма понятия приводит к уменьшению его содержания и наоборот – увеличение содержания понятия приводит к ограничению его объёма. К числу существенных признаков, влияющих на содержание и объём сравниваемых понятий следует отнести:

а) наличие у субъектов права дееспособности (объём категории «правовое поведение» шире объёма понятия «правовой акт»);

б) зависимость от проявления воли субъектов (объём понятия «правовой акт» уже объёма категории «юридический факт»);

в) способ связи с правовой действительностью (объём понятия «юридический факт» шире объёма категории «правовой акт»);

г) внешняя форма выражения (объём категории «правовой акт» шире объёма понятия «юридический документ»);

д) взаимосвязь с механизмом правового регулирования, а также их различная роль (различное предназначение) в этом механизме (объём категории «правовые средства» шире объёма понятия «правовой акт»).

ЛИТЕРАТУРА:

1. Кирилов В. И., Старченко А. А. Логика: учебн. для юридических вузов / В. И. Кирилов, А. А. Старченко. — Изд. 5-е, перераб. и доп. — М.: Юрист, 2001. — 256 с.
2. Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах. Под ред. проф.

М. Н. Марченко. Т. 2. Теория права. — М.: Изд-во «Зерцало», 1998. — 656 с.

3. Теория государства и права: курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрист, 2002. — 776 с.

REFERENCES

1. Kirilov, V. I., Starchenko, A. A. (2001). *Logika*. [Logic]. Moskva, Jurist, 256 p. [in Russian].
2. Marchenko, M. N. (1998). *Obshhaya teoriya gosudarstva i prava*. [General Theory of State and Law].

Moskva, Izdatelstvo «Zercalo», 656 p. [in Russian].

3. Matuzov, N. I., Mal'ko, A. V. (2002). *Teoriya gosudarstva i prava*. [Theory of State and Law]. Moskva, Jurist, 776 p. [in Russian].

УДК 340.12



Панкевич Олег Зіновійович

*Доцент кафедри адміністративно-правових дисциплін
Львівського державного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент*

**ОБМЕЖЕННЯ ОСНОВНИХ ПРАВ
ЯК ФУНДАМЕНТАЛЬНА КАТЕГОРІЯ
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ОСОБИ
(ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ)**

Pankevych O. Z.

The restriction of fundamental rights as basic category of constitutional and legal status of a person (philosophic and legal aspects)

Abstract. In this article examined philosophical and legal grounds to restrict human rights and freedoms in the constitutional and international legal acts.

The restriction of fundamental rights is a basic category of constitutional and legal status of a person. Based on the fact that absolutely «unlimited» human rights cannot exist, we consider that establishing clear and understandable criteria limiting those rights at the highest (international legal and constitutional) level is an important safeguard against possible actions of the state and its individual bodies on arbitrary reduction of law implementation.

Available limiting binary grounds (1) protection of individual human rights and freedoms; 2) protection of public (social and state) interests in articles of international instruments and most modern constitutions are the sign of the embodiment in legal practice ideas of liberal communitarianism as a result of the synthesis of liberal and communitarian postulates.

Key words: *human rights limitation, limiting grounds, liberalism, communitarianism, liberal communitarianism.*

Невід'ємним елементом конституційно-правового статусу людини і громадянина є інститут основних прав та свобод. Реальне та ефективне здійснення останніх неможливе без чіткого та оптимального (у тих чи інших конкретно-історичних умовах) встановлення меж їхньої реалізації. Як слушно зауважує П. М. Рабінович, «сучасна, новітня історія людства є історією боротьби саме за межі прав людини (а конкретніше – за юридичне закріплення та юридичну інтерпретацію таких меж)» [2, с. 8].

Проблеми обмеження основних прав особи знайшли певне відображення в працях вітчизняних та зарубіжних науковців: А. Д. Воеводіна, Д. І. Делова, Б. С. Ебзева, В. П. Кампанського, Г. М. Комкової, Н. М. Колосової, В. В. Лапасвої, О. В. Малька, М. Ф. Орзіха, О. В. Осинської, І. М. Панкевича, В. Ф. Погорілка, С. В. Пчелінцева, П. М. Рабіновича, С. П. Рабіновича, В. С. Устинова,

А. С. Стрекалова, Ю. М. Тодики, А. О. Четверикова, І. Д. Ягофарової та ін.

Однак, в науковій літературі України практично відсутні дослідження проблеми обмежування прав саме з філософсько-правових позицій. Відтак, метою статті є спроба певним чином заповнити вказану прогалину.

Способи вирішення будь-яких складних правових проблем мають певне філософське підґрунтя (інколи не зовсім усвідомлене навіть самими суб'єктами права). Не є виключенням і широка проблематика прав та свобод людини (а, отже, й невід'ємна та надзвичайно важлива її складова, що стосується питань обмеження останніх), варіанти вирішення якої детерміновані схильністю до тієї чи іншої філософської позиції.

При цьому, як вже зазначалося у наших попередніх публікаціях [5-6], однією із найголовніших, визначальних дихотомій для сучасної західної політико-правової

філософії, вважаємо «лібералізм – комунітаризм», *серцевиною* (основою) для правильного розуміння котрої є протиставлення індивідуального та соціального.

Прикметно, що вперше на законодавчому рівні про обмеження прав людини було зазначено вже в документі, який водночас вперше проголосив й самі права людини (цей історичний факт яскраво свідчить про нерозривний зв'язок між цими поняттями та явищами, які вони позначають).

Йдеться про Декларацію прав людини і громадянина (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), прийняту постановою Національних зборів Франції 26 серпня 1789 р. Стаття 4 цієї Декларації (остання є невід'ємною складовою частиною сьогодені Конституції Франції 1958 р.) проголошує: «Свобода полягає в можливості робити все, що не завдає шкоди іншому: таким чином, здійснення природних прав кожної людини обмежене лише тими межами, які забезпечують іншим членам суспільства користування тими ж правами. Межі ці можуть бути визначені тільки законом».

Гадаємо, це *конституційне* положення може бути використано як певний додатковий наочний аргумент прихильниками як класичного лібералізму (який, як традиційно вважається, обстоєє індивідуалістичний підхід до розуміння прав і обов'язків особи в суспільстві), так й апологетами сучасного лібертаризму [див. 3].

Зокрема, В. В. Лапасава – одна із яскравих послідовників вчення, що обґрунтовує «розуміння права як загальної форми і рівної норми (міри) свободи індивідів» [10, с. 321], наголошує: «Позиція лібертарної концепції щодо питання обмеження прав людини полягає у такому: право людини може бути обмежено законом *лише з метою захисту інших прав людини* і лише тією мірою, якою це не порушує принцип формальної рівності при здійсненні цього права. Такий підхід помітно відрізняється від того, що прийнятий в практиці конституційного правосуддя та Європейського суду з прав людини. Ця практика, як відомо, виходить з уявлення про те, що права людини можуть бути обмежені для захисту не тільки інших прав людини, але *також й інших цінностей, що*

виражають спільні інтереси» [5, с. 105]. Гадаємо, що процитована позиція В. В. Лапасава є надто категоричною і такою, що потребує додаткового роз'яснення. На нашу думку, обмеження в інтересах національної безпеки чи громадського порядку, зрештою, можна розуміти як обмеження «з *метою захисту інших прав людини*» (зокрема, у цьому випадку – права людини на безпеку).

Власне, про необхідність захисту таких публічних цінностей як підставу правообмеження йдеться практично в усіх міжнародно-правових актах та більшості сучасних конституцій.

Зокрема, у ст. 29 Загальної декларації прав людини проголошується: «При здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою *забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві*» [13].

Дозволимо собі зауважити, що при усій важливості цього положення ч.2, гадаємо, хибним акцентувати на аналізі лише цієї частини ст. 29 (як це часто роблять навіть поважні науковці при висвітленні проблеми обмеження прав людини), ігноруючи інші дві частини, що разом з першою перебувають у нерозривному системно-логічному взаємозв'язку.

Власне, на нашу думку, положення ч. 2 випливає із ч. 1 («Кожна людина має обов'язки перед суспільством, у якому тільки й можливий вільний і повний розвиток її особи»), котра має відчутне комунітаристське «забарвлення». Адже обмеження (і навіть свідоме *самообмеження*) прав можна розглядати, принаймні з

¹ Дещо в модифікованому вигляді це положення відтворено у ст. 23 Конституції України: «Кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості». Зазначимо, що згідно з конституційно-проектними пропозиціями Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України, «оскільки частина ст. 23 визнає наявність у людини обов'язків перед суспільством, то слід передбачити можливість обмеження права на розвиток не тільки в інтересах інших людей, а усього суспільства і окремих його соціальних груп (наприклад, дітей)» [7, с. 13].

позицій комунітаризму, само по собі, як певний обов'язок людини перед суспільством.

Не можна обійти увагою і ч. 3 («Здійснення цих прав і свобод ні в якому разі *не повинно суперечити* цілям і принципам Організації Об'єднаних Націй»), адже вона теж формулює своєрідні додаткові межі здійснення прав і свобод особи.

Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права [15] включає декілька правообмежувачих статей (4, 5, 8), серед яких найбільш узагальнюючий принцип містить ст. 4: «...держави можуть встановлювати тільки такі обмеження цих прав, які визначаються законом, і лише остільки, оскільки це є сумісним з природою зазначених прав, і *виключно з метою сприяти загальному добробуту в демократичному суспільстві*».

Зазначимо, що на думку Е. С. Мирзаханяна, «вихідні онтологічні характеристики (лібералізму та комунітаризму. – О.П.) передбачають розбіжності щодо самої природи соціального життя, котрі реалізуються в полярності індивідуалізму та холізму. Лібералізм базується на платформі методологічного індивідуалізму, виходить із примату особистості та індивідуальних прав. Комунітаризм ... передбачає протилежні настанови, відштовхуючись від соціального цілого й об'єктивно необхідних йому благ» [8, с. 10].

Наголосимо, що базового, головного соціально-етичного цінністко комунітаризму є так зване *спільне благо*. І в цьому контексті можна погодитися з одним із провідних теоретиків сучасного комунітаризму Ф. Селзніком, на думку якого, «термін «комунітарний» може вживатися для означення будь-якої доктрини, яка високо цінує спільне благо або ідеали спільного блага й обмежує прагнення до індивідуальної незалежності та самореалізації» [цит. за: 11, с. 29].

Базуючись на цих теоретичних викладах, підставним буде стверджувати про наявність комунітаристських засад, «мотивів» в аналізованому акті.

Водночас, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [11] має в своєму складі вже шість статей (5, 12, 18, 19,

22, 25), які так чи інакше містять правообмежувачі фрагменти, згадують про принципи та умови державно-юридичного обмежування прав людини. Для прикладу наведемо статтю 19, яка встановлює, що користування передбаченими в пункті 2 цієї статті правами (право на вільне вираження свого погляду, що включає «свободу шукати, одержувати і поширювати будь-яку інформацію та ідеї, незалежно від державних кордонів, усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір») «накладає особливі обов'язки і особливу відповідальність. Воно може бути, отже, пов'язане з певними обмеженнями, які, однак, мають встановлюватися законом і бути необхідними: а) *для поважання прав і репутації інших осіб; б) для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення*».

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [12] – стрижневий акт європейської правозахисної системи – налічує вісім статей правообмежувачого змісту (ст.ст. 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 53). При цьому найбільший перелік правообмежувачих підстав містить стаття 10 «Свобода вираження поглядів», ч. 2 якої проголошує: «Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, *обмеженням* або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві *в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду*».

Згідно з Хартією основних прав Європейського Союзу, «будь-яке обмеження прав та свобод, визнаних цією Хартією, повинно бути передбачене законом і дотримувати основного змісту цих прав та свобод. Обмеження можуть застосовуватися лише за умови дотримання принципу пропорційності й тільки в тому випадку, якщо вони необхідні і дійсно *відповідають загальним цілям, що визнаються*

Європейським Союзом, або необхідні для захисту прав і свобод інших людей» (п.1 ст. 52)².

Подібні підстави обмежування прав та свобода людини і громадянина можна знайти й в більшості конституцій сучасних держав. Характерно, що такі підстави видається можливим поділити на дві групи: 1) захист індивідуальних прав та свобод людини і громадянина; 2) захист публічних (суспільних і державних) інтересів. Наприклад, стаття 3 розділу «Свобода і відповідальність» Основного Закону Угорщини 2011 р. проголошує: «Здійснення будь-якого фундаментального права може бути обмежено тільки в *інтересах примусового здійснення іншого фундаментального права або для захисту цінностей, закріплених в Конституції*, лише в міру необхідності, співмірно меті, котра буде досягнута, при повному дотриманні значимої сутності фундаментального права». Найбільш лаконічно ця ж думка сформульована в ч. 2 ст. 36 Конституції Швейцарії 1999 р.: «Обмеження основних прав повинні бути обґрунтовані *публічним інтересом чи захистом основних прав третіх осіб*».

Відповідно до такого поділу, П. М. Рабінювич та І. М. Панкевич визначають самі підстави обмежування прав людини як «певні особисті (індивідуальні) та соціальні (колективні) інтереси, задля забезпечення яких нормовстановлюючий орган вважає за необхідне обмежувати певні права людини» [15, с. 94].

У наявності такої бінарності право-обмежуючих підстав в текстах міжнародно-правових актів та більшості сучасних конституцій вбачасмо ознаки так званого

ліберального комунітаризму як результату своєрідної конвергенції ліберальних і комунітаристських ідеологем (див. детальніше [6]).

Фактично про це говорить й російський науковець Б. С. Ебзєєв, за словами якого, «соціальною основою конституційних обмежень, частинною котрих виступають обмеження основних прав, є особисто-збірний (*фог. лично-собирательный*) характер суспільства. Людина виступає не тільки як ізольований індивід, але і як член спільноти людей. Водночас суспільство не є ні простою сукупністю індивідів, ні одноструктурним монолітом, це своєрідний соціальний організм, у якому особистість має самостійну цінність та відіграє творчу роль, а особисте (приватне, індивідуальне) та спільне (колективне, соціальне) повинно перебувати в рівновазі» [16, с. 190].

Зазначимо, що в науковій літературі використовують декілька моделей конституційного регулювання обмеження прав і свобод людини і громадянина:

«Перша модель: в конституціях встановлюються загальні умови обмеження всіх прав і свобод (цілі, форма закріплення, співмірність) та підстави, способи, процедури обмеження окремих конкретних прав і свобод. Наприклад, у Росії загальне нормування обмежень прав і свобод здійснено ч. 3 ст. 55 Конституції РФ 1993 р.: «права і свободи людини і громадянина можуть бути обмежені федеральним законом лише в тій мірі, у якій це необхідно в цілях захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборона країни та безпеки держави». Крім цих загальних умов, в Конституції Росії є статті, що закріплюють можливість обмеження окремих прав і свобод (ч. 2 ст. 20, ч. 2 ст. 22, ч. 2 ст. 23, ст. 25, ч. 2 і 4 ст. 29, ч. 3 ст. 32 та ін.). Подібні норми загального і конкретного характеру щодо обмеження прав і свобод, є в конституціях Португалії 1976 р., Туреччини 1982 р., Хорватії 1990 р., Румунії 1991 р., Словенії 1991 р., Молдови 1994 р., Таджикистану 1994 р., Вірменії 1995 р., Казахстану 1995 р.,

² На думку С.Добрянського, «порівняння зазначеного положення з п.3 ст. 52, за яким права та свободи людини, закріплені в Хартії ЄС, повинні мати зміст та обсяг відповідно до одноіменних прав і свобод, закріплених у ЄКПЛ, дозволяє констатувати, що в ЄКПЛ не передбачено такої підстави обмежування прав та свобод людини, як *загальні цілі ЄС*; відтак, очевидним є відмінне розуміння *принципу пропорційності* у практиці ЄСПЛ та правовій системі ЄС» [13, с. 10]. Проте, видається, що тут є поле для дискусії, насамперед зважаючи на формулювання ст. 53 Хартії: «Жодне з положень цієї Хартії не повинно тлумачитися як таке, що обмежує або шкодить правам людини і основним свободам у відповідній сфері їх застосування, визнаним правом Європейського Союзу, міжнародним правом і міжнародними конвенціями, учасниками котрих являються Європейський Союз, Європейське співтовариство або всі держави-члени, й особливо Європейською конвенцією про захист прав людини і основних свобод...» [14].

Польщі 1997 р., Албанії 1998 р., Швейцарії 1999 р., Киргизстану 2010 р.

Друга модель: в конституції є застереження загального характеру про можливість обмеження прав і свобод тільки законом або на підставі закону й положення про обмеження окремих прав і свобод (конституції Бахреїну 2002 р., Іраку 2005 р. та інших держав).

Третя модель: конституція встановлює тільки обмеження окремих прав і свобод, не згадуючи про загальні умови обмеження (конституції Ірландії 1937 р., Італії 1947 р., Індії 1950 р., Кувейту 1962 р., Данії 1953 р., Сінгапура 1959 р., Монако 1962 р., Пакистану 1973 р., Сан-Марино 1974 р., Греції 1975 р., Іспанії 1978 р., Болгарії 1991 р., Литви 1992 р., Андорри 1993 р., Азербайджану 1995 р., Грузії 1995 р., України 1996 р., Фінляндії 1999 р., Афганістану 2004 р.)» [17, с. 144–145].

Видається, що Конституція Республіки Сан-Марино під кутом зору нашого дослідження є винятковою, особливою, з огляду на те, що вона передбачає можливість законодавчо обмежити здійснення низки громадянських й політичних прав «лише у виключних випадках зі спеціальних мотивів *публічного* (і тільки! – О.П.) порядку та інтересу» (ст. 6).

Отже, обмеження основних прав є фундаментальною (базовою) категорією

конституційно-правового статусу особи. Виходячи з того, що абсолютних, «безмежних» прав людини априорі існувати не може, вважаємо встановлення чітких та зрозумілих критеріїв обмежування таких прав на найвищих (міжнародно-правовому та конституційному) рівнях важливою гарантією від можливих дій держави та її окремих органів щодо свавільного зменшення обсягу правореалізації.

Наявна бінарність правообмежувочих підстав (1) захист індивідуальних прав та свобод людини і громадянина; 2) захист публічних (суспільних і державних) інтересів) у статтях міжнародно-правових актів та більшості сучасних конституцій є, як видається, ознакою втілення в юридичну практику ідей *ліберального комунітаризму* як результату синтезу ліберальних і комунітаристських постулатів.

Коло замикається: межі та обмеження реалізації прав людини і громадянина в конституціях та міжнародних «праволюдних» документах означені як інтереси *суспільства, громадський порядок* тощо. Іншими словами, ми знову маємо можливість спостерігати певний конфлікт між ліберальним закріпленням прав людини і вимушеним обмеженням їхньої реалізації з підстав, що мають чітко виражений комунітаристський відтінок.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Эбзеев Б. С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации: монография / Б.С. Эбзеев. — М. : Проспект, 2013. — 656 с.
2. Рабинович П. М. Межі здійснення прав людини (загальнотеоретичний аспект) / П. М. Рабинович // Вісник Академії правових наук України. — 1996. — № 6. — С. 5–13.
3. Рабинович П. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти) / П. М. Рабинович, І. М. Панкевич. — Львів : Астрон, 2001. — 108 с.
4. Подмарев А. А. Вопросы ограничения прав и свобод человека и гражданина в современной конституции / А. А. Подмарев // Вестник Саратовской юридической академии. — 2014. — № 4. — С. 144–145.
5. Панкевич О. З. Лібералізм як основа європейської політико-правової філософії сучасності (до постановки питання) / О. З. Панкевич // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. — Львів : ЛьвДУВС, 2014. — Вип. 2. — С. 449–459.
6. Панкевич О. З. Лібералізм і комунітаризм: до питання про дві парадигми сучасної політико-правової філософії / О. З. Панкевич // Право і громадянське суспільство. — 2013. — № 3. — С. 122–134.
7. Нерсесянц В. С. Філософія права / В. С. Нерсесянц. — М. : НОРМА, 2003. — 652 с.
8. Мирзаханян Э. С. Дискуссия о проблеме рационального обоснования социальной справедливости в западной философии второй половины 20-го – начала 21-го века: автореф. дис. ... канд. филос. наук: спец. 09.00.03 / Э.С. Мирзаханян. — Тверь, 2008. — 18 с.
9. Львівські пропозиції з удосконалення конституційно-правового статусу людини і громадянина в Україні // Юридичний вісник України. Судова практика. — 2015. — № 33. — С. 1–16.
10. Лапаева В. В. Критерии ограничения прав человека с позиций либертарной концепции

правопонимання / В. В. Лапаєва // Журнал російського права. — 2006. — № 4. — С. 103–115.

11. Красноголов Ю. О. Теоретичні засади та політичні стратегії комунітаризму крізь призму комунітарної критики лібералізму / Ю. О. Красноголов // Наукові записки Києво-Могилянської Академії. — Політичні науки. — 2008. — Т. 82. — С. 28–34.

12. Добрянський С. Роль Хартії основних прав Європейського Союзу в юридичному гарантуванні прав і свобод людини / С. Добрянський // Право України. — 2015. — № 10. — С. 67–78.

13. The Universal Declaration of Human Rights [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>. — Назва з екрана.

14. The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basic-texts>. — Назва з екрана.

15. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. — Назва з екрана.

16. International Covenant on Civil and Political Rights [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. — Назва з екрана.

17. Charter of Fundamental Rights of the European Union [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf. http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_524. — Назва з екрана.

REFERENCES

1. Jebzcev, B.S. (2013). *Chelovek, narod, gosudarstvo v konstitucionnom stroe Rossijskoj Federacii* [Man, the people, the state in the constitutional order of the Russian Federation]. Moscow, Prospekt, 656 p. [in Russian]
2. Rabinovych, P. M. (1996). *Mezbi zdiisnennia prav ludyiny (zabalnoteoretychnyj aspekt)* [The limits of human rights (general theoretical aspect)]. *Visnyk Akademii pravorychb nauk Ukrainy* [Bulletin of the Law Academy of Ukraine]. 6, p. 5-13. [in Ukrainian].
3. Rabinovych, P.M., Pankevych, I.M. (2001). *Zdiisnennia prav ludyiny: problemy obmezhuвання (zabalnoteoretychni aspekty)* [Implementation of human rights: the problems limiting (general theoretical aspects)]. Lviv, Astron, 108 p. [in Ukrainian]
4. Podmarev, A. A. (2014). *Voprosy ogranichenija prav i svobod cheloveka i grazhdanina v sovremennoj konstitucii* [Questions restrictions on rights and freedoms of man and citizen in the modern constitution]. *Vestnik Saratovskoj juridicheskoy akademii* [Bulletin of the Saratov Law Academy]. 4, p. 144-145. [in Russian].
5. Pankevych, O. Z. (2014). *Liberalizm yak osnova yevropejskoi polityko-pravovoi filosofii suchasnosti (do postanovky pytannia)* [Liberalism as the basis of European political and legal philosophy of modernity (to the statement of question)]. *Naukovyi visnyk Lvivskoho derzhavnogo universytetu vnutrishnikh sprav. Seriia yurydychna* [Scientific Bulletin of Lviv State University of Internal Affairs]. 2, p. 449-459. [in Ukrainian]
6. Pankevych, O. Z. (2013). *Liberalizm i komunitaryzm: do pytannia pro divi paradymy suchasnoi polityko-pravovoi filosofii* [Liberalism and communitarianism: to the question about two paradigms of modern political and legal philosophy]. *Pravo i hromadianske suspilstvo* [Law and Civil Society]. 3, p. 122-134 [in Ukrainian]
7. Nersesjanc, V. S. (2003). *Filosofija prava* [Philosophy of law]. Moscow: NORMA, 652 p. [in Russian]
8. Mirzahanjan, Je. S. (2008) *Diskussija o probleme racional'nogo obosnovanija social'noj spravedlivosti v zapadnoj filosofii vtoroj poloviny 20-go – nachala 21-go veka* [Discussion on the problem of rational justification of social justice in the western philosophy of the second half of the 20th - beginning of the 21st century]: avtoref. dis. ... kand. filos. nauk: spec. 09.00.03. Tver, 18 p. [in Russian]
9. *Lvivski propozytzii z udoskonalennia konstytutsiino-pravovogo statusu ludyiny i bromadianyna v Ukraini* [Lviv suggestions for improving the constitutional and legal status of man and citizen in Ukraine] (2015). *Yurydychnyi visnyk Ukrainy. Sudova praktyka* [Legal Bulletin of Ukraine. The judicial practice]. no. 33, p. 1-16. [in Ukrainian]
10. Lapaeva, V. V. (2006). *Kriterii ogranichenija prav cheloveka s pozicij libertarnoj koncepcii pravoponimania* [The criteria for restrictions on human rights from the standpoint of the libertarian concept of legal]. *Zhurnal rossijskogo prava* [Journal of Russian law]. 4, p. 103-115. [in Russian]
11. Krasnoholov, Y.O. (2008). *Teoretychni zasady ta politychni stratehii komunitaryzmu kritz pryizmu komunitarnoi krytyky liberalizmu* [Theoretical principles and political strategies in the light of communitarianism communitarian critique of liberalism]. *Naukovi zapysky Kyievo-Mohylianskoj Akademii. Politychni nauky* [Scientific notes of Kyiv-Mohyla Academy. Political Science]. Vol. 82, p. 28-34. [in Ukrainian]
12. Dobrianskyi, S. (2015). *Rol Khartiї osnovnykh prav Yevropejskoho Soiuzu v yurydychnomu barantuvanni prav i svobod ludyiny* [The role of the Charter of Fundamental Rights of the European Union law guaranteeing the rights and freedoms]. *Pravo Ukrainy*[Law Of Ukraine]. 10, p. 67-78. [in Ukrainian]
13. *The Universal Declaration of Human Rights*. [online] Available at: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>. [Accessed 16th Apr 2016].
14. *The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. [online] Available at:

<http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basic> texts. [Accessed 16 Apr 2016].

15. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* [online] Available at: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. [Accessed 16th Apr 2016].

16. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. [online] Available at:

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. [Accessed 25 May 2016].

17. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. [online] Available at: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf [Accessed 16 Apr. 2016].



УДК 340.13 (043.3)

РОЗГОН ОЛЬГА ВОЛОДИМИРІВНА

*Доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського Національного Університету імені В. Н. Каразіна,
кандидат юридичних наук, доцент*

СУТНІСТЬ МЕХАНІЗМУ ВИРІШЕННЯ КОЛІЗІЙ НОРМ ПРАВА

Rozgon O. V.

The essence of mechanism for resolving collisions of law

Abstract. The article considers the use of mechanism for resolving conflicts of law. Conclusions are substantiated, so that conflicts of law resolving can occur through the formation of the legal regulations aimed on prevention, elimination, overcoming of conflicts of law and allow correcting of a position of collision of legal act.

The article points out that it is appropriate to use the term «mechanism for resolving conflicts of law» because it combines prevention, overcoming and collisions eliminating. The main methods of resolving conflicts of law are the publication of conflicting rules, law interpretation and application of provisions of the law that eliminate collisions, and the use of rules-arbitrators and the use of common rules of conflicts overcoming are distinguished. The author notes that the mechanism of overcoming conflicts includes the following elements: 1) collision rules; 2) collision principles; 3) the principles of law.

Key words: *conflict, the rule of law, the legislation mechanism to resolve conflicts, poverty, elimination, prevention, principles.*

Питання виникнення причин колізій права є актуальним, оскільки від чіткості представлення правової проблеми буде залежати її вирішення. Крім цього, формування належного функціонування механізму вирішення колізій права дозволить підвищити ефективність правового регулювання та забезпечить стабільність і розвиток правової системи загалом.

Проблема подолання колізій норм права привертала увагу багатьох відомих науковців, а саме: Д. Агапєва, І. Альоніна, Н. Власенко, В. Єрємєнко, М. Заніна, Д. Керімова, Т. Коваленко, О. Котпок, А. Мірошніченко, Г. Лисаковський, З. Незнамов, С. Погребняк, А. Тикovenko, А. Тілає, Ю. Тіхоміров, А. Черданцева, С. Фаркуш, М. Ус та ін.

Незважаючи на значний науковий доробок, малорозробленим залишається питання форм, способів вирішення чи розв'язання колізій права, а також самого механізму вирішення колізій норм права.

Мета статті полягає у визначенні існуючих колізій норм права, з'ясування структури та виявленні можливостей функціонування механізму вирішення колізій норм права у чинній системі права України.

Колізії існують у всіх правових системах незалежно від рівня їх розвитку, і повністю запобігти їх виникненню, як і здійснити їх повне усунення, неможливо [1, с. 3].

Пояснимо, що «колізія» походить від лат. *collisio* — зіткнення, протиріччя, розбіжність інтересів, поглядів, прагнень. У енциклопедичній літературі воно означає зіткнення протилежних сил, інтересів, прагнень [2, с. 554; 3, с. 202].

Цілком правильно, що колізія — це не тільки разовий акт або дія, що одноментно чи одночасно здійснюється. Це і процедура аналізу, і оцінка актів та дій, установлення свосвідної «предправової протиправності», тієї її міри, яка чітко ще не зафіксована і їй не надана юридична кваліфікація. Тут ми маємо справу з комплексом засобів, норм і процедур, які

розраховані на етапне вивчення правової дійсності та виявлення протиріч, причому частина не тільки юридичних, а й інших, які прямо або побічно впливають на юридичні протиріччя [4].

Поняття колізії вчені розглядають у широкому та вузькому розумінні.

Так, до прихильників широкого розуміння категорії «колізії» належить Д. Д. Лилак, який стверджує, що «юридична колізія охоплює собою всі протиріччя, що виникають у правовій системі суспільства, зокрема у правових концепціях, теоріях і поглядах, правосвідомості та правовій культурі, правоутворенні та реалізації норм права, правовій поведінці, законності та правопорядку, праворозумінні» [5, с. 34].

Більш поширеним у правовій доктрині є вживання поняття колізії у вузькому значенні. Відповідно до цього підходу «юридична колізія — це різновид юридичних протиріч, що виникають за наявності як мінімум двох правових норм (нормативних приписів), які врегульовують одні й ті самі суспільні відносини, але з причини розходження цих правових норм за змістом унеможливується одночасне їх застосування, внаслідок чого необхідно обрати лише одну норму [6, с. 92].

Для з'ясування усіх особливостей колізій слід визначити їх класифікацію. Так, залежно від правових форм діяльності, під час здійснення яких виникають юридичні колізії, можна говорити про: колізії у правозастосуванні (колізії між різними правозастосовними актами, колізії між нормативно-правовими актами і правозастосовними актами); колізії між різними правовими нормами законодавства (колізії у правотворчості). Це можуть бути і суперечності між законодавством та іншими джерелами права; колізії між окремими актами тлумачення (колізії між нормативно-правовими актами й актами тлумачення, колізії між правозастосовними актами й актами тлумачення); колізії між іншими елементами правової системи (наприклад, колізії між юридичною наукою та юридичною практикою).

За характером причин, які породжують колізії, розрізняють: правові колізії, що виникають унаслідок розвитку самих суспільних відносин (рівень економічного

розвитку, розвиненість інститутів громадянського суспільства, наявність інститутів демократії); правові колізії, що є наслідком дії суб'єктивних факторів (можливість знаходження соціального компромісу, боротьба за політичну владу, рівень правової культури населення, наукова обґрунтованість законодавства).

За юридичною силою нормативних актів, що містять колізуючі норми (вертикальні колізії), виділяють: колізії норм національного законодавства та норм міжнародного права; колізії норм національного законодавства [7].

М. Матузов пропонує розділити юридичні колізії на шість родових груп: 1) колізії між нормативними актами або окремими правовими нормами; 2) колізії у правотворчості (безсистемність, дублювання, видання актів, що виключають один одного); 3) колізії у правозастосуванні (різної у практиці реалізації тих самих приписів, неузгодженість управлінських дій); 4) колізії повноважень і статусів державних органів, посадових осіб; 5) колізії цілей (коли цілі нормативних актів різних рівнів та органів суперечать одна одній); 6) колізії між національним та міжнародним правом [8, с. 231].

Усі перелічені види юридичних колізій об'єднані спільною рисою: вони виникають із приводу різних правових актів і правових норм і призводять до внутрішньої неузгодженості системи. Отже, колізії у законодавстві — це лише частина можливих юридичних колізій. У вузькому значенні термін «юридична колізія» тотожний терміну «колізії у праві», що використовується, зокрема, М. Власенком. Останній до колізій у праві відносить колізії правових норм, колізії між нормами права і актами тлумачення, а також колізії між актами і тлумачення [9, с. 22].

На думку С. Погребняк, **колізії правових норм** у свою чергу можуть бути поділені на колізії між нормами права, які закріплені в законодавстві, та суперечності між нормами, закріплені в законодавстві, й нормами, закріплені в інших джерелах права (наприклад, суперечності між законодавством та правовими звичаями, нормативно-правовими договорами, правовими прецедентами). Тобто, колізії у

законодавстві є різновидом колізій правових норм, і які у свою чергу є різновидом юридичних колізій, які розглядаються як різновид юридичних колізій, що виникає за наявності розбіжності (зокрема суперечності) між реально або формально чинними нормами права, які закріплені в законодавстві та регулюють одні фактичні відносини [10, с. 26].

Щоб сформулювати дефініцію колізії норм права, спершу зазначимо, що норма права — це загальнообов'язкове правило поведінки, сформоване в суспільстві відповідно до визнаної в ньому справедливої міри свободи і рівності та формально визначене (встановлене чи санкціоноване) і забезпечене державою з метою регулювання, охорони та захисту суспільних відносин [11].

Відмітимо, що колізія виникає за чотирьох умов: 1) наявність двох або більше норм права; 2) норми права повинні регулювати одні й ті ж суспільні відносини; 3) норми права повинні бути одночасно чинними; 4) положення, що містяться в одній нормі права, повинні суперечити, відрізнятися до положень, що містяться в іншій нормі права. Таким чином, колізія норм права — це розбіжність змісту в формі протиріччя або відмінності двох і більше одночасно діючих норм права, що регулюють одні й ті ж суспільні відносини [12].

Взагалі процес виявлення колізії можна умовно поділити на два етапи: а) встановлення розбіжності (суперечності) принаймні між двома нормами; б) перевірка того, що ці норми регулюють те саме питання. І тільки при встановленні розбіжності (суперечності) між нормами, що регулюють те саме питання, є підстави стверджувати про існування колізії між нормами законодавства [10, с. 26].

Колізії з'являються з різних причин. Доцільно об'єднати їх у три групи: 1) порушення правил юридичної техніки; 2) недостатнє врахування законодавцем соціальної реальності; 3) нечіткий розподіл предметів галузей права, прийняття комплексних нормативних актів, складність, а нерідко й неможливість співвіднесення нової норми з раніше

виданими через великий обсяг законодавчого масиву, множинність суб'єктів правотворчості та ін. [12].

Вважаємо, що причини юридичних колізій мають як об'єктивний, так і суб'єктивний характер. До об'єктивних причин виникнення правових колізій можна віднести такі: дія суспільних відносин в часі. Суб'єктивні причини: безліч нормативних органів, багаторівнева ієрархічна структура правотворчих органів, необґрунтоване розширення, спеціалізація правового регулювання, невизначеність компетенції правотворчих органів, недотримання правил законодавчої техніки та недостатнє закріплення їх в законодавстві, необхідність закріплення правотворчих органів, які займають нижчу ланку, про норми права, прийняті вищими органами, вузьковідомчі інтереси, низький рівень правової підготовки розробників нормативно-правових актів, нерівномірний розвиток галузей права, правових інститутів, складових однієї галузі права, нівелювання ролі закону та збільшення ролі відомчого нормотворчості, різниця у рівні правосвідомості людей і правовий нігілізм, відсутність зворотного зв'язку між практикою застосування норм права і нормотворчістю, норм іноземного права та оціночні поняття.

На жаль, колізії неможливо повністю усунути раз і назавжди. По-перше, термінологія, що застосовується в нормативно-правових актах, не може бути правильною чи неправильною. Один і той же термін не може бути визначений «тільки так», тобто терміни можуть бути багатозначними. По-друге, оскільки правовідносини мають динамічний характер, значення цього терміна в іншій період може мати зовсім інший зміст. З цього випливає, що потрібно шукати форми, методи і способи вирішення колізій [13]. Отже, потрібен певний механізм для їх вирішення.

Так, механізм вирішення колізій норм права — це комплексна система правових засобів, спрямованих на запобігання виникнення, усунення, подолання колізій норм права, яка в результаті забезпечує внутрішню єдність і стабільність системи права та цілеспрямований розвиток [1, с. 3].

Отже, значення механізму вирішення колізій норм права полягає у розв'язанні колізій норм права та забезпечення стабільності системи права та її і ціле-спрямований розвиток.

Вирішення колізій норм права може відбуватися шляхом формування правових приписів, що спрямовані на запобігання виникнення, усунення, подолання колізій норм права і дозволяють подолати положення колізуючого правового акта.

Основними способами вирішення колізій норм права є видання колізійних норм, тлумачення закону і застосування правоположень, що усувають колізії, також виділяють використання норм-арбітрів, використання загальних правил подолання колізій [14].

Формами вирішення колізій норм права є їх попередження, усунення і подолання.

О.В. Майстренко виділяє такі заходи попередження колізій — «прогнозування і планування нормотворчої діяльності, вдосконалення законодавчої техніки, проведення ефективної правової експертизи, систематизація законодавства» [15, с. 8].

Усунення колізій здійснюється правотворчими органами, в результаті відбувається остаточна ліквідація колізійної проблеми. Поява ж такої форми вирішення колізій як їх подолання пов'язана з такою формою реалізації норм права, як застосування. При подоланні правозастосовний орган вирішує колізію протягом нетривалого проміжку часу, реагуючи на неї практично одразу, тоді як усунення зазвичай вимагає значно більшого проміжку часу.

Москалюк О. В. пропонує для позначення процесу подолання колізій норм права використовувати категорію «механізм подолання колізій норм права», оскільки подолання колізій норм права відбувається шляхом використання певних критеріїв. Існування множинності критеріїв призводить до того, що вони можуть виключати один одного. Тому існує потреба встановлення системної та логічно обґрунтованої ієрархії критеріїв вибору правової норми, що підлягає застосуванню в разі колізії. У результаті суб'єкт вибору правової норми отримає уявлення про

пріоритетність певного критерію, який дасть йому можливість здійснити правильний вибір [16, с. 5].

На нашу думку, доцільно використовувати термін «механізм вирішення колізій норм права», оскільки він поєднує в собі як попередження, подолання так і усунення колізій.

Ніколаєва А. В. серед форм вирішення колізій норм права виділяє «запобігання», «подолання» та «усунення» колізій норм права [12]. Так, до структури механізму вирішення колізій правових норм вона включає: 1) правові засоби запобігання колізій норм права; 2) правові засоби подолання колізій норм права; 3) універсальні правові засоби.

Що стосується універсальних правових засобів вирішення колізій норм права, то до них доцільно віднести правове виховання і правове навчання [17].

До правових засобів запобігання виникнення колізій відносять такі: обов'язкове узгодження проєктів нормативних правових актів; обов'язкова і факультативна експертиза нормативних правових актів; юридичне прогнозування і планування в нормотворчості; правила нормотворчої техніки; науково обґрунтоване встановлення компетенції нормотворчих органів. До правових засобів, спрямованих на подолання й усунення колізій норм права належать: нормотворчість; тлумачення колізійних норм; внесення змін та уточнень до чинних норм; судовий, адміністративний, господарський розгляд; систематизація законодавства; переговори, створення погоджувальних комісій; судова практика і прокурорський нагляд. Універсальними правовими засобами вирішення колізій є: правове виховання та освіта, правові засади і правоположення [12].

Сам механізм подолання колізій включає такі елементи: 1) колізійна норма; 2) колізійні принципи; 3) принципи права [16, с. 5].

Спершу проаналізуємо колізійні норми. Вони застосовуються для забезпечення пріоритетної дії базових законів. Такий порядок сприяє консолідації галузевого законодавства і запобіганню юридичних протиріч поза ним та всередині нього. Тут

ці норми є імперативом для норм законів і правових актів цієї галузі.

Чимала частина колізійних норм присвячена запобіганню і вирішенню протиріч між раніше та пізніше прийнятими законодавчими й іншими актами. Тим самим забезпечується ступінь правонаступництва в регульованій сфері відносин, який сприяє безперервності державного і правового розвитку та стійкості статусу громадян і юридичних осіб. Тут потрібні повний огляд актів і точна оцінка того, які з них діють, в якому обсязі та яку мають тривалість. Недооцінка подібних колізійних норм або їх нечіткість породжують складнощі у практиці правозастосування.

Колізії норм права обумовлюють необхідність їх подолання в юридичній практиці, тобто необхідність здійснення вибору однієї з двох норм, які суперечать одна одній, з метою вирішення конкретних життєвих ситуацій.

Проілюструємо актуальні колізії, що містяться у законодавстві. О. Куліков вказує на колізію між ст. 9 ЖК УРСР та ст. 47 Конституції України. Він зазначає, що аналіз ст. 9 Житлового кодексу надає можливість зробити висновок, що будь-який громадянин має право на безоплатне отримання житла. Водночас Конституція України наділяє таким правом лише соціально незахищені верстви населення (ст. 47). У висновку автор зазначає, що норма ст. 47 Конституції України розрахована на день сьогоднішній. Статті 1 та 9 Житлового кодексу (як, власне, і сам Житловий кодекс) переважно регулюють відносини, які залишились у дні вчорашньому. Їх спільне існування неможливе [18].

У цьому випадку автор проілюстрував темпорально-субординаційну колізію. Такий вид колізії долається застосуванням норми вищої юридичної сили, тобто норми Конституції України. Норми ст. 9 ЖК УРСР робить недієвими норма ч. 1 Перехідних положень Конституції України, в якій зазначено, що закони та інші нормативні акти, прийняті до набрання чинності цієї Конституцією, є чинними у частині, що не суперечить Конституції України. Ще одну системну колізію, яку не

можна оминати увагою, можна виявити в нормах, що регулюють діяльність житлово-будівельних кооперативів (далі — ЖБК). Вона є системною, оскільки колізія міститься одразу в кількох нормах і навіть кількох чинних нормативних актах [19].

Луценко Д. С. вбачає колізію у цивільному законодавстві, зокрема, у принципово протилежних спеціальних нормативно-правових актах, які регулюють процедуру проведення публічних торгів із реалізації нерухомого майна. Виникає правова колізія у сфері правозастосування, що створює правові підстави для судового оскарження будь-яких результатів публічних торгів із підстав недотримання закону в момент їх проведення [20, с. 137].

Подолання колізії між нормами рівної юридичної сили здійснюється шляхом використання колізійних норм або колізійних принципів *lex specialis derogat generalis* (лат. «спеціальний закон відмінняє (витісняє) загальний закон»); *lex posterior derogat priori* (лат. «пізнішим законом відмінняється більш ранній»); *lex posterior generalis non derogat priori specialis* (лат. «наступний загальний закон не скасовує більш ранній спеціальний закон аналогічної юридичної сили») [21].

Мірошніченко А. М. виділяє такі принципи вирішення колізій, як: ієрархічний — у загальному вигляді цей принцип у чинному законодавстві не закріплений, проте в кожній конкретній ситуації законодавство загалом дозволяє вибудувати ієрархію між актами, що регулюють те чи інше питання; часовий (темпоральний) принцип — безпосередньо випливає із самого факту наявності в певного органу нормотворчих повноважень, адже уповноваження регулювати відповідні відносини автоматично передбачає і правомочність змінювати існуюче регулювання — як прямо, так і непрямо (опосередковано), шляхом прийняття актів із тим самим предметом регулювання; змістовний принцип — при колізії двох приписів правозастосовний орган неминуче повинен вибрати один із них [22, с. 163].

Існують і загальновизнані принципи вирішення колізій у праві: принцип пріоритету норми, яка має вищу юридичну

силу; принцип пріоритету спеціальної норми перед загальною; принцип пріоритету норми, прийнятої пізніше. Ці принципи застосовуються в суворо визначеній послідовності, тобто кожний наступний із них застосовується тільки при неможливості застосування попереднього.

Існує також ще один спосіб, який застосовується у випадках, коли йдеться про колізії між нормами, що містяться у підзаконних актах одного рівня, прийнятих різними органами. Його суть полягає в тому, що правове регулювання конкретного питання на підзаконному рівні може здійснюватися тільки чітко уповноваженим органом, актам якого надається пріоритет, тобто в цьому випадку перш за все проводиться оцінка правомочності органу, що прийняв акт, здійснювати регулювання певного питання.

Цей спосіб досить обмежений за сферою дії і застосовується замість принципу пріоритету норми, яка має вищу юридичну силу, та за неможливості застосування принципу пріоритету спеціальної норми перед загальною [23].

Як правило, колізійні норми спрямовані на конкретизацію колізійних принципів, що полегшує вибір правової норми в колізійній ситуації. Однак колізійні норми не завжди є продовженням загальних колізійних принципів. Іноді колізійні норми встановлюють правило вибору правової норми, відмінне від колізійного принципу. Натомість колізійні норми є правилами поведінки зобов'язуючого характеру, що встановлюються державою, адресуються безпосередньо суб'єкту застосування правової норми, а отже, їх дотримання є обов'язком будь-якого правозастосовного органу.

За загальним правилом у випадку протиріччя колізійних норм колізійним принципам пріоритет слід надавати колізійним нормам. Втім, у виняткових випадках, коли застосування колізійних принципів краще забезпечує досягнення цілей правового регулювання, ніж застосування колізійних норм, при виборі правової норми доцільно керуватися колізійними принципами *lex specialis derogat generalis*; *lex posterior derogat priori*;

lex posterior generalis non derogat priori specialis. При цьому суб'єкт вибору правової норми повинен довести, що застосування колізійної норми не забезпечує тих цілей правового регулювання, які ставив законодавець перед собою, створюючи таку колізійну норму. Натомість застосування колізійних принципів дозволяє обрати правову норму, яка краще пристосована до потреб правового регулювання в конкретній ситуації, а отже, більшого мірою відповідає цілям правового регулювання [21].

Важливо пояснити і значення принципів права у механізмі подолання колізій.

Принципи права можна вважати правовими засобами, що сприяють запобіганню виникненню різного роду колізій у правовій системі, оскільки правотворчий орган при прийнятті норм права повинен перевіряти норми, що містяться в акті законодавства, який він приймає, на предмет відповідності правовим принципам, що існують у системі права та поширюють свою дію на суспільні відносини, що регулюються законодавчими актами. Крім великої ролі принципів права як правових засобів запобігання виникненню правових колізій, не менш важливе значення вони відіграють при тлумаченні норм права як засоби запобігання правовим колізіям. При тлумаченні колізуючих норм права суб'єкт тлумачення (правозастосовець) повинен з'ясувати, суперечать вони чи ні принципам права. У випадку неможливості такої інтерпретації, щоб норма, яка тлумачиться, не суперечила принципам права і відповідала їм, вона повинна бути визнана такою, що суперечить принципам права і не повинна застосовуватися [17].

Таким чином, колізії завжди будуть існувати, тому необхідно знайти найбільш оптимальний спосіб вирішення колізій права при їх появі та постійно вживати заходів щодо їх впорядкування, не допускати протиріч між нормами права, які регулюють одні суспільні відносини. Запорукою цього може бути ефективне функціонування механізму вирішення колізій права.

Сформулюємо основні висновки проведеного дослідження:

— по-перше, значення механізму вирішення колізій норм права полягає у розв'язанні колізій норм права та забезпечення стабільності системи права та її цілеспрямований розвиток;

— по-друге, вирішення колізій норм права може відбуватися шляхом формування правових принципів, що спрямовані на запобігання виникнення, усунення, подолання колізій норм права і дозволяють подолати положення колізуючого правового акта;

— по-третє, основними способами вирішення колізій норм права є видання колізійних норм, тлумачення закону і застосування правоположень, що усувають колізії, використання норм-арбітрів, використання загальних правил подолання колізій;

— по-четверте, формами вирішення колізій норм права є їх попередження, усунення та подолання;

— по-п'яте, доцільно використовувати термін «механізм вирішення колізій норм права», оскільки він поєднує в собі як попередження, подолання так і усунення колізій;

— по-шосте, у випадку протиріччя колізійних норм колізійним принципом пріоритет колізійним нормам слід надавати у виняткових випадках, доцільно перш за все керуватися колізійними принципами *lex specialis derogat generalis* (лат. «спеціальний закон відміняє (витісняє) загальний закон»); *lex posterior derogat priori* (лат. «пізнішим законом скасовується більш ранній»); *lex posterior generalis non derogat priori speciali* (лат. «наступний загальний закон не скасовує більш ранній спеціальний закон аналогічної юридичної сили»).

ЛІТЕРАТУРА:

1. Лысаковский Г.А. Коллизии в праве и меры по их разрешению: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юр. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; История правовых учений» / Г. А. Лысаковский; науч. рук. В. Н. Артемова; Белорусский государственный университет. – Минск, 2002. – 20 с.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови [Текст] : 250 000 сл. та словосполучень з дод. та доп. / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К., Ірпінь : ВТФ «Перун», 2009. – 1736 с.
3. Тихомирова Л. В. Юридическая энциклопедия / Л. В. Тихомирова, М. Ю. Тихомиров ; под ред. М. Ю. Тихомирова. – М., 2012. – 131 с.
4. Козлов С. С. О некоторых возможностях разрешения коллизии в условиях правовой системы современной России [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://vestnik.mstu.edu.ru/v09_1_n21/articles/21_kozlov.pdf.
5. Алаак Д. Д. Проблеми колізій у законодавстві України (теорія і практика) : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Д. Д. Алаак, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2004. – 175 с.
6. Малишев Б. В. Застосування норм права (теорія і практика) : навч. посіб. / Б. В. Малишев, О. В. Москалюк ; за заг. ред. Б. В. Малишева. – К. : Реферат, 2010. – 260 с.
7. Петришин О. В. Теорія держави і права [Електронний ресурс] : підручник / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін. ; за ред. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2015. – 368 с. – Режим доступу : http://pidruchniki.com/70606/pravo/teoriya_derzhavi_i_prava.
8. Матузов Н. И. Коллизии в праве: причины, виды и способы разрешения / Н. И. Матузов // Правоведение. – 2000. – № 5. – С. 231-232.
9. Власенко Н. А. Коллизийные нормы в советском праве. – Иркутск : Издательство Иркутского университета, 1984. – 99 с.
10. Погребняк С. Про колізії в законодавстві [Текст] / С. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. – Х. : Право, 2003. – № 1 (32). – С. 26-33.
11. Скакун О. Ф. Теорія права і держави [Електронний ресурс] : підручник / О. Ф. Скакун. – Київ : Правова єдність: Алерта, 2014. – 524 с. – Режим доступу : <http://westudents.com.ua/knigi/467-teoriya-prava-derjavi-skakun-of.html>.
12. Николаева А. В. Коллизии правовых норм и законное их разрешение [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/36062/1/A.V.%20Николаева.pdf>.
13. Криволап Л. В. Причины возникновения та шляхи подолання правових колізій. Категорія: Простір і час сучасної науки (22–24 квіт. 2013 р.) [Електронний ресурс] / Л. В. Криволап, І. П. Бахновська // Право. – Режим доступу :

<http://int-konf.org/konf042013/178-krivolap-l-v-k-yu-n-bahnovska-p-prichini-viniknennya-ta-shlyahi-podolannya-pravovih-kolzy.html>.

14. Гончар М. О. Способи розв'язання колізій у законодавстві [Електронний ресурс] / М. О. Гончар, за ред. В. В. Галунька // Актуальні проблеми запобігання та протидії корупції і охорони права власності : збірник наукових праць. – Херсон-Тернопіль : ХІОІ ХНУВС, 2011. – 230 с. – Режим доступу : http://www.big-lib.com/book/64_.
15. Майстренко О. В. Теоретико-правові аспекти колізій у законодавстві України : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Майстренко, Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х. : 2008. – 20 с.
16. Москалюк О. В. Механізм подолання змістовних і темпоральних колізій норм права : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Москалюк; Київський національний університет ім. Т. Шевченка. – К. : 2011. – 20 с.
17. Коцан Ю. Я. Механізм розв'язання правових колізій [Електронний ресурс] / Ю. Я. Коцан // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. – 2010. – Вип. 2. – С. 212-220. – Режим доступу : <http://www.stationline.org.ua/pravo/100/17024-mexanizm-rozv-yazannya-pravovih-kolizij.html>.
18. Куліков О. Правові колізії у житловому законодавстві [Електронний ресурс] / О. Куліков // Юридичний журнал. – 2005. – № 8. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1858>.

19. Бернацький М. В. Колізії норм в житловому законодавстві України [Електронний ресурс] / М. В. Бернацький // Приватне право і підприємництво. – 2015. – Вип. 14. – С. 127-130. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Prp_2015_14_33.
20. Луценко Д. С. Колізії цивільного законодавства України у сфері реалізації земельних ділянок через електронні торги [Текст] / Д. С. Луценко // Науковий вісник Ужгородського національного університету : Серія : Право / голов. ред. Ю. М. Бисага. – Ужгород : Видавничий дім «Гельветика», 2015. – Т. 1. – Вип. 31. – С. 137-141.
21. Москалюк О. В. Співвідношення колізійних норм і колізійних принципів при подоланні колізій між нормами рівної юридичної сили [Електронний ресурс] // Вісник Вищої ради юстиції. – 2011. – № 4 (8). – С. 106-116. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/e-journals/Vvryu/2011_4/DOC/11movelf.pdf.
22. Мірошніченко А. М. Законодавче закріплення принципів вирішення колізій у законодавстві // Слово національної школи суддів України. – 2013. – № 2 (3). – С. 163-167.
23. Ерицяні, И. Н. Коллизии в гражданском праве [Электронный ресурс] // Молодёжь и наука: Сборник материалов VI Всероссийской научно-технической конференции студентов, аспирантов и молодых учёных. – Красноярск : Сибирский федеральный ун-т, 2011. – Режим доступа : <http://conf.sfu-kras.ru/sites/mn2010/section10.html>.

REFERENCES

1. Lysakovskij, G. A. (2002). *Kollizii v prave i mery po ib razresheniju [Collisions in the law and measures to address them]* (Autoabstract of dissertation of candidate of Legal Sciences): Teoriya i istoriya prava i gosudarstva; Istorija pravovyh uchenij [Theory and history of law and state; History of legal doctrines]. Minsk: Belarusian State University, 20 p. [in Russian]
2. Busel, V. T. (Ed.). (2009). *Velykyi tлумachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi mory [Great Dictionary of Modern Ukrainian]: 250 000 words*. Kyiv, Irpin: VTF «Perun», 1736 p. [in Ukrainian]
3. Tihomirova, L. V., & Tihomirov, M. J. (2012). *Juridicheskaja jenciklopedija [Legal encyclopedia]*, Moscow, 131 p. [in Russian]
4. Kozlov, S. S. (n/d). *O nekotoryh vozmozhnostjakh razreshenija kollizij v uslovijah pravovoj sistemy sovremennoj Rossii [Some possibilities of conflict resolution in the legal system of modern Russia]*. Retrieved from http://vestnik.mstu.edu.ru/v09_1_n21/articles/21_kozlov.pdf. [in Russian]
5. Lylak, D. D. (2004). *Problemy kollizij u zakonodavstvi Ukrainy (teoriia i praktyka) [Problems of conflicts in legislation Ukraine (theory and practice)]* (Candidate of Legal Sciences dissertation). Kyiv: Institute of state and law named after V. M. Korytskiy of NAS of Ukraine, 175 p. [in Ukrainian]
6. Malyshev, B. V., & Moskaliuk, O. V. (2010). *Zastosuvannia norm prava (teoriia i praktyka) [Application of the law (theory and practice)]*. Kyiv: Referat, 260 p. [in Ukrainian]
7. Petryshyn, O. V., Pohrebniak, S. P., & Smorodynskyi, V. S. (2015). *Teoriia derzhavy i prava [Theory of state and law]*. Kharkiv: Pravo, 368 p. Retrieved from http://pidruchniki.com/70606/pravo/teoriya_derzhavy_i_prava. [in Ukrainian]
8. Matuzov, N. Y. (2000). *Kollizii v prave: prichiny, vidy i sposoby razreshenija [Collisions in the right: the causes, types and ways of resolving]*. *Pravovedenie [Jurisprudence]*, 5, 231-232. [in Russian]
9. Vlasenko, N. A. (1984). *Kollizionnye normy v sovetskom prave [Conflict rules in Soviet law]*. Irkutsk: Irkutsk University publishing house, 99 p. [in Russian]
10. Pohrebniak, S. (2003). *Pro kollizii v zakonodavstvi [On the collisions in legislation]*. *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy [Ukraine Academy of Legal Sciences journal]*, 1(32), 26-33. [in Ukrainian]

11. Skakun, O. F. (2014). *Teoriia prava i derzhavy [Theory of law and state]*. Kyiv: Pravova yednist: Alerta, 524 p. Retrieved from <http://weststudents.com.ua/knigi/467-teorya-prava-derjavi-skakun-of.html>. [in Ukrainian]
12. Nykolaeva, A. V. (n/d). *Koliziji pravovykh norm i zakonnoe ih razreshenie [Conflict of laws and the legality of their resolution]*. Retrieved from <http://elibr.bsu.by/bitstream/123456789/36062/1/A.V.%20Nykolaeva.pdf>. [in Russian]
13. Kryvolap, L. V., & Bakhnovska, I. P. (22-24 April, 2013). *Prychyny vynyknennia ta shliakhy podolannia pravovykh kolizii. Kategoria: Prostir i chas suchasnoi nauky. Pravo [Reasons of origin and ways to overcome legal collisions. Category: Space and time of modern science. Law]*. Retrieved from <http://int-konf.org/konf042013/178-krivolap-l-v-k-yu-n-bahnovska-p-prichini-viniknennya-ta-shlyahi-podolannya-pravovykh-kolizii.html>. [in Ukrainian]
14. Honchar, M. O. (2011). Sposoby rozviazannia kolizii u zakonodavstvi [Methods of decision of collisions are in legislation]. *Aktualni problemy zapobihannia ta protydiu koruptsii i okhorony prava vlasnosti: zbirnyk naukovykh prats [Current problems of corruption preventing and combating and property rights protection]*. Halunka, V. V. (Ed.). Kherson-Ternopil: HYI HNUVS, 230 p. Retrieved from http://www.big-lib.com/book/64_. [in Ukrainian]
15. Maistrenko, O. V. (2008). *Teoretyko-pravovi aspekty kolizii u zakonodavstvi Ukrainy [Theoretical and legal aspects of collisions in legislation Ukraine]* (Autoabstract of dissertation of candidate of Legal Sciences). Kharkiv: Kharkiv National University of Internal Affairs, 20p. [in Ukrainian]
16. Moskaliuk, O. V. (2011). *Mekhanizm podolannia zmistomnykh i temporalnykh kolizii norm prava [Mechanism of overcoming of rich in content and temporal collisions of norms of right]* (Autoabstract of dissertation of candidate of Legal Sciences). Kyiv: Kyiv National University named after T. Shevchenko, 20 p. [in Ukrainian]
17. Kotsan, Y. Y. (2010). Mekhanizm rozviazannia pravovykh kolizii [Mechanism of decision of legal collisions]. *Visnyk L'ubanskoho derzhavnogo universytetu vnutrishnikh sprav im. E. O. Didorenka [L'ubansk State University of Internal Affairs named after E. O. Didorenko journal]*, 2, 212–220. Retrieved from <http://www.stationline.org.ua/pravo/100/17024-mexanizm-rozv-yazannya-pravovix-kolizij.html>. [in Ukrainian]
18. Kulikov, O. (2005). Pravovi kolizii u zhytlovomu zakonodavstvi [Legal collisions are in a housing legislation]. *Yurydychnyi zhurnal [Juridical journal]*, 8. Retrieved from <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1858>. [in Ukrainian]
19. Bernatskiy, M. V. (2015). Kolizii norm v zhytlovomu zakonodavstvi Ukrainy [Collisions of norms are in the housing legislation of Ukraine]. *Pryvatne pravo i pidpriemnytstvo [Private law and enterprise]*, 14, 127–130. Retrieved from http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2015_14_33. [in Ukrainian]
20. Lutsenko, D. S. (2015). Kolizii tsyvilnoho zakonodavstva Ukrainy u sferi realizatsii zemelnykh dilianok cherez elektronni torhy [Collisions of civil legislation of Ukraine are in the field of realization of lot lands through electronic tenders]. *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu. Seria: Pravo [Uzhhorod National University scientific journal: Series: Law]*. Bysaha, Y. M. (Ed.). Uzhhorod: «Helvetyka» publishing house, 31(1), 137-141. [in Ukrainian]
21. Moskaliuk, O. V. (2011). Spivvidnoshennia koliziiynykh norm i koliziiynykh pryntsyypiv pry podolanni kolizii mizh normamy rivnoi yurydychnoi syly [Correlation of collision norms and collision principles is at overcoming of collisions between the norms of even legal force]. *Visnyk Vysshchoi rady yustytzii [Journal of High council of justice]*, 4(8), 106-116. Retrieved from http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/e-journals/Vvryu/2011_4/DOC/11movelf.pdf. [in Ukrainian]
22. Miroshnychenko, A.M. (2013). Zakonodavche zakriplennia pryntsyypiv vyrishennia kolizii u zakonodavstvi [The legislative fixing of principles of decision of collisions is in legislation]. *Slovo natsionalnoi shkoly suddiv Ukrainy [The word of national judges' school of Ukraine]*, 2(3), 163-167. [in Ukrainian]
23. Ericjan, I. N. (Ed.). (2011). Molodjozh' i nauka: Sbornik materialov VI Vserossijskoj nauchno-tehnicheskoy konferencii studentov, aspirantov i molodyh uchjonyh [Youth and science: Collection of the materials of 6th All-Russia scientific-technical conference of BA students, PhD students and young scientists]; *Koliziji v grazhdanskom prave [Collisions in civil law]*. Krasnojarsk: Siberian Federal University. Retrieved from <http://conf.sfu-kras.ru/sites/mn2010/section10.html>. [in Russian]



УДК 347.643.8

Лешанич Леся Вікторівна

Викладач кафедри господарського права,
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»,
кандидат юридичних наук

УПРОВАДЖЕННЯ ПОЗИТИВНОГО ДОСВІДУ ВЕЛИКОБРИТАНІЇ В ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

Leshanych L. V.

Implementation of Britain's successful experience into Ukrainian legislation

Abstract. The worldwide problem of taking care of orphans and children deprived of parental care has been a priority for many years.

In our opinion, it is very important to learn from foreign experience about legal regulation of social relations inplacing children who require guardianship into another family. This experience can give us an opportunity to improve the legislation which regulates the corresponding sphere of social relations in our country.

It is a well-know fact that in foreign countries foster care is favored among other forms of temporary child custody.

Some sources mention that the foster care system originated in the USA and Great Britain in 1853.

Taking into consideration the ancient history of foster care in Great Britain and the fact that in this country a high ratio of children who require parental care are placed into foster families, it is reasonable to analyze Great Britain's experience in legal regulation of social relations.

Key words: *foster care, orphan, a child deprived of parental care, foster family, quasi-family child care.*

Проблема влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, є пріоритетною впродовж багатьох років. Ця проблема має обсяг світового масштабу.

Необхідність особливого захисту дітей уперше проголошено в Женевській декларації прав дитини 1924 р. [1], згодом підтверджено в Загальній декларації прав дитини 1948 р. [2], Декларації прав дитини 1959 р. [3] і закріплено в Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права (стаття 10) [4].

Ознайомлення із зарубіжним досвідом законодавчого врегулювання суспільних відносин з влаштування дітей, котрі потребують опіки, в іншу сім'ю, на нашу думку, є дуже важливим. Адаже запозичення позитивного досвіду надасть можливість поліпшити в нашій країні законодавство, що регулює відповідну сферу суспільних відносин.

Законодавство України передбачає квазісімейну форму виховання дітей-сиріт

та дітей, позбавлених батьківського піклування, зміст якої становлять такі три види: патронат, дитячий будинок сімейного типу та прийомна сім'я.

Відомо, що в зарубіжних країнах серед форм тимчасового утримання дітей перевага надається фостерному вихованню (foster care) (так, наприклад, у Великобританії фостерними сім'ями виховується до 80% всіх дітей, котрі потребують опіки) [5]. «Foster care» – термін, що використовується для системи, у якій неповнолітні, які потребують опіки, передаються для виховання в прийомну сім'ю або дитячий будинок сімейного типу на платній основі (утримання дітей оплачує держава). Фостерне виховання ще називають аналоговою формою патронатного виховання [6]. Інститут фостерного виховання й утримання дитини є найбільш вдалою формою поєднання державної системи піклування з сімейної опікою [7].

У деяких джерелах зазначено, що система «foster care» бере свій початок із 1853 р. в США і Великобританії. У Великобританії явище «foster care» пов'язане із Джоном Армистедом: він забрав дітей з дитячого будинку в графстві Чешпір і влаштував їх у прийомні сім'ї. Місцева влада взяла на себе відповідальність за дітей і вирішила виплачувати прийомним батькам винагороду за їх утримання [8]. У США все почалося з асоціації Children's Aid Society (засновник — Чарльз Лоринг Брейс), у межах якої в 1853 р. було організовано експеримент «Orphan Train» – благодійний поїзд для переселення бездомних дітей з вулиць Нью-Йорка, а потім і з інших перенаселених міст Східного узбережжя, у сім'ї та дитячі будинки по всій території Сполучених Штатів. Рух «сирітського поїзда» тривав до 1929 р. і допоміг знайти оселі 250 тисячам сиріт та безпритульним [9].

Оскільки батьківщиною фостерного виховання в Європі є Велика Британія, де 80% дітей, що потребують опіки, виховуються у фостерній сім'ї, вважаємо доцільним розпочати дослідження саме з цієї країни.

У Великій Британії функціонують державні (дитячі будинки, спеціалізовані пансіонати, неспеціалізовані школи-інтернати, заклади для неповнолітніх правопорушників, лікарні, притулки) та сімейні форми виховання дітей (опіка, усиновлення, фостерні сім'ї різних типів) [10].

Перш за все необхідно зазначити, що, на відміну від України, у Великобританії під фостерне виховання підпадає децю інша категорія дітей, а саме ті, які не досягли шістнадцятирічного віку, про яких піклуються, забезпечуючи їх всіма необхідними умовами для життя і розвитку, особи, які не є матерями (батьками) дитини, але відповідають за дитину [11, р. 54]. Відповідно до такого визначення, можемо сформулювати висновок, що, на відміну від дітей, які передаються на «квазісімейну» форму виховання в Україні (діти-сироти та діти, позбавлені батьківського піклування), у Великобританії немає вимог щодо відповідного статусу

дитини, окрім однієї – дитина не повинна досягти 16-річного віку.

Станом на сьогодні до законодавчих актів Англії, які регулюють питання, пов'язані з фостерним вихованням, належать: Закон про дітей (Children Act), Загальні рекомендації щодо влаштування дітей (Arrangements for Placement of Children (General) Regulations), Правила влаштування дітей на фостерне виховання (Foster Placement (Children) Regulations), Національні стандарти фостерного виховання (Fostering services: national minimum standards) (Національні стандарти Великобританії охоплюють майже всі аспекти організації фостерного виховання) [8] та Стандарти надання послуг (Care Standards Act 2000 (CSA)) [12]. Ці стандарти розроблені та спрямовані на задоволення потреб дитини. Фостерні вихователі мають право виходити за межі стандартів, однак не призводити до погіршення становища дитини.

Національні стандарти фостерного виховання у Великобританії – нормативний акт, що регулює досить значну частину відносин, які формуються в процесі фостерного виховання. Необхідно зазначити, що вони децю подібні за змістом до Закону України від 13 січня 2005 р. «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», який визначає заходи державної політики щодо захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, фінансування таких заходів та ін. Національні стандарти Великобританії регламентують усю процедуру фостерного виховання, визначають критерії умов фостерінгу, відповідно до яких визначається оцінка особи фостерного вихователя, відбувається затвердження його кандидатури, надання фостерним вихователям необхідної інформації, підтримки та консульгаційної допомоги зі сторони соціального агентства, потребується наявність добре налагодженої системи контролю за фостерними вихователями, зокрема складання фостерними вихователями щоденної звітності.

Що стосується фостерного виховання у Великій Британії, то існує немало класифікацій його різновидів. Це пов'язано з тим, що у Великій Британії існують різні агенції, які надають послуги фостерінгу. В основу їх роботи покладено загальні положення Акту про дітей (1989 р.) та кілька проєктів, затверджених ЮНЕСКО. Ці агенції пропонують різні види фостерної опіки для дітей, здійснюють пошук для них нових сімей, а для майбутніх прийомних батьків – дітей [5].

Аналізуючи фостерне виховання у Великобританії, Н. В. Марговицька та С. В. Архипова висновують, що у Великобританії існує два основних види цього соціального інституту: фостерне виховання дітей і приватна фостерна опіка. Перший вид фостерного виховання забезпечується за допомогою органів місцевої влади [13, р. 9 – 10]. Органи місцевої влади створюють умови для проживання та засоби для існування дитини, яка перебуває під опікою, влаштовуючи її в біологічній родині, родині родичів. У разі неможливості процедури біологічного влаштування розглядається питання про проживання дитини в стаціонарних закладах – дитячих будинках, притулках, інтернатах. Для забезпечення достатньої кількості фостерних вихователів на рівні держави створено мережу спеціальних фостерних агентств, що реалізують дві головні функції – пошук і підготовку потенційних вихователів; створення комплексу безоплатних послуг для дітей-сиріт і вихователів [14]. Другий вид фостерного виховання – це приватна домовленість між батьками та фостерними вихователями про опіку над дитиною, що здійснюється в будинку опікуна без залучення органів місцевої влади. При цьому опікунами не можуть бути батьки та родичі [14]. Фостерний вихователь відповідає за здоров'я дитини, здобуття освіти та забезпечує відповідний соціальний, фізичний, духовний розвиток. У межах приватного фостерінгу на вихованні у фостерного вихователя може перебувати не більше трьох дітей одночасно.

Сьогодні у Великобританії здійснюється облік дітей, які потребують влаштування в

прийомні сім'ї. Їх 36 тис., а кількість фостерних сімей становить 27-30 тис. Кожна з цих сімей приймає дитину на різний термін: на кілька тижнів, на рік і більше, на два і більше років. Середній термін перебування дитини під опікою в 1998 р. становив 20 місяців, 1999 – 21 місяць.

Н. В. Марговицька класифікує типи влаштування дітей у фостерну сім'ю за часом, категорією, змістом.

За часом: короткострокові (short-term care); довгострокові (long-term care); часткові (short-term breaks, private); тимчасове піклування (respite care).

За категорією: для підлітків та дітей, які потребують спеціального догляду – неповнолітніх правопорушників (remand fostering), дітей з особливими потребами (for disabled children), безпритульних дітей та підлітків (for sanctuary seeking children and young people); для груп братів і сестер (relative care); для мами з дитиною (parent and baby care); у надзвичайних ситуаціях (emergency care); тимчасове виховання (bridging family care, time-limited care); родинне піклування (kinship care).

За змістом: фостерне виховання (foster care); за домовленістю батьків (private fostering); для мами з дитиною (mother and baby care) [15].

Також існує ще такий підхід до визначення видів фостерінгу:

Short-term (короткострокове фостерне виховання), яке поділяється на: а) термінове (emergency); б) тимчасове.

Короткострокове фостерне виховання призначене для надання короткострокової допомоги дітям, батьки яких можуть потребувати спеціальної або надзвичайної допомоги. Цей тип застосовується також тоді, коли батьки перебувають під слідством. Діти можуть утримуватись у таких сім'ях від одного тижня до декількох місяців.

Термінове (emergency) влаштування дітей у фостерні сім'ї застосовується тоді, коли діти потребують безпечного місця проживання протягом кількох діб. Є немало випадків, коли малолітня або неповнолітня особа може потребувати короткострокового фостерного виховання, наприклад, якщо один з батьків потрапив до лікарні і немає особи, яка б могла доглядати за дитиною.

Місцеві органи влади при застосуванні термінового короткострокового влаштування дітей у фостерні сім'ї керуються нормами «The Care Planning, Placement and Case Review» від 24 березня 2010 р., які набули чинності з 1 квітня 2011 р. [16]. Це положення застосовується виключно на території Англії. У цьому акті досить чітко встановлені правосуб'єктність, зміст прав сторін та терміни виконання ними своїх обов'язків з планування та термінового короткострокового влаштування дітей у фостерні сім'ї. Орган, що відповідає за влаштування дітей в фостерні сім'ї, повинен підготувати план влаштування, який визначає порядок влаштування і сприяє задоволенню потреб дитини, та переконатися: побажання дітей вислухані та вжиті необхідні заходи для задоволення цих побажання [17].

У виданому департаментом освіти коментарі до закону «Про дітей» від 1989 р. зазначено, що термін перебування дитини на фостерному вихованні у таких випадках визначається обставинами, у яких вона перебуває. У разі надзвичайної ситуації дитина може бути влаштована на строк до 6 робочих днів з будь-якими фостерними вихователями, якщо вони відповідають вимогам закону [18].

Тимчасове влаштування – це влаштування дитини у фостерну сім'ю, яке може тривати до 16 тижнів. У випадку такого влаштування дитини відбувається прийняття тимчасового рішення відповідним органом. У разі, якщо виникне необхідність у більш тривалому фостерингу, ніж той, який дозволений, відповідні органи прийматимуть інше рішення, що супроводжуватиметься ретельнішою підготовкою до прийняття дитини на фостерне виховання [17].

Питання, які місцева влада повинна враховувати при оцінці придатності фостерного вихователя взяти дитину на тимчасове виховання, викладені в акті «The Care Planning, Placement and Case Review». При оцінці беруться до уваги: характер і якість взаємовідносин з дитиною; здатність піклуватися про дітей; стан фізичного, емоційного та психічного здоров'я, історія хвороб, зокрема будь-які поточні або минулі проблеми насильства в сім'ї,

зловживання психотропними речовинами або проблеми психічного здоров'я; сімейні відносини і склад сім'ї; історія своєї сім'ї; відомості про скоєння кримінальних злочинів; історія працевлаштування та інші джерела доходу; характер місця проживання, розташування будинку [19].

Short breaks (короткі перерви). Такий вид фостерного виховання застосовується тоді, коли у батьків або опікунів виникла потреба в так званій «відпустці від виховання».

Remand (утримання під слідством). Такий вид фостерного виховання застосовується до неповнолітніх, що перебувають під слідством.

Long-term (довгостроковий). Не всі діти, які зв'язку з певними життєвими обставинами змушені постійно проживати далеко від їх рідних сімей, бажають бути усиновленими, тому замість цього вони обирають прийомні сім'ї, у яких вони проживають довгостроково, поки не досягнуть повноліття.

Підсумовуючи, необхідно відзначити вкрай серйозний підхід англійців до питань влаштування в сім'ї дітей, котрі потребують опіки. По-перше, спостерігається високий рівень законодавчого врегулювання фостерних відносин. По-друге, якщо порівнювати з Україною, то хоча в нас квазісімейні форми виховання дітей існують не один рік, проте навіть сьогодні на законодавчому рівні визначено тільки питання професійної підготовки прийомних батьків і вихователів ДБСТ. Що стосується патронатних вихователів, то жодних вимог щодо їх професійності немає. Також відсутні законодавчо закріплені державні заходи, спрямовані на роботу із неблагополучними сім'ями. Профілактичні дії стосовно неблагополучних сімей також допомогли б знизити рівень дитячої безпритульності, з меншими затратами для держави. Уважаємо, що необхідно створити в межах органу, який займався б питаннями дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, посаду, обіймаючи яку спеціально підготовлена особа працювала б із неблагополучними сім'ями. Це було б, по-перше, для державного бюджету України набагато дешевше (оскільки діти

не досягають статусу таких, які позбавлені батьківського піклування, тому державі не потрібно витратити кошти на прийомні сім'ї, ДБСТ, патронатні сім'ї); по-друге,

кількість безпритульних дітей значно зменшилася б; по-третє, немає кращої форми виховання дитини, ніж у біологічній сім'ї.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Geneva Declaration of the Rights of the Child [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>. — Назва з екрана.
2. Declaration of the rights of the child [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.crin.org/en/library/un-regional-documentation/declaration-rights-child-1948>. — Назва з екрана.
3. Декларація прав дитини від 20.11.1959 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_384. — Назва з екрана.
4. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 19.10.1973 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_042. — Назва з екрана.
5. Фостерна опіка у Великій Британії: аналіз видів [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://book.net/index.php?p=chapter&bid=7937&chapter=1>. — Назва з екрана.
6. Лопатченко І. М. Досвід європейських країн державного управління профілактикою соціального сирітства [Електронний ресурс] / І. М. Лопатченко // Державне управління та місцеве самоврядування: сучасні вектори розвитку: зб. тез наук.-практ. конф. за підсумками стажування слухачів, м. Харків, 24 вересня 2014 р. — Режим доступу: <http://www.kbuara.kharkov.ua/ebook/conf/2014-3/index.html>. — Назва з екрана.
7. Доля І. Упровадження ефективних форм виховання в системі державної та сімейної опіки: міжнародний досвід та уроки для України [Електронний ресурс] / Доля І. — Режим доступу: <http://old.niss.gov.ua/Monitor/March08/04.htm>. — Назва з екрана.
8. Foster care [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://bit.ly/1yU9wbn>. — Назва з екрана.
9. The Orphan Trains [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://bit.ly/1XSuRE>. — Назва з екрана.
10. Мартовницька Н. В. Соціальний захист дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у Великій Британії (друга половина XX – початок XXI століття) [Текст]: автореф. дис. ... канд. пед. наук: 13.00.05 / Мартовницька Наталя Володимирівна; Нац. пед. ун-т ім. М. П. Драгоманова. — Київ, 2013. — С. 22.
11. Лешанич Л. В. Опыт применения фостерного воспитания в некоторых зарубежных странах / Л. В. Лешанич // «LegeasiViata». — 2014. — №1. — С. 53–55.
12. Care Standards Act 2000 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/14/pdfs/ukpga_20000014_en.pdf. — Назва з екрана.
13. Романовська О. О. Фостерна сім'я Великої Британії як соціально-педагогічне середовище підтримки особистості дитини: автореф. дис. ... канд. пед. наук: спец. 13.00.05 «Соціальна педагогіка» / О. О. Романовська. — Київ, 2002. — С. 20.
14. Архипова С. П., Мартовницька Н. В. Аналіз досвіду влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування у Великій Британії / С. П. Архипова, Н. В. Мартовницька // Актуальні проблеми державного управління, педагогіки та психології. — 2010. — № 2. — С. 72–78.
15. Мартовницька Н. В. Фостерна опіка у Великій Британії: аналіз видів та визначення класифікації / Н. В. Мартовницька // Вісник АНУ ім. Тараса Шевченка. — 2011. — № 4. — С. 92–97.
16. The Care Planning, Placement and Case Review (England) Regulations 2010 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2010/959/pdfs/uksi_20100959_en.pdf. — Назва з екрана.
17. Tim Jarrett Fostering – long-term, emergency, temporary and private placements; and care orders [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.parliament.uk/briefingpapers/SN06316.pdf>. — Назва з екрана.
18. Edith Palmer. Children's rights: international and national laws and practice [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.loc.gov/law/help/child-rights/pdfs/ChildrensRights-Germany.pdf>. — Назва з екрана.
19. Types of foster care [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://www.gov.uk/foster-carers/types-of-foster-care>. — Назва з екрана.

REFERENCES

1. Geneva Declaration of the Rights of the Child. [online] Available at: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm> [Accessed 12 May 2016].
2. Declaration of the rights of the child. [online] Available at: <http://www.crin.org/en/library/un-regional-documentation/declaration-rights-child-1948> [Accessed 20 Mar. 2016].
3. Deklaratsiia prav dytyny 20.11.1959. [Declaration of the rights of the child]. [online] Available at: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_384. [Accessed 5 May 2016]. [In Ukrainian].
4. Mizhnarodnyi paket pro ekonomichni, sotsialni i kulturni prava vid 19.10.1973 [International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 10.19.1973]. [online] Available at: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_042. [In Ukrainian].
5. Fosterna opika u Velykii Brytanii: analiz vydiv [The foster care in the United Kingdom: an analysis of species]. [online] Available at: <http://book.net/index.php?p=achapter&bid=7937&chapter=1>. [Accessed 5 Apr. 2016]. [In Ukrainian].
6. Lopatchenko, I. M. (2014) *Dosvid yevropeiskykh krain derzhavnogo upravlinnia profilaktykoiu sotsialnogo syrystva [The experience of European governance prevention of child abandonment]. In: Derzhavne upravlinnia ta mistseve samovriaduvannia: suchasni vektory rozvytku [Public Administration and Local Self-Government: Modern vectors of development].* [online] Kharkiv, 24.09. 2014. Available at: <http://www.kbuapa.kharkov.ua/ebook/conf/2014-3/index.html> . [In Ukrainian]. [Accessed 11 Jan. 2016].
7. Dolia, I. Uprovadzhenia efektyvnykh form vykhovannia v systemi derzhavnoi ta simeinoi opiky: mizhnarodnyi dosvid ta uroky dlia Ukrainy [The implementation of effective forms of education in the state and family care: international experience and lessons for Ukraine]. [online] Available at: <http://old.niss.gov.ua/Monitor/March08/04.htm>. [Accessed 25 May 2016]. [In Ukrainian].
8. Foster care. [online] Available at: <http://bit.ly/1yU9wbn>. [Accessed 18 May 2016].
9. The Orphan Trains. [online] Available at: <http://bit.ly/1IXSuRE>. [Accessed 27 Mar. 2016].
10. Martovytska, N. V. (2013) *Sotsialnyi zakhyst ditei-syrin ta ditei, pozbavlenykh batkivskoho pikluvannia, u Velykii Brytanii (druga polovyna XX –pochatok XXI stolittia) [The social protection of orphans and children deprived of parental care in the UK (second half of XX – beginning of XXI century).* Kyiv. 22 p. [In Ukrainian].
11. Leshanych, L. V. (2014). *Opyt primenenija fosternogo vospitanija v nekotorykh zarubezhnykh stranah [The experience of foster parenting in some foreign countries].* «Legea si Viata». №1, p. 53-55. [In Russian].
12. Care Standards Act 2000. [online] Available at: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/14/pdfs/ukpga_20000014_en.pdf. [Accessed 2 Apr. 2016]
13. Romanovska, O. O. (2002). *Fosterna simia Velykoi Brytanii yak sotsialno-pedagogiczne seredovysche pidtrymky osobystosti dytyny [UK foster family as a social and educational environment of the child support].* PedD Kyiv. 20 p. [In Ukrainian].
14. Arkhpyova, S. P. and Martovytska, N. V. (2010). *Analiz dosvidu vlashtuvannia ditei-syrin i ditei, pozbavlenykh batkivskoho pikluvannia u Velykii Brytanii [The analysis of the placement of orphans and children deprived of parental care in the UK]. Aktualni problemy derzhavnogo upravlinnia, pedahohiky ta psykhohohii [Actual problems of public administration, education and psychology].* 2, 72–78 p. [In Ukrainian].
15. Martovytska, N. V (2011). *Fosterna opika u Velykii Brytanii: analiz vydiv ta vyznachennia klasyfikatsii [Foster care in the United Kingdom : an analysis of species and determine the classification].* Visnyk LNU imeni Tarasa Shevchenka [Bulletin of Taras Shevchenko]. 4, 92-97 p. [In Ukrainian].
16. The Care Planning, Placement and Case Review (England) Regulations 2010. [online] Available at: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2010/959/pdfs/uksi_20100959_en.pdf. [Accessed 20 Feb. 2016]
17. Tim Jarrett Fostering – long-term, emergency, temporary and private placements; and care orders. [online] Available at: <http://www.parliament.uk/briefingpapers/SN06316.pdf>. [Accessed 10 Mar. 2016].
18. Edith Palmer. Children's rights: international and national laws and practice. [online] Available at: <http://www.loc.gov/law/help/child-rights/pdfs/ChildrensRights-Germany.pdf>. [Accessed 12 Apr. 2016].
19. Types of foster care. [online] Available at: <https://www.gov.uk/foster-carers/types-of-foster-care>. [Accessed 21 Apr. 2016].

УДК 341.1/8

**Шошин Сергей Владимирович**

*Доцент кафедры уголовного, экологического права и криминологии
Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения
высшего образования «Саратовский национальный исследовательский
государственный университет имени Н. Г. Чернышевского»,
кандидат юридических наук, доцент*

**ПРОБЛЕМЫ ТОЛКОВАНИЯ ОБЩЕПРИЗНАННЫХ
ПРИНЦИПОВ И НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА:
РОССИЙСКИЙ МИФ ИЛИ ОСОБЕННОСТЬ
МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ ПРАКТИКИ**

Shoshin S. V.**Problems of interpretation universally recognized principles and norms of international law: russian myth or feature of international legal practice**

Abstract. For the category of Russian scientists generally recognized principles and norms of international law are important in assessing the legal validity of a particular event. At the same time, without exception, all countries and territories of the world do not always clearly give timely and complete responses to their position on a specific basis and (or) international law. At any given moment it is possible to estimate a point of view of the states and territories of the world in respect of the principle and (or) international law. Develop common to all states without exception the principles and norms of international law is a kind of ghostly guide the development of the world community.

Key words: *international law, universally recognized principles, norms of international law, international legal practice, problems of interpretation*

На протяжении нескольких десятилетий многочисленным российским (и, соответственно, иным советским) исследователям казались стабильными и однозначно трактуемыми общепризнанные принципы и нормы международного права. Однако в современных условиях, под воздействием многочисленных проявлений процессов глобализации, данные общепризнанные принципы и нормы международного права оказываются сегодня сопровождаемыми некоторыми проблемными моментами. Не все такие проблемные аспекты логично укладываются в мифологию прошлого. Иногда, для качественного их анализа, оказывается интересным преодолеть тяжесть отдельных догм прошлых лет, встречающихся порой и сегодня в научных трудах российских авторов. Можно согласиться с мнением Чумакова А. Н., утверждавшего, что механизмы управления, которые были бы адекватными целостности, складывающейся в мировом сообществе под

воздействием процессов глобализации, сегодня не существует [1, с. 4].

Для единой целостности, существующей сегодня (с той или иной степенью условности) востребованными могли бы оказаться и исследуемые нами общепризнанные принципы и нормы международного права.

Анализируемая категория общепризнанных принципов и норм международного права оказалась свойственной исключительно ученым постсоветских государств. Сегодняшние реалии общественной жизни наглядно иллюстрируют нам очевидное смещение стереотипов исследователей. Сейчас сложно убедить всех представителей научной общественности, даже на российской территории, в наличии множества единых для всех субъектов международного права принципов и норм этого самого международного права.

Даже для специалистов в области международного права сегодня довольно

сложно ответить на вопрос, сколько именно сегодня в мире имеется субъектов международного права. Государства и территории создаются и трансформируются, меняются органы власти и управления в них. Не все вновь созданные тем или иным образом органы управления на некоторых территориях оказываются в данный конкретный момент официально признанными всеми другими странами и территориями, являющимися безусловными субъектами международного права. Соответственно, крайне сложно определить, сколько стран (территорий) должно признать каждую конкретную норму международного права, каждый называемый прежде общепризнанным принцип международного права. В целом ряде стран мира вовсе отсутствует писаное право. Иногда его вполне заменяет в данных государствах Коран. В таких случаях также не всегда легко быстро и однозначно сделать категорический вывод о том, можно ли отнести некий принцип и некую индивидуально определенную норму международного права к числу традиционно выделявшихся прежде общепризнанных. Изложенное нами выше обстоятельство не означает констатации отказа какого-либо из таких государств (территорий) вовсе от признания соответствующей нормы международного права и (или) принципа международного права. Нельзя полностью исключать, что впоследствии, приобретя некоторый опыт в качестве полноценного субъекта международного права, такая страна (территория) признает такой принцип или такую норму международного права. Однако полной гарантии этого дать не может никто. Да и определить с любой точностью, сколько именно времени может потребоваться для подобного признания, также крайне сложно.

С другой стороны, сегодня сложно составить однозначно сформулированный исчерпывающий перечень общепризнанных принципов и норм международного права. Возлагать при этом на заинтересованное физическое лицо обязанность самостоятельно выяснять у всех без исключения субъектов

международного права, признают ли они данную конкретную норму и (или) принцип международного права:

- во-первых, довольно сложно;
- во-вторых, весьма трудоемко и требует значительных материальных затрат;
- в-третьих, полученный в результате такого выяснения конкретный результат довольно легко оспорить (одной из причин такой дискредитации полученного результата может стать сомнение в том, что подобному «анкетированию» оказались подвергнуты надлежащие субъекты, правомочные (компетентные) давать такие оценки).

Интересно также, что смена власти в каком-либо конкретном государстве (территории), сопровождающаяся некоей корректировкой отношения новых органов власти (управления), контролирующая данную территорию, также сможет (при иных необходимых условиях) способствовать возникновению сомнений в обоснованности отнесения конкретной нормы и (или) принципа международного права к числу общепризнанных. Обширная практика актов, вынесенных Международным уголовным Судом (МУС), довольно красноречиво подтверждает данную точку зрения. Характерно, что Устав МУС так до сего дня Российской Федерацией и не признан (не ратифицирован). Один только данный факт довольно красноречиво говорит о проблематике, присущей толкованию общепризнанных принципов и норм международного права. Хотя порой в России и раздаются голоса критически относящихся к практике деятельности МУС и итогам его работы по рассмотрению конкретных дел, тем не менее, открытого и официального игнорирования (на государственном уровне) результатов его международной деятельности практике российской международно-правовой политики пока не свойственно.

В. В. Кожевников [2, с. 65] рекомендует при анализе содержания категории общепризнанных принципов и норм международного права основываться на определении указанной категории, данной

в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 года №8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» [3, с. 1].

Пристальное исследование текста данного Постановления Пленума Верховного Суда РФ (в действующей сегодня его редакции) позволяет установить наличие достаточно серьезных дополнений и корректив. Указанные изменения оказались внесенными в него позднее Постановлениями Пленума Верховного Суда РФ. В истории международного права последних лет имеются некоторые примеры, когда решение национального суда (судьи) становилось (как минимум, де-факто) вспомогательным источником международного права. Однако автору как минимум сегодня не известны другие примеры корректировок (на протяжении около 20 лет с момента вынесения данного судебного Постановления) иных судебных актов, ставших в силу различных причин источниками международного права. Заслуживает особого внимания здесь точка зрения Ярмухаметовой Г. З., указывающей в процессе анализа общепризнанных принципов и норм международного права на постоянное развитие системы источников российского конституционного права России, неоднозначности в оценке того или иного источника конституционного права России [4, с. 6].

Применительно к международному частному праву предложение об отнесении в Российской Федерации судебного прецедента (на примере указанного Постановления Пленума Верховного Суда РФ) к числу источников международного частного права ранее высказывал и Маркин С. В. [5, с. 11].

Можно спорить о содержании и юридической природе Постановления Пленума Верховного Суда РФ, однако его значение как минимум для целей определения понятия общепризнанных принципов и норм международного права, актуальных в современной российской юридической практике, является несомненным.

В качестве общепризнанных принципов и норм международного права п. 1 ч. 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. №8 (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 03.03.2015 №9) ссылается на тексты международных пактов, конвенций и иных документов. В качестве примеров, в частности, названы: Всеобщая декларация прав человека, Международный пакт о гражданских и политических правах, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах. Весьма характерно, что данный перечень документов является открытым в тексте указанного Постановления Пленума Верховного Суда РФ.

Следуя определению общепризнанных принципов международного права, сформулированному в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ №5 от 10 октября 2003 года [6, с. 1], можно отнести к ним соответствующие основополагающие императивные нормы международного права, которые международное сообщество государств принимает и, в целом, признавая, отклонение от которых считает недопустимым. В качестве примеров общепризнанных принципов международного права в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ №5 от 10 октября 2003 г. (в действующей сегодня редакции) были названы: принцип всеобщего уважения прав человека и принцип добросовестного выполнения международных обязательств. В п. 6 ч. 1 этого же Постановления Пленума Верховного Суда РФ его авторами дано определение общепризнанной нормы международного права. Под ней данные авторы понимают правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств. Признаваться оно должно при этом в целом, одновременно выступая в качестве юридически обязательного правила поведения.

Пункт 3 части 4 указанного Постановления Пленума Верховного Суда РФ, ссылаясь при этом на части 3 и 4 статьи 15 Конституции РФ и часть 3 статьи 5 Федерального закона РФ «О международных договорах» [7, с. 1],

обуславливает применение положений международных договоров российскими судами наличием официальной публикации текстов таких международных договоров. Применительно к подобным ситуациям возникает возможность излишнего усмотрения должностных лиц, применяющих (или пытающихся применить) положения международных договоров, не прошедших указанную выше процедуру их официального опубликования. Значительное число международных договоров, особенно в период существования СССР, было опубликовано в тематических сборниках. Отнести же такие тематические сборники к надлежащей практике опубликования сегодня текстов международных договоров крайне сложно. Возможно, по истечении некоторого времени появится новое дополнение в действующие Постановления Пленума Верховного Суда РФ, как-то регулирующие порядок разрешения такой непростой ситуации. С другой стороны, поручение, в частности, Министерству иностранных дел РФ опубликовать тексты не опубликованных прежде официальным образом международных актов может потребовать значительных материальных затрат и длительного времени на полную реализацию.

При размещении такой информации на Интернет-портале правовой информации Государственной системы правовой информации (www.pravo.gov.ru) потребуются значительные затраты времени. Также потребуются и соответствующие усилия технического персонала. Вместе с этим, размещение на этом сайте подобных текстов также станет их официальным опубликованием в рамках действующего сегодня российского законодательства. Тем самым снизится число споров о том, является ли норма международного права, сформулированная в конкретном договоре, не прошедшем процедуру официальной публикации его текста в РФ, общепризнанной (как минимум, применительно к условиям современной России). Интересной можно назвать информацию, отраженную в части

16 указанного выше Постановления Пленума Верховного Суда РФ. В ней его авторы анализируют некоторый алгоритм поиска решения судьей при возникновении затруднений при толковании общепризнанных принципов и норм международного права. В этих ситуациях им рекомендовано:

1. применение текстов актов и решений международных организаций, среди которых названа и ООН, а также ее специализированные учреждения;
2. обращение инициаторов в Правовой департамент Министерства иностранных дел РФ и (или) в Министерство юстиции РФ в целях выяснить вопросы, связанные с практикой применения конкретного международного акта и др.

Любопытным можно считать не столько потенциально допускаемую вероятность затруднения при толковании содержания текста международного акта, допущенного судьей в РФ при его применении. Более всего интерес вызывает дача разъяснений по применению такого международного акта даже не в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ, а перепоручение подготовки квалифицированного ответа сотрудникам МИД РФ или Министерства юстиции РФ. В результате пределы усмотрения практикующего судьи фактически сужаются в подобной ситуации за счет возникновения весьма существенных пределов усмотрения конкретных исполнителей ответов на подобные запросы судов, работающих в МИД РФ или в Министерстве юстиции РФ. Характерно, что действующий процессуальный порядок не предусматривает подобных консультаций в правовой сфере. Вновь исследователи данного вопроса возвращаются к проблеме допустимости юридической правовой экспертизы. Как в данном случае, применительно к конкретному международному акту. Сегодняшняя практика судебных органов настроена критически к подобной юридической экспертизе правового содержания, в т.ч. и международных документов.

Новым и интересным вопросом является потенциальная возможность наличия

единого для всех государств мира подхода к толкованию общепризнанных принципов и норм международного права. По состоянию на сегодняшний день можно предположить об отсутствии подобного единого подхода к такому толкованию.

Иной проблемной стороной трактовки общепризнанных принципов и норм международного права можно назвать особенность влияния на них фактора времени. Подход к изучению и, соответственно, реализации в практике государственного строительства, в частности, Российской Федерации, общепризнанных принципов и норм международного права разительно отличался от подхода и реализации их ее предшественниками.

Конвенция о защите прав и свобод человека включена, в качестве международного договора, в качестве составной части, в российскую правовую систему. Об этом указано в части 2.2 Постановления Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 года №21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», части первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» [8, с. 1]. В этом Постановлении Конституционного Суда РФ также содержится указание на возможность обращения в Конституционный Суд РФ при обнаружении противоречий в тексте судебного акта Европейского Суда по

правам человека и российским законодательством.

В связи с этим возникает любопытный вопрос: компетентны ли Конституционный Суд РФ и Верховный Суд РФ выступать (фактически) субъектами международного публичного (как минимум) права, принимая (фактически) деятельное участие в формулировании вывода об отнесении конкретной нормы и (или) принципа международного права к числу общепризнанных норм.

В указанном аспекте интерес вызывает проблема надлежащего соблюдения принципа разделения властей. Актуально определить при этом и степень соблюдения принципа разделения властей, требующуюся сегодня в условиях, в частности, российского правового поля. Для этого, в частности, можно учесть точку зрения Азнагуловой Г. М., отмечающей, что законодателя в его правотворческом процессе вынуждают отклониться от прямолинейности и догматичности при воплощении тех или иных правовых идей, хотя и провозглашаемых публично [9, с. 89]. Подобный люфт в реализации сформулированных и озвученных правовых идей вполне достоин остаться лишь в истории развития соответствующих отраслей права и, соответственно, российской политологии.

Традиционно субъектом международного права от имени РФ выступали Президент РФ и Государственная Дума и (или) МИД РФ. Причем МИД РФ выступал, как правило, по поручению Президента РФ, органов законодательной или исполнительной власти. Сегодня же, в указанном выше аспекте, фактически, функции трактовки содержания принятого с участием соответствующего субъекта международного права документа передаются сотрудникам Правового Департамента МИД РФ и (или) Министерства юстиции РФ. Такой подход к решению возникшей проблемы вызывает споры о возможности предоставления полученному по результатам такого толкования содержания и сущности международного акта статуса официального. Вполне вероятно, что данная проблема привлечет внимание не

только российских юристов-теоретиков, специализирующихся в соответствующих отраслях отечественного права, но и политологов. Возможно, возникшая ситуация заинтересует и судей Конституционного Суда РФ. Разумеется, если появлению такого интереса будет способствовать подача компетентным должностным лицом (органом) соответствующего обращения в Конституционный Суд РФ. Интересно будет проанализировать степень

соответствия действующей Конституции РФ подобной трактовки вопроса о поисках решения при сомнении в толковании содержания конкретного международного документа.

Возможно, в будущем учеными будет разработана некая востребованная мировым сообществом категория, способная занять место сегодняшних общепризнанных норм и принципов международного права.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Чумаков А. Н. Глобальный мир: проблема управления. Век глобализации. 2. – Волгоград, 2010. – С. 4.
2. Кожевников В. В. К проблеме приоритета международного права перед национальным правом в переходный период. Вестник Омского университета. Серия: Право. 4 (41). – Омск, 2014. – С. 65.
3. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. №8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» (в ред. Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 03.03.2015 г. 9). «Росс. газ.», 247. 28.12.1995.
4. Ярмухаметова Г. З. Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации как источники конституционного права России: автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.02. – Челябинск, 2005. – С. 6.
5. Маркин С. В. Судебный прецедент как источник международного частного права: автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.03 – Волгоград, 2005. – С. 11.
6. Постановление Пленума Верховного Суда РФ №5 от 10 октября 2003 г. (в ред. Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2015 №4) «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных

договоров Российской Федерации». «Росс. газ.», 244. 02.12.2003.

7. Федеральный закон РФ от 15.07.1995 г. 101-ФЗ «О международных договорах». «Росс. газ.», 140, 21.07.1995.

8. Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 года 21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», части первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы». «Росс. газ.», 163. 27.07.2015.

9. Азнагулова Г. М. Взаимодействие международного и внутригосударственного права и Конституция Российской Федерации. Lex Russica. 8. – М., 2015. – С. 89.

REFERENCES

1. Chumakov A. N. *Global'nyj mir: problema upravlenija*. [The global world: the issue of governance.]. Vek globalizacii. 2. Volgograd, 2010. p. 4. [in Russian].
2. Kozhevnikov V. V. *K probleme prioriteta mezhdunarodnogo pravapered nacional'nyim pravom v perehodnyj period*. [On the problem of the priority of international law over national law in the transitional period.]. Vestnik Omskogo universiteta. Serija: Pravo. 4 (41). Omsk, 2014. p. 65. [in Russian].
3. Postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda RF ot 31 oktjabrja 1995 g. №8 «O nekotoryh voprosah primenenija sudami Konstitucii Rossijskoj Federacii pri osushhestvlenii pravosudija» (v red. Postanovlenija Plenuma Verhovnogo Suda RF ot 03.03.2015 g. 9). [Resolution of the Plenum of the Supreme Court on 31 October 1995 №8 «About some questions of application by courts of the Russian Federation Constitution, the administration of justice» (in red. Resolution of the

- Plenum of the Supreme Court of 03.03.2015, the 9)]. «Ross. gaz.», 247. 28.12.1995. [in Russian].
4. Jarmuhametova G. Z. *Obsbhepriznannye principy i normy mezhdunarodnogo prava i mezhdunarodnye dogovory Rossijskoj Federacii kak istochniki konstitucionnogo prava Rossii*: avtoref. dis. ... k.j.u.n.: 12.00.02. [Universally recognized principles and norms of international law and international treaties of the Russian Federation as sources of constitutional law of Russia: the dissertation ... Candidate of Legal Sciences.]: 12.00.02. Cheljabinsk, 2005. p. 6. [in Russian].
5. Markin S. V. *Sudebnyj precedent kak istochnik mezhdunarodnogo chastnogo prava*: avtoref. dis. ... k.j.u.n.: 12.00.03 [Judicial precedent as a source of private international law: the dissertation ... master of laws: 12.00.03.]. Volgograd, 2005. p. 11. [in Russian].
6. Postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda RF №5 ot 10 oktjabrja 2003 g. (v red. Postanovlenija Plenuma Verhovnogo Suda RF ot 05.03.2015 №4) «O primenenii sudami obsbhej jurisdikcii obsbhepriznannyh principov i norm mezhdunarodnogo prava i mezhdunarodnyh dogovorov Rossijskoj Federacii». [Resolution of the Plenum of the Supreme Court №5 dated October 10, 2003 (ed. Resolution of the Plenum of the Supreme Court of 05.03.2015 №4) «On the application of the ordinary courts of generally recognized principles and norms of international law and international treaties of the Russian Federation.». «Ross. gaz.», 244. 02.12.2003. [in Russian].
7. Federal'nyj zakon RF ot 15.07.1995 g. 101-FZ «O mezhdunarodnyh dogovorah». [Federal Law of the Russian Federation of 07.15.1995, the 101-FL «On international treaties.». «Ross. gaz.», 140, 21.07.1995. [in Russian].
8. Postanovlenija Konstitucionnogo Suda RF ot 14 ijulja 2015 goda 21-P «Po delu o proverke konstitucionnosti polozenij stat'i 1 Federal'nogo zakona «O ratifikacii Konvencii o zashhite prav cheloveka i osnovnyh svobod i protokolov k nej», punktov 1 i 2 stat'i 32 Federal'nogo zakona «O mezhdunarodnyh dogovorah Rossijskoj Federacii», chasti pervoj i chetvertoj stat'i 11, punkta 4 chasti chetvertoj stat'i 392 Grazhdanskogo processual'nogo kodeksa Rossijskoj Federacii, chastej 1 i 4 stat'i 13, punkta 4 chasti 3 stat'i 311 Arbitrazhnogo processual'nogo kodeksa Rossijskoj Federacii, chastej 1 i 4 stat'i 15, punkta 4 chasti 1 stat'i 350 Kodeksa administrativnogo sudoproizvodstva Rossijskoj Federacii i punkta 2 chasti chetvertoj stat'i 413 Ugolovno-processual'nogo kodeksa Rossijskoj Federacii v svyazi s zeprosom gruppy deputatov Gosudarstvennoj Dumy». [Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 14, 2015 21-P «On the case on the constitutionality of provisions of Article 1 of the Federal Law «On ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols», paragraphs 1 and 2 of Article 32 of the Federal Law «On international treaties of the Russian Federation», the first part and the fourth paragraph of article 11, paragraph 4 of the fourth paragraph of article 392 of the Civil Procedure Code of the Russian Federation, parts 1 and 4 of article 13, paragraph 4 of part 3 of article 311 of the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation, parts 1 and 4 of article 15, paragraph 4 of part 1 of article 350 of the Federal Code of administrative Procedure, and to paragraph 2 of the fourth paragraph of article 413 of the Russian Federation Code of Criminal Procedure in connection with the inquiry group of State Duma deputies.». «Ross. gaz.», 163. 27.07.2015. [in Russian].
9. Aznagulova G. M. *Vzaimodejstvie mezhdunarodnogo i vnutrigosudarstvennogo prava i Konstitucija Rossijskoj Federacii*. [Interaction of international and domestic law and the Constitution of the Russian Federation.]. Lex Russica. 8. Moskva, 2015. p. 89. [in Russian]



УДК 342.7

Ковтун Виталий Иванович

*Ассистент кафедры конституционного права Украины
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого,
кандидат юридических наук*

СООТНОШЕНИЕ ГРАЖДАНСКИХ СВОБОД И СОЦИАЛЬНЫХ ОБЯЗАННОСТЕЙ ГОСУДАРСТВА

Kovtun V. I.

Value of civil liberties and social responsibilities of the state

Abstract. In the article the basic approach is the legal nature of social rights and their place in the system of human rights. Social rights primarily appeal to the collective benefit and approach that is connected with the status of citizens. Their implementation inevitably depends on the positive actions of the state, as opposed to civil and political rights, which provide and ensure individual choice. However, disregard of the need to guarantee social rights would be a dangerous mistake. We should agree with the fact that social rights policies are more dependent on the context than those providing political and civil rights.

Key words: *welfare state, social state, humans rights, rights of citizen, social rights.*

Актуальной является проблема соотношения *гражданских и политических свобод* (указываем именно на гражданские и политические свободы: в контексте прав человека, понимании негативных прав, поскольку для их осуществления государство должно удерживаться от определенных действий) с *социальными обязанностями государства* (в силу своей позитивной гарантированности, социальные права нуждаются в конкретных действиях со стороны государства). Заслуживает внимание вопрос места и роли социальных прав в системе прав человека. Указанный аспект является наиболее дискуссионным среди проблем теории и практики современного конституционализма.

Перечисленные задачи могут быть решены через системное переосмысления генезиса и правовой природы прав человека. Так, в процессе исторического развития социальных прав можно проследить их содержательное становления. Подчеркнем, что каждый следующий цикл наследует ценности предыдущего, обогащает их и адаптирует к требованиям современного состояния общества. Поэтому, безусловно, при любых условиях конституирования

социальных прав необходимо рассматривать их как самостоятельную ценность [1, с. 17].

По мнению П. Розанваллона, социальные права, существовавшие в домодерновых обществах, имели совершенно иное обоснование, чем социальные права, появившиеся (точнее, завоеванные) на рубеже XIX-XX вв. Они обосновывали, ссылаясь на «естественное право», т.е. установленный самим Богом законом [2, с. 28].

Интересным с точки зрения развития прав человека является подход Т. Маршалла, который провел разделение между гражданским, политическим и социальным измерением гражданства, разъяснил (вполне в духе виговской интерпретации истории), как более просвещенные человеческие общества успешно и поэтапно осваивали эти измерения. Согласно схеме Маршалла, на выполнение каждой из трех задач отводилось по одному столетию [3, с. 11].

Так, XVIII в. стал свидетелем основных битв за *гражданские* свободы – начиная со свободы слова, мысли и вероисповедания и заканчивая беспристрастным судом, а также иными составляющими индивидуальных свобод. Грубо говоря, речь здесь идет о «правах человека» в том виде, в каком они

известны нам из доктрины естественного права и Американской, и Французской революций. В XIX в. основные баталии развернулись вокруг *политического* аспекта гражданства, т.е. права граждан участвовать в осуществлении политической власти, что было связано с распространением электорального права на более широкие слои населения. Наконец, возникновение государства всеобщего благосостояния в XX в. привело к распространению понятия гражданства на *социальную* и экономическую сферы путем признания того, что для цивилизованной жизни и полноценной реализации гражданских и политических атрибутов гражданства необходимы минимальные стандарты образованности, здоровья, экономического благополучия и безопасности [3, с. 11]. На наш взгляд, указанную аргументацию целесообразно осуществить при вопросе становления гражданских, политических и социальных прав человека.

С исторической точки зрения все они происходят от одного корня – идеи человеческого достоинства. Эта идея является движущей силой правового развития. Она предусматривает уважение гражданской свободы личности, свободы, которая может быть ограничена лишь общими законами во имя общественного блага. И речь идет не о свободе капиталистов в экономическом соревновании, а о достоинстве человека и его защите от произвола, унижений и жестокости. Политические основные свободы, однако, являются не только выражением уважения к самоопределению и тем самым к достоинству человека, но выполняют также и другую важную функцию: они ориентируют законодательство на благо народа и приближают законы к идеалам справедливости. Несправедливость должна быть сделана достоянием гласности и устранена посредством реформ [4, с. 85].

Расширение политической свободы с необходимостью определяет развитие демократии в других сферах общественной жизни и увеличение социальных функций государства. Н. Боббио хорошо иллюстрирует эту взаимозависимость посредством постепенного движения к

всеобщему избирательному праву: «Когда правом голосовать были наделены только собственники, они, естественно, требовали от государства выполнения только одной функции – защиты собственности. Когда право голоса получили неграмотные, они потребовали от государства создать свободные школы. Когда право голоса было предоставлено тем, у кого ничего не было, кроме физических сил, они потребовали от государства защитить их от безработицы и предоставить им социальную безопасность в случае болезни, пенсии, гарантировать защиту материнства, а также обеспечить возможность приобретать доступное жилье и т. д.» [5, с. 71].

По мнению М. Крילה, социальные права человека, вернее, обязанности государства, актуальны для любого государства, даже для того, в котором не признаются гражданские и политические права. Сила их обязательности независима от силы обязательности личных и политических прав: они не ниже их рангом, поскольку и они служат достоинству человека; нужда, голод, неграмотность, безнадёжность – все это также проблемы человеческого достоинства [4, с. 86].

Для социальных прав человека таким путем не может быть найден соответствующий ранг в структуре прав человека: они находятся не выше, но и не ниже прочих прав человека, а на одном уровне с ними и независимо от них обязательны для каждого государства. Они не отодвигают личные и политические права на второй план. Личные и политические права имеют как непосредственную, так и безусловную силу.

При этом, в отличие от гражданских прав, единственная функция которых расширять сферу автономии человека (отсюда их определение как прав-свобод или прав разрешительных), социальные права определяют формы долга общества по отношению к его отдельным членам (отсюда их определение как прав-обязательств) [6, с. 124].

Социальным правам присущи две особенности: они имеют цену и должны обязательно вписываться в определенные экономические границы; они относятся к

конкретным людям и, следовательно, учитывают реальные обстоятельства положения человека. Если субъектом права на свободу слова является человек вообще, абстрактный индивидуум, то субъектом права на общественное вспомоществование является конкретный индивидуум, имеющий конкретные экономические и социальные характеристики.

Исследуя вопрос о правах человека, нельзя не заметить, что правовой доктрине Запада в целом характерно социально-экономические права противопоставлять «классическим». Для обоснования этой позиции был выбран тезис о том, что во времена возникновения гражданского общества идея всеобщего благосостояния, как государственная цель, была отклонена. Считалось, что социально-экономические права, которые могли бы способствовать достижению этой цели (право на труд, справедливую зарплату и равноценную вознаграждение за труд равной ценности, право на социальное обеспечение и т.п.), способны разрушить границы между миром личности и государства, угрожать свободе человека [7, с. 24].

Как утверждает Ф. Хайек, старые гражданские права и новые социально-экономические права не могут быть реализованы одновременно, потому что они несовместимы; новым правам невозможно придать законную силу, не разрушив либеральный порядок, являющийся целью старых гражданских прав. Окажись правдой то, что социально-экономические права Всеобщей декларации прав человека сегодня «одобряются подавляющим большинством американских и британских моральных философов, это свидетельствовало бы о прискорбном отсутствии пронципальности у части этих мыслителей» [8, с. 271].

Однако, по утверждению М. Криле, на самом деле гражданские и политические права человека отнюдь не препятствуют осуществлению экономическим, социальным и культурным прав человека, напротив — способствуют ему. Ибо гражданские и политические свободы являются предпосылкой тому, чтобы нарушение любых прав человека становилось достоянием гласности,

объектом политической критики и контроля, приводило неспособные правительства к провалу на выборах, чтобы демократические инициативы находили реализацию в правительственных программах и законах [9, с. 31].

В современном, обладающем монополней власти государстве, если оно построено на принципах не абсолютизма, а прав человека, необходимо осознание тех условий, при которых соблюдение этих прав единственно возможно. Соотношение этих условий можно представить в следующем возрастающем порядке: разделение властей — это основа правового общества, оно, в свою очередь, — основа гражданских и политических прав, эти права — основа для демократии, а демократия уже образует основы для реализации и экономических, и социальных, и культурных прав человека.

Рассматривая данную проблематику, З. Бауман пришел к выводу, что если демократические права и свободы, дополняющие эти права, декларированы в теории, но недостижимы на практике, боль безнадёжности будет усилена унижением и беспомощностью; повседневно проверяемая способность противостоять жизненным вызовам, и есть та мастерская, где закаляется или испаряется самоуважение индивидов. Не следует ждать помощи в беде или отчаянии от государства, которое не является и не собирается быть социальным. Без предоставления всем и каждому социальных прав значительная и, по всей вероятности, растущая часть населения осознает, что имеющиеся политические права бесполезны и не заслуживают внимания [10, с. 59].

В то время как политические права нужны для утверждения социальных, социальные права абсолютно необходимы для того, чтобы политические стали реальными и действенными. Обе эти категории прав нуждаются друг в друге; их выживание возможно только в единстве.

Ж. Маритен убежден, что антагонизм между «старыми» и «новыми» правами человека (социальные права, в особенности те, которые относятся к сфере социальной справедливости и нацелены как на

усиление социальной группы, так и на освобождение от нужды и экономической кабалы личности), который многие современные писатели любят преувеличивать, ни в коем случае не является непреодолимым [11, с. 101].

Эти две категории прав кажутся непримиримыми лишь из-за конфликта между двумя противоборствующими идеологиями и политическими системами, которые апеллируют к этим категориям, но в реальной жизни от них не зависят. Мы имеем дело с тональностью, с особым ключом, посредством которого на той же клавиатуре исполняется различная музыка, которая может пребывать в гармонии или в диссонансе с человеческим достоинством.

Подводя итоги, необходимо указать, что социальные права исторически считались правами глубоко идеологического характера. Если гражданские и политические права направлены на защиту личности от государства, то социальные

права требуют от государства предоставления определенной социальной поддержки гражданам. Указанные выше права имеют разную юридическую природу, поскольку «новые права» обязаны в первую очередь обеспечивать такие права, которые являются жизненно важными не только для индивида, а и для общества. Хотя рассматривать социальные права так же, как и гражданские, и политические – неприемлемо, имеется ряд допустимых стратегий конституционного гарантирования со стороны законодательной, исполнительной и судебной ветвей власти. Предполагалось, что эти права не согласуются со свободной рыночной экономикой, поскольку, с либеральной точки зрения, прежде всего следует защищать ценности, связанные со свободной деятельностью индивидов, однако практика показала, что подобные предположения были несостоятельными.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Барабаш Ю. Г. Соціальні права громадян та можливості їх захисту Конституційним Судом України / Ю. Г. Барабаш // Публічне право. — 2011. — № 4. — С. 15–22.
2. Капустин Б. Г. Гражданство и гражданское общество / Б. Г. Капустин. — М. : Изд. Дом Высшей школы экономики, 2011. — 224 с.
3. Хиршман А. Риторика реакции. Извращение, тщетность, опасность / А. Хиршман. — М. : Изд. Дом Высшей школы экономики, 2010. — 208 с.
4. Криле М. Свобода и освобождение. К вопросу о субординации прав человека / М. Криле // Политическая философия в Германии. — М. : Современные тетради, 2005. — С. 72–95.
5. Танчев Е. Социальное государство (всеобщего благосостояния) в современном конституционализме / Е. Танчев // Конституционный принцип социального государства и его применение конституционными судами [сб. доклад.]. — М. : ИПиПП, 2008. — С. 59–75.
6. Розанваллон П. Новый социальный вопрос. Переосмысливая государство всеобщего благосостояния / П. Розанваллон. — М. : Ad Marginem, 1997. — 190 с.
7. Яковюк І. В. Розвиток концепції соціально-економічних прав як передумова формування соціальної держави / І. В. Яковюк // Проблеми законності. — 1998. — № 35. — С. 22–26.
8. Хайек Ф. Право, законодательство и свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Ф. Хайек. — М. : ИРИСЭН, 2006. — 644 с.
9. Криле М. Права человека и разделение властей / М. Криле // Политическая философия в Германии. — М. : Современные тетради, 2005. — С. 22–31.
10. Бауман З. От агоры к рынку – и куда потом? / З. Бауман // Демократия и модернизация: к дискуссии о вызовах XXI века. — М. : Издательство «Европа», 2010. — С. 55–72.
11. Маритен Ж. Человек и государство / Ж. Маритен. — М. : Идея-Пресс, 2000. — 196 с.

REFERENCES

1. Barabash, Yu. (2011). *Sotsialni prava bromadian ta mozlyvosti yikh zakhystu Konstytutsijnym Sudom Ukraïny* [The social citizen's laws and opportunities for their protection by the Constitutional Court of Ukraine]. *Publichne pravo* [Public Law]. 4, p.15-22. [in Ukrainian].
2. Kapustin, B. G. (2011). *Grazhdanstvo i grazhdanskoe obshestvo* [The citizenship and civil society]. Moscow: Izd. Dom Vysshej shkoly jekonomiki. 224p. [in Russian].
3. Hirshman, A. (2010). *Ritorika reakcii. Izvrashbenie, tsbhetnost', opasnost'* [The rhetoric of reaction. The perversion, the futility, the danger]. Moscow: Izd. Dom Vysshej shkoly jekonomiki. 208 p. [in Russian].
4. Krile, M. (2005). *Svoboda i osvobozhdenie. K voprosu o subordinacii prav cheloveka* [Freedom and liberation. To the subordination of human rights]. *Politicheskaja filosofija v Germanii* [The political philosophy in Germany]. Moscow: Sovremennye tetradi. p.72-95. [in Russian].
5. Tanchev, E. (2008). *Social'noe gosudarstvo (vseobshhego blagosostojanija) v sovremennom konstitucionalizme* [The welfare state (welfare of the society) in the modern constitutionalism]. In: *Konstitucionnyj princip social'nogo gosudarstva i ego primenenie konstitucionnymi sudami* [The constitutional principle of the social state and its use of the constitutional courts]. Moscow: IPiPP. p. 59-75. [in Russian].
6. Rozanvallon, P. (1997). *Novyj social'nyj vopros. Pereosmyshljajaja gosudarstvo vseobshhego blagosostojanija* [The new social question. Rethinking the welfare state]. Moscow: Ad Marginem. 190 p. [in Russian].
7. Yakoviuk, I. (1998). *Roznytok kontseptsii sotsialno-ekonomichnykh prav yakperedumova formuvannia sotsialnoi derzhavy* [The development of the concept of social and economic laws as a precondition for the formation of the welfare state]. *Problemy zakonnosti* [Problems of Legality]. 35, p. 22-26. [in Ukrainian].
8. Hajek, F. (2006). *Pravo, zakonodatel'stvo i svoboda. Sovremennoe ponimanie liberal'nykh principov spravedlivosti i politiki* [The law, the legislation and the liberty. A new awareness of the liberal principles of justice and political economy]. Moscow: IRIS]cN. 644 p. [in Russian].
9. Krile, M. (2005). *Prava cheloveka i razdelenie vlastej* [The human rights and division of powers]. *Politicheskaja filosofija v Germanii* [The political philosophy in Germany]. Moscow: Sovremennye tetradi. p. 22-31. [in Russian].
10. Bauman, Z. (2010). *Ot agory k rynku – i kuda potom?* [From the agora to the market - and where next?]. *Demokratija i modernizacija: k diskussii o vyzovah XXI veka*. [Democracy and modernization. The discussion about the challenges of the XXI century]. Moscow: Izdatel'stvo Evropa. p.55-72. [in Russian].
11. Mariten, Zh. (2000). *Chelovek i gosudarstvo* [Human and State]. Moscow: Ideja-Press, 196p. [in Russian].



УДК 342

Дробуш Ірина Вікторівна

*Доцент кафедри конституційного права та галузевих дисциплін
Національного університету водного господарства та природокористування,
кандидат юридичних наук, доцент*

**СОЦІАЛЬНА ФУНКЦІЯ
МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ:
МУНІЦИПАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА**

Drobush I. V.

The social function of local government in Ukraine: municipal-legal description

Abstract. This article is devoted to topical issues of the definition of the social function of local government in the context of the current municipal reform, which should identify areas of improvement of municipal government and territorial organization of government from a position of capacity to institute local government to effectively address issues of social development of the territory and social rights person at the territorial community. Author clarified the content the social function of local government and proposed the author's definition of the social function of local government, promote the development of an effective mechanism for its implementation.

Key words: *local government, social function, the municipal government, local community, social issues of local importance.*

Муніципальна влада як окремий вид публічної влади за природою, сутністю та діапазоном здійснюваних нею функцій є найбільш соціально орієнтованою формою здійснення публічної влади. Ефективне місцеве самоврядування як ланка громадянського суспільства має бути передусім зорієнтоване на вирішення питань соціального розвитку відповідної території, воно покликане здійснювати різноманітні функції у соціальній сфері життя населення. Від участі місцевого самоврядування у вирішенні соціальних проблем мешканців відповідної території, безпосередньої участі територіальних громад у реалізації соціальних прав та відповідних соціальних інтересів кожного їх представника залежить соціальний характер держави в цілому.

З огляду на це, практика державотворення вимагає від науки конституційного та муніципального права відповідних досліджень з метою пошуку оптимальної перспективної моделі місцевого самоврядування, якісно оновлених інституційних форм муніципальної демократії. У такому контексті особливої значущості набуває проблематика

дослідження природи функцій місцевого самоврядування, з'ясування сутності, змісту та особливостей кожної з функцій з метою розробки ефективного механізму їх реалізації, гарантування невід'ємного права територіальної громади на місцеве самоврядування шляхом забезпечення безпосередньої участі мешканців відповідної території у вирішенні питань місцевого значення, пошук нових форм такої участі тощо.

Функціональне дослідження є найбільш вдалим шляхом розкриття змісту та сутності діяльності інституту місцевого самоврядування. Визначаючи функції місцевого самоврядування, необхідно передусім усвідомлювати основні зовнішні ознаки цього виду публічної влади, що дають змогу відрізнити їх від функцій інших видів влади та управління, а також близьких до них понять (цілі, завдання, повноваження, компетенція тощо). Також одним із суттєвих аспектів у розумінні функцій місцевого самоврядування як напрямів і видів його здійснення є з'ясування, чому і для чого відповідні суб'єкти місцевого самоврядування здійснюють ту чи іншу діяльність та

наділяють їх, згідно з законом, відповідними владними повноваженнями.

Вважаємо, що всебічне ефективне і ґрунтовне дослідження соціальної функції потрібно здійснювати передусім такими способами: шляхом аналізу вітчизняного законодавства; ретельного вивчення досвіду функціонування усієї системи місцевого самоврядування в Україні; використання досягнень наукової думки в галузі муніципального права, а також низки інших правових дисциплін, зокрема теорії держави і права, конституційного, адміністративного, фінансового права тощо. При цьому належну увагу необхідно приділяти позитивному досвіду муніципальних реформ у зарубіжних країнах.

Дослідження функцій місцевого самоврядування, їх сутності та змісту має своє логічне продовження у процесі з'ясування сутності та змісту як функцій муніципальної влади загалом, так і основних суб'єктів (елементів, складових) системи місцевого самоврядування.

Так, професор О. В. Баганов виходить із розуміння функцій муніципальної влади: як напрямів і видів її здійснення, передусім щодо реалізації природного права людини і громадянина на місцеве самоврядування; які охоплюють основні складові соціальної спрямованості муніципальної влади та призначення щодо вирішення завдань, що належать до питань місцевого значення; відображають недержавну природу муніципальної влади; дають відповідь на запитання, що має робити місцеве самоврядування, та розкривають матеріальний зміст публічно-владної діяльності суб'єктів його системи; характеризують способи, засоби, методи, за допомогою яких можна забезпечити реалізацію публічно-владних прерогатив місцевого самоврядування [1, с. 386].

Функції місцевого самоврядування визначають також як діяльність органів місцевого самоврядування; роль, яку виконують органи місцевого самоврядування в системі публічного управління України; залежність у вигляді соціальних процесів між органами місцевого самоврядування і населенням території, яка

перебуває під їх юрисдикцією, тобто територіальною громадою [2, с. 507]; основні напрями їх діяльності, в яких виявляється їхня сутність та призначення в системі місцевого самоврядування, реалізують основні завдання самоврядних органів і досягають мети, яку вони поставили [3, с. 32].

Варто враховувати й те, що сучасний період життєдіяльності суспільства характеризується соціально-політичною та економічною активністю громадян за місцем свого проживання, що дедалі зростає. Це стосується передусім вирішення питань, які пов'язані зі сумісним проживанням на певній території, покращенням соціально-побутових умов життя різних верств населення. Вираженням цієї діяльності стають нові форми самоорганізації та самоврядування. Це безпосередньо стосується інституту органів самоорганізації населення. Для того, щоб місцеві ради та їх виконавчі комітети могли ефективно функціонувати, вирішуючи питання місцевого значення, вони мають спиратися на ініціативу та активність населення, одним із проявів яких і є органи самоорганізації населення. Відповідно до цього, функції органів самоорганізації населення — це основні напрями та види нормативно-регламентованої й організаційно забезпеченої муніципальної діяльності органів самоорганізації населення щодо вирішення окремих питань місцевого значення, зумовлені об'єктивними потребами муніципального розвитку відповідної території з точки зору внутрішніх і зовнішніх завдань територіальних громад, в яких виражено і конкретизовано сутність та соціальне призначення самоорганізації населення [4, с. 62].

В юридичній літературі є спроби визначити в цілому функції системи місцевого самоврядування. Так, заслуговує на увагу визначення В. П. Гробою, яка під функціями системи місцевого самоврядування розуміє основні напрями соціального призначення місцевого самоврядування, що втілюють у конкретні напрями та види діяльності його суб'єктів, які виражають волю й інтереси місцевих жителів і забезпечують здійснення ними взаємовідносин з державою, її органами,

органами місцевого самоврядування в межах Конституції і законів України [5, с. 9].

Таким чином, найбільш суттєвого ознакою, яку ми виявили в процесі дослідження функцій інституту місцевого самоврядування, функцій суб'єктів муніципальної влади, є розуміння функцій як напрямів і видів здійснення муніципальної діяльності; зумовлені передусім соціальним призначенням інституту місцевого самоврядування. Соціальне призначення постає як предмет відображення функцій місцевого самоврядування, повноти, якості, ефективності, результативності та прозорості їх реалізації. Таким чином, соціальне призначення у цьому сенсі — мета, а функції — засіб. За якістю виконання функцій муніципальної влади можемо судити про рівень, ступінь відповідності (або невідповідності) місцевого самоврядування своєму соціальному призначенню, ефективності цього виду публічної влади. І, навпаки, точність визначення цілі (соціального призначення) може певною мірою слугувати показником якісного рівня функціональних можливостей муніципальної влади, закладених у потенціалі розвитку.

Визначаючи соціальну функцію місцевого самоврядування, необхідно виходити з самої природи місцевого самоврядування, мети функціонування цього конституційного інституту, а також пошукати інтересів певної території з інтересами загальнодержавними. Адже до моменту виникнення інституту місцевого самоврядування як окремого виду публічної влади весь тягар соціальних проблем був зосереджений на діяльності відповідних місцевих органів виконавчої влади, які тим самим забезпечували реалізацію соціальної функції держави. Сьогодні ми спостерігаємо бажання самої держави перекласти вагому частину соціальних питань, а враховуючи соціально-економічний стан держави — її соціальних проблем — на місцеве самоврядування, обґрунтовуючи це власне соціальним призначенням цього інституту та максимальним наближенням до людини, яка є членом територіальної громади та потребує негайного вирішення питань місцевого значення, які переважно за своїм

характером теж є соціальними і мають соціальне спрямування.

Ефективне місцеве самоврядування як інститут громадянського суспільства та необхідний елемент формування соціальної державності має бути передусім зорієнтоване на вирішення питань соціального розвитку відповідної території, покликане здійснювати різноманітні функції у соціальній сфері життя населення. Як свідчить досвід інших країн, територіальні громади та їх представницькі органи можуть більш ефективно, оперативніше, аніж державні органи, вирішувати завдання підвищення рівня та якості життя мешканців відповідних територій, забезпечувати соціальні, комунально-побутові та інші життєво необхідні потреби.

Водночас сама соціальна функція місцевого самоврядування є малодослідженою, її наявність констатують тільки в контексті класифікації функцій територіальних громад, їх органів та муніципальної влади як виду публічної влади. Її визначення зводять до діяльності у сфері соціального обслуговування, тобто це центральний напрям діяльності місцевого самоврядування, оскільки реалізує повсякденні запити і інтереси населення; соціальна функція територіальних громад, соціальна функція муніципальної влади — це, відповідно, основні напрями і види їх діяльності у соціальній галузі [6, с. 141]. Соціальну функцію територіальних громад визначають також як напрям діяльності територіальної громади, пов'язаний із задоволенням потреб життєзабезпечення її членів, створенням умов вільної реалізації членами громади їх вікових, фахових, культурних, національно-етнічних, релігійних та інших інтересів, з розвитком системи соціальної взаємодії. В останньому визначенні соціальну функцію територіальної громади певним чином ототожнюють із культурною функцією територіальних громад, яку необхідно розглядати як самостійну функцію.

У юридичній літературі трапляються випадки ототожнення самої соціальної функції зі сферами діяльності, що призводить до надмірної деталізації та виокремлення таких функцій: залучення населення до участі у вирішенні питань

місцевого та загальнодержавного значення; управління комунальною власністю; забезпечення комплексного соціально-економічного та культурного розвитку відповідної території; надання соціальних послуг населенню; забезпечення законності, громадської безпеки, правопорядку, охорона прав, свобод і законних інтересів громадян; соціальний захист населення, сприяння працевлаштуванню громадян тощо.

При цьому зазначають, що функції місцевого самоврядування за сферами діяльності деталізують та конкретизують у вигляді певних повноважень, які закріплені в Законі «Про місцеве самоврядування в Україні» та галузевому законодавстві.

Вважаємо, що перелічені так звані «самостійні, виокремлені» соціальні функції є певними напрямками муніципальної діяльності в різних сферах місцевого життя (сфері охорони здоров'я, соціального забезпечення, фізичної культури і спорту, побутового обслуговування тощо) і разом становлять зміст соціальної функції місцевого самоврядування.

Функції об'єктивно зумовлені й не можуть ототожнюватися ні з безпосередньою діяльністю суб'єктів місцевого самоврядування, ні з їхньою компетенцією. Компетенція та діяльність мають відповідати основним функціям. Отже, не можна ототожнювати соціальну функцію з діяльністю. Поза діяльністю соціальна функція не може існувати і не може бути реалізована іншим шляхом, ніж за допомогою діяльності. Необхідно врахувати, що діяльність зумовлена деякими відносно самостійними явищами і категоріями як закономірності і тенденції, зміст і форми, що виражають сутність і соціальне призначення місцевого самоврядування. Функції як основні напрями діяльності найбільш повно зумовлюють цю діяльність, її зміст, найбільш рельєфно виражають сутність і призначення місцевого самоврядування, і тому їх іноді мимоволі ототожнюють із діяльністю.

Важливо також конкретизувати, що опосередковує собою соціальна функція місцевого самоврядування: зміст діяльності, форми діяльності чи те й інше. Вони (зміст і

форми) тісно взаємопов'язані й практично не існують одне без одного: зміст завжди реалізують у певній формі, а кожну форму діяльності наповнюють відповідним змістом. Форма і зміст діяльності мають деяку самостійність і перебувають у певному співвідношенні. Але визначальний характер змісту у відношенні до форми не означає його винятковості передусім тому, що більшість загальновизнаних функцій місцевого самоврядування, серед них і соціальна функція, відображає передусім форми діяльності (контрольна, координаційна тощо). У деяких випадках функції місцевого самоврядування, хоч їх і визначають як напрями діяльності, тобто «частини» у змісті їх діяльності, фактично необхідно розглядати як сторони, тобто явища, що опосередковують собою переважно форми діяльності.

Відповідно до цього, принципово важливим, на наш погляд, є висновок професора В. Ф. Погорілка про те, що функції є передусім напрямками і видами діяльності, оскільки напрями характеризують переважно зміст діяльності, а сторони – її форми. У процесі визначення функцій винятково як напрямів діяльності не відображають чи не можуть відображати достатньою мірою особливості соціальної функції стосовно інших функцій, а також особливості її реалізації суб'єктами місцевого самоврядування (територіальними громадами, представницькими органами місцевого самоврядування, їх структурними елементами (виконавчими органами, сільськими, селищними, міськими головами тощо), органами самоорганізації населення на відповідних територіальних рівнях (базовому та регіональному), які передусім проявляються у формах (видах) їх діяльності, тобто у формах муніципальної діяльності, притаманних винятково цим суб'єктам місцевого самоврядування, і таким чином отримують конкретно визначений характер.

Серед різних напрямів і видів діяльності суб'єктів місцевого самоврядування тільки їх функції характеризують відносною самостійністю та стійкістю. Інші напрями діяльності цих суб'єктів, а саме ціль і завдання, мають менш загальний і менш

стійкий характер. Їх, як правило, охоплюють функціями і реалізують у процесі їх здійснення, у зв'язку з чим функції іменують основними напрямками.

Визначаючи соціальну функцію місцевого самоврядування як напрями та види муніципальної діяльності, необхідно враховувати також її основні елементи, а саме: суб'єкти, об'єкти, способи, засоби діяльності.

Виходячи з мети та основного призначення інституту місцевого самоврядування, які полягають передусім у задоволенні усіх місцевих потреб за допомогою самого суспільства, його коштів та, що не менш важливо в умовах сьогодення, контролю з його боку, в залученні населення до вирішення повсякденних соціальних проблем досить часто шляхом самопомогі та самодіяльності вважаємо основним (головним) суб'єктом реалізації соціальної функції безпосередньо саму територіальну громаду. Так само не варто недооцінювати її роль представницьких органів місцевого самоврядування, органів самоорганізації населення, які від імені відповідної територіальної громади ухвалюють рішення та забезпечують нормальні умови життєдіяльності людини на відповідній території. Досить слабкими у цьому розумінні є органи регіонального самоврядування, які потребують негайного реформування та зможуть, у разі внесення змін до чинного законодавства, гідно представляти та реалізовувати спільні інтереси відповідних територіальних громад на рівні району та області.

Оскільки місцеве самоврядування – це діяльність громадян щодо самостійного вирішення питань місцевого значення, які переважно за своїм характером є соціальними, то об'єктом муніципальної діяльності вищезазначених суб'єктів є широке коло так званих питань місцевого значення, які виникають на відповідній території та з якими повсякчас стикаються місцеві жителі – члени територіальних громад. Обов'язковим елементом муніципальної діяльності, що характеризує вплив суб'єктів місцевого самоврядування на об'єкти (питання місцевого значення), є сукупність способів, засобів, методів, що

забезпечує їй максимальну можливість та дієвість. У цілому означені елементи становлять «технологію» муніципальної діяльності, спрямованої на реалізацію соціальної функції місцевого самоврядування. Як засоби, елементи діяльності можна виокремити передусім компетенцію, тобто сукупність прав та обов'язків суб'єктів місцевого самоврядування, передусім самої територіальної громади та її представницьких органів. При цьому, враховуючи той факт, що основним первинним суб'єктом місцевого самоврядування є територіальна громада, вважаємо за необхідне закріпити компетенцію відповідно до диспозитивного методу регулювання «дозволено все, що не заборонено законом». У цьому закладає суттєву відмінність інституту місцевого самоврядування та інституту державної влади, яку реалізують на місцевому рівні в процесі функціонування місцевих державних адміністрацій, що діють відповідно до імперативного методу «дозволено все, що прямо передбачено законом».

Вважаємо, що саме реалізація соціальної функції місцевого самоврядування яскраво демонструє диспозитивний метод, оскільки в чинному законодавстві немає вичерпного переліку питань місцевого значення, а враховуючи природу місцевого самоврядування, його соціальну спрямованість, пріоритетність соціальної функції та різноманітність способів та засобів її реалізації, які залежать від того, хто її реалізує та на якому територіальному рівні закріпити такий перелік є неможливим та немає в цьому об'єктивної потреби. Головне завдання – створити відповідні сприятливі умови для її реалізації у будь-якому селі, селищі, місті, районі чи області, незважаючи на власні матеріально-фінансові можливості територіальних громад. В цьому має відіграти вагомий роль й держава, яка з одного боку має бути гарантом самостійності місцевого самоврядування у реалізації соціальної функції, а з другого, враховуючи наявність широкого кола делегованих повноважень, – гарантом фінансової спроможності відповідних суб'єктів місцевого самоврядування у вирішенні

щоденних соціальних проблем мешканців відповідних територіальних громад, задоволенні їх соціальних потреб та інтересів.

Враховуючи соціальне призначення муніципальної влади, роль місцевого самоврядування у вирішенні широкого кола питань місцевого значення, яке має яскраво виражене соціальне спрямування, повноваження його суб'єктів, які характеризують не тільки спосіб децентралізації управління, а й спосіб організації здійснення влади на місцях, який характеризують організаційним відособленням управління місцевими справами в системі управління суспільством, підвищенням громадянської активності та відповідальності, що є основою побудови громадянського суспільства та соціальної державності, ми визначасмо соціальну функцію місцевого самоврядування як основний напрям та вид нормативно-регламентованої й організаційно забезпеченої муніципальної діяльності суб'єктів місцевого самоврядування щодо вирішення соціальних питань місцевого значення, зумовлений об'єктивними потребами соціального розвитку відповідної території з точки зору внутрішніх і зовнішніх завдань територіальних громад, у яких виражають і конкретизують сутність та соціальне призначення місцевого самоврядування в умовах формування громадянського суспільства та соціальної державності.

Таке формулювання означеного поняття найбільш повно та всебічно відображає основні аспекти в розумінні соціальної функції місцевого самоврядування. Адже воно виражає основні властивості соціальної функції, зокрема її загальність та стабільність, вказує на широке коло суб'єктів місцевого самоврядування, які її реалізують – маємо на увазі той факт, що абсолютно всім суб'єктам місцевого самоврядування притаманна соціальна функція та всі беруть участь у її реалізації. Звичайно, основний акцент робимо на територіальній громаді, яка виконує цю

функцію самостійно або через систему представницьких органів базового та регіонального рівнів, в тому числі й органів самоорганізації населення; вказує мету, на досягнення якої спрямовують всю діяльність суб'єктів місцевого самоврядування, виходячи при цьому з того, що соціальні права людини становлять зміст соціальної функції місцевого самоврядування в умовах формування громадянського суспільства та соціальної державності.

Тут беремо до уваги основні, найважливіші для кожного з нас питання місцевого значення у сфері соціального захисту населення, житлово-комунального господарства, охорони здоров'я тощо. Власне соціальна функція місцевого самоврядування дає змогу глибше охарактеризувати шляхи досягнення поставленої мети, підкреслити органічний зв'язок соціальних інтересів територіальних громад із загальнодержавними інтересами, їх пріоритет в умовах формування громадянського суспільства та соціальної державності.

На підставі такої рефлексії ми отримуємо можливість в подальшому дослідити та визначити місце та роль соціальної функції у системі функцій місцевого самоврядування; її зміст та проблеми розвитку у контексті трансформації взаємовідносин територіальних громад, суспільства та держави; розмежувати соціальну функцію місцевого самоврядування та соціальну функцію місцевих органів виконавчої влади; з'ясувати особливості реалізації соціальної функції місцевого самоврядування у різних соціальних сферах муніципального життя: соціального захисту населення; житлово-комунального господарства; охорони здоров'я; запропонувати шляхи удосконалення механізму реалізації соціальної функції місцевого самоврядування у відповідних сферах тощо.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Батанов О. В. Муніципальна влада в Україні: проблеми теорії та практики : монографія / відп. ред. М. О. Баймуратов. – К. : Видавництво «Юридична думка», 2010. – 656 с.
2. Куйбіда В. С. Поняття функцій місцевого самоврядування // Актуальні проблеми становлення та розвитку місцевого самоврядування в Україні : монографія / [Антоненко В. О., Баймуратов М. О., Батанов О. В. та ін.]; за ред. В. В. Кравченка, М. О. Баймуратова, О. В. Батанова. – К. : Атіка, 2007. – 864 с.
3. Колодій А. М. Державне будівництво і місцеве самоврядування : навч. посібник / А. М. Колодій, А. Ю. Олійник. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – 304с.
4. Вишневецький С. Ф. Теоретичні проблеми класифікації функцій органів самоорганізації населення / С. Ф. Вишневецький // Юридичний науковий електронний журнал. – № 4. – 2014. – С. 60–64.
5. Грובהва В. П. Система місцевого самоврядування в Україні: проблеми теорії і практики : автореф. дис... доктора юрид. наук: 12.00.02 / В. П. Грובהва. – Харків, 2013. – 40 с.
6. Батанов О. В. Територіальна громада – основа місцевого самоврядування в Україні : монографія. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. – 260 с.

REFERENCES

1. Batanov A. V. (2010). *Munitsypalna vlada v Ukraini: problemy teorii ta praktyky: [Municipal authorities in Ukraine: problems of theory and practice]*. Kyiv. Publishing house legal opinion. 656 p. [in Ukrainian].
2. Kuybida V. (2007). *Poniatia funktsii mistsevoho samovriaduvannia [The concept of local government functions.]* Actual problems of formation and development of local government in Ukraine. Kyiv. Atika. 864 p. [in Ukrainian].
3. Kolodiy A. M. (2000). *Derzhavne budivnytstvo i mistseve samovriaduvannia [State Building and Local Government]*. Kyiv. Inter Yurinkom. 304 p. [in Ukrainian].
4. Wisniewski S. F. (2014). *Teoretychni problemy klasyfikatsii funktsii orhaniv samoorganizatsii naseleennia [Theoretical problems of classification functions BSPs]*. Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal. [Legal Science electronic journal]. 4. p. 60–64. [in Ukrainian].
5. Grobova V. P. (2013). *Systema mistsevoho samovriaduvannia v Ukraini: problemy teorii i praktyky [The system of local government in Ukraine: problems of theory and practice]*. Kharkiv. 40 p. [in Ukrainian].
6. Batanov A. V. (2001). *Terytorialna bromada – osnova mistsevoho samovriaduvannia v Ukraini [Territorial community – the basis of local government in Ukraine]*. Kyiv. Institute of State and Law. 260 p. [in Ukrainian].



УДК 341.96: 341.018: 340.137.3

Димінська Олена Юрївна

*Доцент кафедри міжнародного та європейського права
Хмельницького університету управління та права,
кандидат юридичних наук, доцент*

ПРОБЛЕМИ КОГЕРЕНТНОСТІ ДОГОВІРНОГО ПРАВА ЄС

Dyminska O. Yu.

Problems of coherence of EU contract law

Abstract. The article examines the formation of EU contract law and processes of fragmentation in that area. The article focuses on existing interpretations of the notion of coherence, the peculiarities of the coherence of contract law at national, regional and international levels. Among other things, the author cites the negative effects of fragmentation of contract law, the effect of soft law on the coherence of contract law. The article analyzes the current state of formation of contract law from the EU prospects of creating a single codified Act EU. The author explores the relationship competences of the EU and EU member states on formation of contract law and emphasizes the feasibility of separating the coherence of legal systems and legal policies in the field of contract law.

Key words: *soft law, coherence, harmonization, means of harmonization, EU contract law, PECL, DCFR.*

Особливою ознакою договірного права ЄС на сьогодні є його фрагментарність. Насамперед це пов'язано з поширенням процесів європеїзації приватного права, яке на сьогодні все більше формується за рахунок наднаціональних джерел правового регулювання, приватних кодифікацій на тлі національного законодавства окремих країн, яке подекуди має застарілий характер та не відповідає сучасним потребам економічних та інших відносин між учасниками договірних правовідносин.

У зв'язку із викладеним, важливо визначити шляхи подолання такої фрагментарності на національному, європейському рівнях, а також умови поєднання міжнародного, регіонального та національного правопорядків.

Європейський парламент неодноразово наголошував на несприятливих наслідках фрагментації, що, головним чином, проявляється в продовженні існування різних національних законів у сфері договірного права на європейському ринку. Протягом останніх років також вказували на некогерентність власне законодавства ЄС у цій сфері, результатом чого ставали

публічні консультації (до прикладу, Green Papers), а також спроби законодавчого регулювання. Найвідомішим прикладом створення узагальнених (єдиних) правил може слугувати Проект загальної системи підходів (Draft Common Frame of Reference – DCFR). Створення DCFR фактично впливає на перегляд чинних директив і розробку нових у сфері договірного права. Поряд із широким застосуванням та підтримкою «soft law» Європейський парламент веде активну роботу з перегляду некогерентного правопорядку і виходу від мінімальної до повної гармонізації.

Зважаючи на те, що усі суб'єкти нормотворчості у сфері договірного права мають свою мету, воно (договірне право) швидко стає поєднанням різних, протилежно орієнтованих правил та принципів. З одного боку, такі процеси сприяють ще більшій фрагментації, з іншого – зумовлюють особливу увагу до цих процесів із метою уникнення фрагментації та створення єдиного когерентного договірного середовища для ведення бізнесу в межах ЄС.

Питанням когерентності договірного права, так само як і приватного, не

приділяють достатньої уваги ні вітчизняні науковці, ні зарубіжні. Окремі наукові позиції в цій сфері висловили такі автори, як: Дж. Бергер, О. Гайдулін, В. Загородній, О. Демін, І. Діковська, К. В. Еббот, Д. Ландо, В. Мак, О. Мережко, Дж. Нолан, В. Плавич, А. Сенден, Д. Снідал, Р. Стефанські та ін.

Питання про те, що є когерентністю в сфері договірних прав, не приділяли багато уваги. Коли цей термін використовують, він часто означає або усунення розбіжностей у чинному європейському *Acquis* [1, с. 111], або вказує на те, що правила європейського походження мають різне співвідношення з національними правилами [2, с. 9].

Окремі автори вказують, що про жодну когерентність договірних прав мова йти не може, оскільки ЄС націлений на фрагментарність у цій сфері, з виділенням окремого споживчого контрактного права [3, с. 65]. Однак необхідно зазначити, що справді, тенденція до виокремлення лише споживчого контрактного права певний час була вирішальною під час формування договірних прав, однак на сьогодні після публікації DCFR наукова спільнота ЄС, а також Європейський парламент дійшли згоди про доцільність та необхідність створення єдиних правил в межах договірних прав в цілому.

Томас Вільгельмсон вирізняє такі типи когерентності: когерентність понять, когерентність конкретних норм та когерентність системи [1, с. 112]. Крім того, можливо визначити когерентність політики. У кожному з цих варіантів когерентність є основною метою створення послідовного узгодженого законодавства зі збереженням його юридичної зрозумілості, визначеності, передбачуваності та рівності. Карло Туорі справедливо стверджує, що правові норми є когерентними, якщо вони базуються на однакових загальних принципах або відповідають однаковим принципам [4, с. 647]. Цього відносно легко досягти, якщо всі суб'єкти, залучені до розвитку правової системи (такі, як законодавчі органи, суди і вчені-юристи), перебувають в одній країні і поділяють однорідний набір цінностей. Якщо ж ця послідовність не може бути

гарантована, вона ставить ймовірність когерентності під загрозу.

Існує дві позиції щодо визначення поняття когерентності правових норм. З одного боку, когерентність права визначають як ознаку гармонії в праві [5, с. 102]. Усі юридичні складові, які безпосередньо пов'язані з постановленням рішення у справі, правові норми, на яких ці рішення засновані, мають бути тісно пов'язані між собою, а також зі самим рішенням, яке, своєю чергою, має бути когерентним з іншими рішеннями, якщо аргументи, на яких вони засновані, є схожими або ж спільними. Автори, які висловлюють таку позицію, будують її на вченні Ф. Савін'ї, за яким досягнення гармонії в ухваленні рішень в межах приватного права вимагає, щоб суди різної юрисдикції визначили застосовуване матеріальне право схожим способом, що давало б сторонам змогу передбачити можливий результат розгляду справи по суті. Усі принципи, правила та моделі правового регулювання конкретних правовідносин, що існують, мають бути складовими єдиної системи, що допустило б їх однакову інтерпретацію. Якщо ж відносини попередньо були не врегульовані, така правова система має давати можливість досягнення згоди між сторонами. Така позиція має переваги в тому, що законодавчо не потрібно врегульовувати усі види договірних правовідносин, а також є запорукою можливості вибору застосовуваного права до таких неврегульованих відносин.

Інше розуміння когерентності не стільки зосереджене на досягненні максимальної узгодженості системи права, скільки спрямоване на гарантування того, що має місце реалізація правової політики. Такий висновок можна зробити з наукових праць в сфері регулювання конкурентного права, коли встановлюють можливість для політичного врегулювання питань щодо узгодження конкурентної діяльності в сфері інноваційного розвитку [6, с. 25–42]. Таку ж позицію можна простежити при визначенні особливостей правотворення в інших сферах відносин в ЄС і певною мірою можемо навіть стверджувати, що переважна більшість європейських

правових норм побудована шляхом спрямування до певної зовнішньої політичної мети (зокрема, завершення побудови внутрішнього ринку). Разом із тим важливо в цьому аспекті поставити питання про можливість існування в одній площині такої стратегічної мети та, власне, досягнення узгодженості правової системи.

Звісно, як справедливо відзначає Тіму Джугілайнен, питання когерентності нерозривно пов'язано з питанням меж (ступеню) узгодження. Зважаючи на обсяг сфери договірних правовідносин, завжди виникатиме питання можливості її охоплення та повного опрацювання. Головне запитання, що в цьому разі мало би виникати: чи має бажання кожен суб'єкт в межах ЄС здійснювати таку діяльність із вироблення когерентного права в такій сфері в межах права ЄС, в межах права національного або ж поєднання обох правових систем.

В більшості випадків когерентність використовують як узагальнювальний термін окремих ознак приватного права, коли його визначають як узгоджену, цілісну систему правових норм у межах національного правопорядку. В цьому значенні усі правила, стандарти, концепції є послідовними та узгодженими в межах єдиної правової системи. В аспекті постійного прагнення певної «чистоти» окремої правової системи така узгодженість (когерентність) спрямована на досягнення важливої мети – встановлення рівності усіх суб'єктів, які беруть участь у розвитку правової системи (законодавчі органи, судові та наукові інституції), які перебувають в одній країні і мають відносно однакове значення. В цьому сенсі приватне право є автономною системою з чіткою ієрархією суб'єктів, які беруть участь у правотворенні та правозастосуванні.

У зв'язку з цим вважаємо необхідним відмежовувати поняття когерентності правової системи (відображення узгодженості правових норм за змістом) та когерентності правової політики (діяльності з визначення доцільності та обсягу узгодження правових норм в межах правової системи). Обидва аспекти тісно пов'язані між собою (особливо в сфері

приватного права), але важливість їх відокремлення зумовлена розрізненістю шляхів їх розвитку, зважаючи на сучасну фрагментарність регулювання договірних права ЄС.

Коли мова йде про узгодженість самої правової системи, головним завданням є виявлення в межах системи, що існує, всієї сукупності внутрішніх суперечностей, що можливо усунути. Як ми вже зазначали, це означає, що зміст принципів, правил і норм, які розглядають як складові єдиної загальної правової системи, припускає їх аналогічну інтерпретацію: якщо певні відносини в межах цієї системи не врегульовані, система дає право на застосування схожих правових норм або інших конструкцій, що їй не суперечать. Особливу ефективність така позиція має в межах договірних права, коли немає потреби в законодавчому врегулюванні усієї сукупності видів договорів, що робить правові норми більш доступними і вільними в застосуванні. Так, будь-яка модель правової системи побудована на засадах принципу обов'язкової сили та свободи договору і значення консенсусу, досягнутого між сторонами, як керівної позиції договірних права, яка виконує роль певного фундаменту, на якому побудовано іншу частину договірних права.

Інший аспект когерентності не спрямований на створення досконалої системи права, але направлений на гарантування того, що існує певна послідовна політика в межах створення та застосування правових норм. Цей напрямок не стільки характеризує систему договірних права, що існує, а визначає, до чого така система має прагнути у нормативному сенсі. Це стосується як законотворчого процесу, так і правозастосування. Важливо, що обидва окреслених аспекти когерентності протягом тривалого часу розглядали як єдине ціле, оскільки правову систему використовували не тільки для визначення вимог до норм права, а й для визначення правової політики щодо нормотворення та правозастосування. Фактично сама система права, таким чином, мала нормативну силу і стала своєрідним джерелом права. Проте,

ще до визначення неоднозначного та глибокого впливу інтернаціоналізації, різниця у когерентності правової системи та правової політики стала відчутною, зважаючи на те, що приватне право не можна назвати аполітичним.

Необхідно в межах цього дослідження також визначити причини негативного впливу фрагментації договірного права ЄС на його когерентність: збільшення кількості нормативних актів в межах ЄС, що визначають питання договірного права, а також збільшення можливостей вибору контрагентів за договором, що істотно впливає на обсяг прав та обов'язків сторін.

Основна причина, чому договірне право ЄС важко на сьогодні називати когерентним, пов'язана з активним збільшенням правових актів у цій сфері протягом останніх десятиліть. Поряд із правилами, що випливають з національних правопорядків, на сьогодні в межах ЄС можна нарахувати принаймні ще три інших типи суб'єктів, які беруть участь в творенні договірного права.

По-перше, договірне право все більш стає предметом детального опрацювання наднаціональних органів, які здійснюють законотворчу діяльність. Важливим прикладом в контексті договірного права є Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (CISG) [7]. У 77 країнах, які визнали норми вказаної Конвенції новим додатковим джерелом регулювання договірного права, постала необхідність її існування разом із набором тих правил, що визначають власне національне договірне право. Це означає, що більше немає єдиного однакового та узгодженого закону щодо регулювання договорів купівлі-продажу на всій території країни, натомість застосування тих чи інших норм залежить від сторін та предмету договору. Відповідно, введення Конвенції фактично призводить не тільки до фрагментації на національному рівні, а й до фрагментарного узгодження на міжнародному рівні через автономію держав в її ратифікації. Таким чином, добре відомо, що відмова Сполученого Королівства, Ірландії та Португалії ратифікувати Конвенцію додає

проблем для комерційного договірного права в межах ЄС.

По-друге, ми є свідками виникнення так званого «приватного глобального нормотворення». З одного боку, норми і політичні рішення більше не є прерогативою лише національних законодавчих органів держав. Крім організацій, таких як МВФ та Світовий банк, зокрема діяльність COT має значний вплив на врегулювання поведінки фізичних та юридичних осіб, зокрема, з питань вільної торгівлі, податків, інтелектуальної власності, охорони здоров'я. З іншого боку, існує безліч прикладів «soft law», що продукують для врегулювання конкретних правовідносин для визначеного кола осіб. Такі норми не визнають обов'язковими в традиційному розумінні, тому що вони не відповідають певним формальним критеріям. Але такі норми часто встановлюють правила поведінки для конкретних категорій суб'єктів щодо визначеного кола суспільних відносин, тому вони часто більш важливі як джерела приватного права, ніж правила, які є формально обов'язковими.

Третім суб'єктом, який на сьогодні бере активну участь у формуванні договірного права, є, власне, ЄС. За останні десятиліття Європейський законодавчий орган видав більше ніж двадцять директив, які стали невід'ємною складовою законодавства усіх країн-членів ЄС. Ці формально обов'язкові правила було супроводжено розробкою декількох варіантів «soft law» у сфері договірного права. Двома найважливішими прикладами доцільно назвати Принципи європейського договірного права (PECL) та Проект загальної системи підходів (DCFR). Ці правила були підготовлені з метою їх застосування в майбутньому як безпосередньо учасниками договірних відносин, так і законодавчими органами та судовими інституціями.

Якщо визначити вплив такого збільшення кількості правових актів у сфері регулювання договірного права на його когерентність, то, передусім, треба виявити вплив договірного права ЄС на національні правові системи. Законодавство ЄС складно включити в національні правові

системи, зважаючи на розподіл компетенцій між ЄС та державами-членами. Беручи до уваги, що національні законодавчі органи не хочуть відмовлятися від їх компетенції в питаннях, які також охоплюються європейськими директивами, ми в кінцевому рахунку маємо два законодавчі органи, що врегульовують однакове коло правовідносин. Складність цієї ситуації підсилюється тим, що в окремих випадках ЄС має намір встановлювати норми, що націлені не на мінімальну гармонізацію, як це було раніше, а на повну, що передбачає повну відповідність актів національного законодавства у визначених сферах директивам ЄС. Так, в результаті огляду в жовтні 2008 року Комісія представила пропозиції щодо директиви про захист прав споживачів, які фактично лягли в основу Директиви про права споживачів 25 жовтня 2011 р. [8]. Ухвалена директива стала специфічним актом, що, з одного боку, встановлює на рівні ЄС правила для договорів за участю споживачів, з іншого – є факультативною до тих нормативних актів у сфері споживчого права, що ухвалені в країнах-членах ЄС. Цю Директиву Європейська комісія назвала новою формою гармонізації, оскільки вона не прагне замінити собою національні цивільні кодекси або втрутитися в їх послідовність. Замість цього вона є додатковим набором однорідних правил договірної справи, які можуть вільно обрати торговці та споживачі, які укладають відповідні міжнародні договори.

Єдність національного правопорядку безпосередньо залежить від того, яким

чином може бути інтерпретований правовий припис ЄС. Ця інтерпретація мусить мати місце в формулюванні цілей директиви. Але досить часто цілі таких актів та національних приписів різняться в разі регулювання тих самих правовідносин, що залежить від традицій конкретного національного правопорядку.

Ще одна проблема, що стірає фрагментації договірної справи, криється не в інституціональній фрагментації, а в фрагментації матеріально-правових норм та процесуальних правил, що пов'язано з можливістю вибору іноземного права як застосовного до договірних відносин сторін.

Вказане вище демонструє, що поява наднаціональних, «приватних» та європейських джерел зробила договірне право більш складним. Основна причина цього полягає в тому, що договірне право сьогодні розглядають на різних рівнях державного управління, що частково перекривають одне одного, без особливої координації між ними. Фактично така багаторівневість призводить до дублювання національних, наднаціональних та європейських джерел. У зв'язку з цим, говорити про певну когерентність договірної справи на будь-якому рівні досить складно. Відсутність узгодженості правових норм у сфері договірної справи, по суті, негативно впливає не лише на учасників договірної правовідносини, а також на органи, що здійснюють правозастосовчу діяльність в процесі захисту контрагентів за договором.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Wilhelmsson Thomas. The Contract Law Acquis: Towards More Coherence Through Generalisation? / Thomas Wilhelmsson // *Europäischer Juristentag (4th European Jurists, Forum 4ème Journée des Juristes Européens (Wien, 2008))*. – Wien : Manz, 2008. – P.111–153.
2. Letto-Vanamo Pia, Smits Jan. Coherence and Fragmentation in European Private Law / Pia Letto-Vanamo, Jan Smits. – Sellier European Law Publishers, 2012. – 184 p.
3. Гайдулін О. О. Основні напрями «європеїзації» контрактного права та перспективи приєднання до неї України / О. О. Гайдулін // *Юстиніан*. – 2008. – № 11. – С. 64–74.
4. Tuori Kaarlo. Ratio and Voluntas: The Tension Between Reason and Will in Law / Kaarlo Tuori // *The Modern Law Review*. – 2011. – Volume 76, Issue 3. – P. 646–648
5. Juutilainen Teemu. Coherence through Uniform Private International Law of Property / Teemu Juutilainen // Letto-Vanamo Pia, Smits Jan. *Coherence and Fragmentation in European Private Law*. – Sellier European Law Publishers, 2012. – P. 101–123
6. Havu Katri. Quasi-coherence by Harmonisation of EU Competition Law-related Damages Actions / Katri Havu // Letto-Vanamo Pia, Smits Jan. *Coherence and Fragmentation in European Private*

Law. – Sellier European Law Publishers, 2012. – P. 25–42

7. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року [Електронний ресурс] Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_003

8. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011

on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council // Official Journal. – 2011. – L 304. – 22.11.2011. – P. 64–88

REFERENCES

1. Thomas Wilhelmsson (2008). *The Contract Law Acquis: Towards More Coherence Through Generalisation?* Europäischer Juristentag (4th European Jurists, Forum 4ème Journée des Juristes Européens (Wien, 2008)), Wien : Manz, 2008, p.111-153.

2. Letto-Vanamo Pia, Jan Smits (2012). *Coherence and Fragmentation in European Private Law*. Sellier European Law Publishers, 184 p.

3. Haidulin O. O. (2008). *Osnovni napriamy «ievropeizatsii» kontraktnobo prava ta perspektyvy pryiednannia do nei Ukrainy [The main directions of «Europeanization» of contract law and the prospects for accession to Ukraine]*. Yustynian.11. p. 64–74.

4. Kaarlo Tuori (2011). *Ratio and Voluntas: The Tension Between Reason and Will in Law*. The Modern Law Review. Volume 76, Issue 3. p. 646–648

5. Teemu Juutilainen. *Coherence through Uniform Private International Law of Property*. Letto-Vanamo Pia, Smits Jan. Coherence and Fragmentation in European Private Law. Sellier European Law Publishers. – p. 101–123

6. Katri Havu (2012). *Quasi-coherence by Harmonisation of EU Competition Law-related Damages Actions*. Letto-Vanamo Pia, Smits Jan. Coherence and Fragmentation in European Private Law. Sellier European Law Publishers. – p. 25-42

7. *Konventsiiia Orhanizatsii Obiednanykh Natsii pro dohovory mizhnarodnoi kupivli-prodazhu tovariv [United Nations Convention on contracts for the international sale of goods] vid 11 kvitnia 1980 roku.* [online] Available : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_003 Last accessed 25th May 2016.

8. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. Official Journal. 2011. L 304. 22. 11. 2011. p. 64–88



УДК 347.122

Шишка Олександр Романович

*Доцент кафедри охорони інтелектуальної власності,
цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент*

**ЗАСТОСУВАННЯ МЕТОДУ АЛЬТЕРНАТИВИ ПРИ
ВИЗНАЧЕННІ ПРАВОВОЇ МОДЕЛІ ЦИВІЛЬНИХ
ПРАВОВІДНОСИН, ОБ'ЄКТОМ ЯКИХ Є БЛАГА, ЩО
МАЮТЬ ПОДВІЙНУ ПРАВОВУ ПРИРОДУ**

Shyshka A. R.

Application of alternative method when determining the legal model of civil legal relations, the object of which is the values that have a dual legal nature

Abstract. In article the question of application of alternative approach to legal model of civil legal relations, the object of which is the values that have a dual legal nature. Such approach consists in that in the concerning the one and the same benefit must arise couple various in character of legal relations, provided that such values has the dual legal nature, that is, has the properties of both property and non-property benefits. At that, where the benefit is directed to satisfaction of non-property interest of the person it acts as object of non-property legal relations. There where the benefit is directed to satisfaction of property interest of the person, it acts as object of property legal relations. On such legal model it is offered to construct regulations of the relations arising concerning results of intellectual activity, personal partially negotiability benefits, and also some relations arising concerning information.

Key words: *The legal model, bipolar model of legal relations, the mixed model of legal relations, the homogeneous model of legal relations, the civil legal relations, the subject matter of civil law, method of civil law, object of the civil rights, the benefit, negotiability.*

Юридична конструкція – відповідна модель суспільних відносин, що врегульовані правом [7, с. 138] за принципом відбиття та є відображенням суспільних відносин або їх елементів [57, с. 132]. Як правило, вона виникає внаслідок сформованої типової схеми, моделі поведінки в межах самого суспільного ставлення, а надалі може бути закріплена в нормах права, статті нормативного конструкцією [56, с. 51]. Утім, деякі правознавці відзначають, що юридичні конструкції можуть бути й результатом нормотворчої діяльності (нормативні конструкції) [2], а не наслідком відображення сфери суцього та/або доктринальних розробок у формі теоретичних конструкцій.

Важливість визначення оптимальної правової моделі будь-яких суспільних відносин як елемента механізму правового регулювання зумовлено тим, що позитивне

право має бути представлено таким чином, щоб буква закону мала однозначну чіткість, ясність і зрозумілість на будь-яких етапах дії норми права на відповідні суспільні відносини. Від моделі правовідношення як форми правового впливу в значній мірі та у сукупності всіх елементів механізму правового регулювання залежить ступінь поставленої та досягнутої мети правового регулювання, тобто його результативність та ефективність.

При цьому у більшості випадків воля законодавця при визначенні моделі правовідносин залежить від характеру відносин, що підлягають регулюванню. Саме це можна бачити в ст. 1 ЦК України, в якій закладений моністичний підхід до правової моделі усіх цивільних відносин, що регулюються актами цивільного законодавства. Оскільки передбачається, що відносини, які складають предмет цивільного права, за своєю природою є

однорідними, хоча і різними за своїм характером. Відповідно, відносини, які складаються у суспільстві, є основою для того, щоб перевести їх у сфері права в певну юридичну форму, яка за своєю структурою та змістом цілком залежна від суті реальних відносин.

Якщо зацентрувати увагу на моделі цивільних правовідносин, яка має своє закріплення в нормах позитивного права, то тут є певні цікаві аспекти. Так, в юридичній літературі переважає позиція, що законодавець, визначаючи в ст. 1 ЦК України коло відносин, що регулюються цивільним законодавством, вказує на два види відносин (особисті немайнові та майнові), які охоплюються єдиним родом відносин (цивільні відносини) [43, с. 140]. В цьому розумінні правова модель цивільних правовідносин має однорідну за своїм змістом структуру¹, проте передбачає неоднорідні (протилежні) за своїм характером правовідносини, що мають майнову та немайнову природу. Всупереч такому підходу, що, безумовно, заслуговує на увагу та потребує належного правового закріплення в нормі права, висувається інша, власна позиція, яка ґрунтується на тому, що цивільні відносини та особисті немайнові і майнові відносини в ст. 1 ЦК України співвідносяться між собою як ціле і частини цілого, а саме розуміння «цивільні відносини» потрібно сприймати як умовну та об'єднувальну категорію. Правова модель правовідносин за таких обставин має біцефальний характер². Проте,

сприймаючи той чи інший підхід, у ч. 1 ст. 1 ЦК України зведено до одного, бо передбачає, що усі цивільні правовідносини або мають однорідний за змістом характер, або складаються з двох однорідних (чистих) за змістом, але неоднорідних за своїм характером правовідносин. З цього виходить, що законодавець в ст. 1 ЦК України заклад не плуралістичну (як це має бути), а моністичну³ концепцію до правової моделі усіх цивільних правовідносин. Це пояснюється тим, що відносини, які складають предмет цивільного права, хоча і мають різну за своїм характером природу (майнову або немайнову), проте в сфері належного усі вони зводяться до одного – до єдиної правової моделі цивільних правовідносин (до однорідної або біцефальної). А специфіка самої моделі, як бачиться, залежить від сприйняття концепту ч. 1 ст. 1 ЦК України.

За таких обставин правова модель цивільних правовідносин має обмежувальний характер. Це зумовлено тим, що якщо природа певних відносин відмінна від встановленого та визначеного у позитивному цивільному праві, а самі відносини не можуть бути піддані цивільно-правовому впливу засобами, способами, прийомами та формами, то казати про їх цивільно-правовий характер на легальному рівні, на жаль, не можна, навіть якщо вони мають приватно-правовий характер, а також засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників.

Проте в такому законодавчому підході тоді є певні вади. Бо весь доколосний світ не можна зводити до одного (єдиного), адже природа є багатогранною. Це стосується і відносин, які виникають між різними його учасниками, у тому числі й тих відносин, які об'єднують єдиним поняттям «цивільні відносини». Відповідно,

¹ Тобто особисте немайнове праввідношення передбачає, що його об'єктом є ті блага, які мають у собі немайнові властивості. Права та обов'язки за таких обставин теж мають немайновий характер, бо слідує за його об'єктом та тісно пов'язані з ним. Це стосується й майнових правовідносин, оскільки їх об'єктом є блага, які містять у собі майнову властивість, а змістом є лише ті права та обов'язки, які мають майновий характер. Відповідно, у цьому і проявляється однорідність правової моделі цих правовідносин.

² Біцефальний – від лат. bis – двічі і грец. kephale – голова. Біцефальна модель правовідносин складається з двох груп взаємопов'язаних між собою правовідносин, які за своїм змістом можуть мати як однорідний, так і неоднорідний (тобто змішаний) характер, а їх існування окремо один від одного неможливе. Більш детально дивись: Шишка О. Р. Біцефальна модель правовідносин в механізмі цивільно-правового регулювання // Проблеми цивільного права та процесу : Матеріали наук.-практ. конф., присвяченої пам'яті професора О. А. Пушкіна (30 травня 2015 р.). – Харків : Харківський національний університет внутрішніх справ, 2015. – С. 153–161; Шишка О. Р. Місце відносин інтелектуальної власності в предметі цивільного права // П'яті юридичні диспути з актуальних проблем приватного права,

присвячені пам'яті Є. В. Васильовського : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 22 травня 2015 р.) / відповід. ред. І. С. Каззафарова ; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечникова. – Одеса : Астропринт, 2015. – С. 266–271

³ Монізм (від грец. *μόνος* – один, єдиний) – філософський погляд, згідно з яким різні типи буття або субстанцій, що здаються різними, врешті-решт зводяться до єдиного початку.

позитивне право в її статті має бути «відтиском» тих відносин, які виникають у суспільстві шляхом закріплення в юридичній площині реального випадку через переведення його у абстрактну юридичну форму, що стає правилом поведінки для визначеного кола осіб. Але законодавець, як бачимо, не завжди користується вказаним методом відображення сфери суцього в сфері належного. Як наслідок, виникають випадки, коли сфера суцього підлаштується під сферу належного. А такий підхід не тільки не сприяє належному регулюванню деяких цивільних відносин, а й ставить букву закону так, що певні його положення не мають однозначної чіткості та визначеності. А відносини, які апіорі в науці вважають цивільними, з огляду на позитивне право не можуть належати до них.

Більш того, регулювання певних відносин з огляду на аналіз ЦК України та інших положень актів цивільного законодавства України моделюють не від сфери суцього до сфери належного, а навпаки. А цим упускають природу деяких відносин і, як наслідок, їх регулювання здійснюється невластивими для них способами, засобами та прийомами. Зокрема, це стосується відносин з приводу результатів інтелектуальної, творчої діяльності [13; 16; 60], особистих немайнових благ [52; 59], інформації [22], де частково їх регулювання побудоване на пропріетарній (від лат. *proprietas* – власність) теорії, яка себе, на жаль, не виправдовує.

Як наслідок, на практиці виникають постійні проблеми при захисті порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод та інтересів. Особливо це стосується тих випадків, коли факт порушення є, але інколи унеможливується перспектива в здійсненні захисту прав, свобод та інтересів. Це зумовлено різними дефектами права: прогалинами в праві; колізією норм права; протиріччю однієї норми права іншій; заплутаністю, розмитістю та нечіткістю правової норми; недостатньою виваженістю правових норм, вадами системного характеру тощо. Відповідно,

законодавець змушений виправляти такі дефекти права, а науковці – обґрунтовувати та пропонувати належні механізми правового регулювання.

Проте частіше проблема полягає не в тому, що деякі положення позитивного права є недосить досконалими, а в тому, що до відносин застосовують не властивий їм механізм правового регулювання. Як наслідок, здійснюють корегування чинного законодавства в одному місці, проте одночасно з'являються вади в іншому. Тому правове регулювання тих чи інших відносин має будуватись не типовим або «шаблонним» методом, а вибудовуватись із суті блага, що стає об'єктом певних прав (правовідносин), а також зі суті відносин, які виникають між його учасниками, у тому числі інших факторів (зокрема, в аспектах динаміки об'єкта та правовідношення), що впливають на специфіку правового регулювання, яке має бути чітким, ясним і зрозумілим.

Саме з такою проблемою зіткнувся у своєму дослідженні С. О. Сліпченко, який розробив концепцію механізму цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами. Він звернув увагу на те, що у сфері «суцього» об'єкти особистих немайнових правовідносин все частіше включаються до обороту [47, с. 66]. Зазначені обставини з очевидністю демонструють невідповідності не лише у сфері «належного», а й у сферах «належного» і «суцього». Іншими словами, об'єктивне (позитивне) право ще не повною мірою готове забезпечити відносини, що активно розвиваються в суспільстві, з приводу нових безтілесних благ. Це нерідко призводить до виникнення конфлікту інтересів учасників цивільних правовідносин [47, с. 30-31]. Подібні протиріччя можна спостерегти не тільки у практиці внутрішньодержавних судів зарубіжних країн [9; 12; 28; 32; 33; 34; 53; 62; 63; 64], а й Європейського Суду з прав людини [10; 14; 15; 20; 40].

Значущість такого дослідження зумовлена не тільки тим, що автор визначив місце правовідносин, що виникають із приводу нематеріальних благ у системі цивільних

правовідносин, охарактеризував нематеріальні блага, умови їх оборотоздатності, суб'єктний склад і зміст цих правовідносин, а й торкнувся питання правової моделі таких правовідносин. Останній аспект й спричинив інтерес в проведенні такого дослідження. Відповідно, в основу вирішення проблеми визначення правової моделі цивільних правовідносин, об'єктом яких є блага, що мають подвійну правову природу, варто покласти концепцію механізму цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами, яку розробив С. О. Сліпченко.

Потрібно почати з того, що С. О. Сліпченко є одним із перших українських науковців, який підняв питання про можливість деякі особисті немайнові блага (ділова репутація, зображення фізичної особи, її ім'я, особисті листи, інформація тощо [47, с. 268]) розглядати як товар, оскільки вони мають мінову (ринкову) цінність [47, с. 269] за умов, якщо ці блага відособлюються, об'єктивуються та здатні до від'ємності від свого носія [47, с. 268]. Як зазначив автор: суспільство перестало ставитись до нематеріальних благ тільки як до об'єктів особистих немайнових прав; крім моральної, вони починають бути ще й майновою цінністю, а тому їх залучають до економічного та цивільного обороту [47, с. 40]; їх можна розглядати не тільки як особисті немайнові блага у буквальному розумінні цього терміна, а й як майно, а права на них – як майнові [45, с. 426]. При цьому, маючи майнову цінність, такі блага не втрачають немайнової їх цінності [47, с. 291]. В цьому проявляється подвійність їх правової природи [47, с. 302, 368, 467]. Тобто, хоча вони є нематеріальними благами, але несуть у собі як майнову, так і немайнову цінність [47, с. 302]. Майновий характер цінності об'єкта проявляється в його економічній ціні, а це надає можливість учасникам задовольняти свої майнові інтереси. Відповідно, немайновий характер цінності виявляється в можливості задовольняти немайнові інтереси [47, с. 392].

З огляду на вищевказану позицію, такі правовідносини мають змішану правову

модель, хоча автор напрям у своїй роботі на це не вказує. Однак такий висновок можливо зробити з таких тверджень. Так, С. О. Сліпченко зазначає, що в особистих немайнових правовідносинах з оборотоздатними об'єктами, крім особистої немайнової (особистих немайнових прав), існує майнова складова – це право на використання нематеріального об'єкта та право надавати згоду на його використання третіми особами [46, с. 4]. При цьому підкреслено, що особисті немайнові і майнові права як складові особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами є парними [46, с. 30], а правовідношення має подвійну правову природу [45, с. 416].

Використовуючи правило логічного перетворення, можна сформулювати таке твердження: якщо змістом правовідносин є неоднорідні за своїм характером права та обов'язки, що мають майнову та немайнову правову природу, то і правовідношення, тоді мусить мати неоднорідний за своїм змістом характер. Тобто таке правовідношення є майново-немайновим. Це в науці воно називається змішаним чи конвергентним.

Крім цього, особисті немайнові правовідносини з оборотоздатними об'єктами є абсолютними правовідносинами, а модель поведінки учасників будують за принципом: а) для уповноважених осіб установлюють межі можливої (дозволеної) поведінки щодо свого блага; б) для зобов'язаних осіб установлюють межі необхідної (належної) та достатньої поведінки щодо чужого нематеріального блага. При цьому межі дозволеної поведінки передбачають можливість монопольного вчинення у своїх інтересах дій (юридичних або фактичних) стосовно свого об'єкта та можливість звернення вимог до всіх інших про утримання від дій, що порушують суб'єктивне право учасника особистих немайнових правовідносин або перешкоджають його здійсненню. У межах необхідної та достатньої поведінки передбачають потребу в бездіяльності зобов'язаної особи, а саме: утримуватись від дій, що можуть порушити право

управомоченої особи; утримуватись від дій, що можуть перешкодити здійсненню цього права; зазнавати наслідків вимог управомоченої особи [45, с. 392].

Відповідно, особисті немайнові правовідносини з оборотоздатними об'єктами як змішану модель правовідносин можна зобразити у формі такого малюнка:



Де А – оборотоздатне особисте немайнове благо, В – особисті немайнові права та обов'язки, С – майнові права та обов'язки.

Така правова модель передбачає, що зміст правовідношення складається з неоднорідних за своєю природою прав та обов'язків⁴, які утворюють цілісну та неподільну правову модель правовідносин. При цьому для такої моделі є характерним відсутність чистоти змісту правовідношення, а отже, саме правовідношення не можна віднести ані до суто майнових, ані до суто немайнових правовідносин.

Особливість такої правової моделі полягає в неоднорідності, тобто подвійності правової природи самого блага, що має як властивості майнових, так і властивості немайнових благ. Відповідно, характер такого блага не дає можливості стверджувати, що воно є чистим майновим або чистим немайновим благом. Це дає змогу стверджувати, що диференціація об'єктів за критерієм «майновості» дихотомічним шляхом створює проблему в неохопленні тих благ, які мають дуалістичну природу. А отже, диференціацію об'єктів цивільних правовідносин за таким критерієм потрібно проводити методом трихотомії на майнові, немайнові та блага, які мають подвійну (дуалістичну) правову природу, тобто ті, які містять властивості перших та других.

Треба відзначити, що в науці цивільного права з цього приводу існує дещо інший

підхід. Зокрема, В. О. Лапач всі об'єкти цивільних прав теж розподілив за трьома вихідними групами: майнові блага (майно); майново-немайнові блага; пов'язані з особистістю немайнові блага [27, с. 202]. Проте, не применшуючи важливості цієї класифікації, маємо ствердити, що є певні аспекти, які викликають певні запитання. Так, не досить зрозумілим є обсяг поняття «майново-немайнові блага», оскільки з огляду на їх назву такі блага мусять мати змішану правову природу, адже словосполучення «майново-немайнові» в науці використовують як рівнозначне слову «змішані». Але якщо це так, то тоді ця група благ, що стають об'єктами цивільних прав, стосується лише тих правовідносин, змістом яких є такі права та обов'язки, що мають змішану правову природу, тобто є майново-немайновими. Безумовно, тут виникає запитання: про які правовідносини йде мова? Якщо це не так, то є інший напрямок такого розуміння, який передбачає, що стосовно благ, які за своєю природою є змішаними (майново-немайновими), виникають відносини між їх учасниками, які врегульовані позитивним правом, зміст яких складають майнові та немайнові права та обов'язки. Проте тут зразу виникає запитання: як із приводу того, що є змішаним та яке в сфері права набуває характеру об'єкта, виникає правовідношення, зміст якого складають однорідні (чисті) за своїм характером права та обов'язки? Відповідно, з цього випадку виходить, що об'єкт правовідношення (що має змішаний характер) та об'єкт права та обов'язку (що має однорідний характер) між собою не збігаються. Якщо це так, то тут виникає таке запитання: як один і той же об'єкт в одному випадку може бути змішаним, а в іншому – мати однорідний (чистий) характер? Цей випадок створює теж багато запитань, які потребують аргументованих наукових пояснень. Проте є і простіше пояснення, яке зводиться до того, що у цій частині класифікації застосоване некоректне формулювання. Єдине, з чим варто погодитися з В. О. Лапачем, то це те, що усі об'єкти цивільних прав потрібно розподіляти за трьома групами.

⁴ У нашому випадку це особисті немайнові та майнові права та обов'язки.

В цьому сенсі більш прийнятною є класифікація, яку ми запропонували вище, за критерієм «майновості» на майнові, немайнові та блага, які мають подвійну (дуалістичну) правову природу, за умов, якщо в науці не буде аргументовано та доведено існування благ, що мають змішану правову природу. А це, відповідно, надасть привід до розширення класифікації. При цьому особливість останньої групи благ в класифікації (блага, які мають подвійну (дуалістичну) правову природу) полягає у тому, що вони хоча і містять у собі властивості як майнових так і немайнових благ, проте щодо самого блага, що стає об'єктом певного права (правовідношення), можна враховувати лише ті якості, що характеризують його або як майновим, або як немайновим. Тобто там, де правовідношення спрямоване на забезпечення майнового інтересу, враховуються лише ті властивості блага, що характеризують його як майнове. А там, де правовідношення спрямоване на забезпечення немайнового інтересу, благо, що стає об'єктом певного права (правовідношення), набуває немайнового характеру. Відповідно, права та обов'язки, що складають зміст такого змішаного правовідношення (тобто особистого немайнового правовідношення з оборотоздатними об'єктами), набувають характеру майнових або немайнових залежно від того, які властивості блага задовольняють інтереси їх учасників. При цьому майнові та немайнові властивості блага з дуалістичною правовою природою не можуть одночасно поєднуватись, оскільки науці цивільного права немайново-майнові права та обов'язки поки ще невідомі. Як зазначила А. О. Новосолова, з якою беззаперечно потрібно погодитись, суб'єктивне право за своєю природою є однорідним [35, с. 8, 14]. Це стосується й суб'єктивного обов'язку, який має тісний зв'язок з кореспондуючим йому суб'єктивним правом, а їх взаємодія, що набуває взаємообумовлюючого між собою зв'язку утворює пару юридичну категорію – суб'єктивне право та кореспондуючий йому юридичний обов'язок. А тому блага, що стають об'єктом певних прав

(обов'язків) не можуть мати змішаної правової природи, тобто бути майново-немайновими. Це підтверджується й тим, що майнові права можуть відчужуватися, а немайнові – завжди залишаються з його носієм та є невідчужуваними.

Отже, з вищеведеного можна зробити висновок, що поняття «об'єкт» та «благо» між собою не збігаються, бо якщо благо може мати подвійну правову природу, то об'єкт права ні. Це пов'язане з тим, що право є однорідним за своєю природою, а отже, об'єкт певного права (обов'язку) не може одночасно проявляти властивості як майнових, так і немайнових благ. Оскільки це вказувало б на те, що є такі права, які мають майново-немайновий (змішаний) характер, але про такі права поки що науці цивільного права нічого невідомо.

З цього випливає, що об'єкт та благо – це відображення різних сфер буття. Благо є відображенням сфери суцього. Тобто це ставлення людини та/або суспільства до певного предмета матеріального та нематеріального світу, що надає можливість усвідомити його корисні властивості, які здатні задовольнити потреби людини, за умов, що такі блага є доступні до їх обладнання. Об'єкт є відображенням благ у сфері належного. Тобто це ставлення законодавця до певних предметів матеріального та нематеріального світу за умов їх натуральної здатності бути об'єктами цивільних прав (правовідносин). В цьому сенсі усі об'єкти цивільних прав (правовідносин) є благами. Проте не всі блага мають можливість бути об'єктами цивільних прав (правовідносин).

За таких обставин властивості блага та інтерес учасників є критерієм визначення не тільки змісту правовідношення, а й його характеру. З цього приводу треба навести позицію В. А. Белова, який зазначає: «цивілісту важливо знати не тільки те, що той або інший предмет (субстрат) є об'єктом цивільних прав (правовідносин), а й те, чи є він об'єктом цивільного обороту: перше необхідно для того, щоб визначити зміст правовідносин, які могли б скластися з приводу відповідного об'єкта; друге – для того, щоб визначити коло фактичних обставин, які є підставами для динаміки

(руху) таких правовідносин» [3, с. 70]. Проте можливість сприйняття та розуміння суті тих чи інших правовідносин, зокрема й їх динаміка, залежить від того, яка правова модель відображена у позитивному праві, що нормативно упорядковує, організує та структурує двосторонні зв'язки, які виникають між учасниками з приводу матеріальних та нематеріальних благ як єдність змісту та форми. Саме правова модель надає можливість закласти стабільну основу в регламентації суспільних відносин. Бо повноцінне регулювання законом суспільних відносин можливе лише за умов розуміння його положень суб'єктами правовідносин, яке має бути чітким, ясним і зрозумілим.

Однак важливість визначення оптимальної правової моделі будь-якого правовідношення полягає не тільки у тому, щоб встановити властивості об'єкту правовідношення, а потім визначити його зміст, а й у тому, щоб пояснити, як та яким чином відбувається динаміка таких правовідносин.

Тож наступним етапом цього дослідження є питання динаміки особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами. Адже динаміка правовідношення надає можливість побачити його рух та розвиток через процеси виникнення, зміни та припинення.

Виникнення особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами, як стверджує С. О. Сліпченко, пов'язане з підставами, передбаченими законом, а сам закон є загальною та обов'язковою передумовою динаміки правових зв'язків [46, с. 22]. Як зазначає автор, учасники особистих немайнових правовідносин набувають прав та обов'язків щодо оборотоздатних благ особистих немайнових правовідносин не тільки в результаті народження чи в силу прямих приписів закону, а й шляхом вчинення дій, тобто в результаті реалізації своєї дієздатності [47, с. 479]. Отже, початок особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами пов'язаний з різними правопороджувальними юридичними

фактами, які безпосередньо залежать від особливостей самого особистого немайнового блага. Ними є: народження людини, досягнення людиною відповідного віку, смерть, юридичні вчинки тощо.

Розвиток особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами пов'язаний із правозмінювальними юридичними фактами (такими, як смерть, юридичні вчинки та юридичні акти, правочини) та полягає у зміні суб'єктивного складу чи змісту, а в деяких випадках – і зміні в об'єкті правовідносин [46, с. 22]. Така трансформація правовідношення зумовлена подвійністю не тільки самого блага, але й подвійністю правової природи особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами. Суть її полягає у можливості (неможливості) переходу суб'єктивних прав управомоченої особи до інших осіб. Зокрема, непередаваною (невідчужуваною, нездатною переходити від одного суб'єкта до іншого) в особистих немайнових правовідносинах, які виникають стосовно оборотоздатних об'єктів, є лише їх немайнова складова (особисті немайнові права). Разом із тим, майнова складова (право на використання нематеріального об'єкта, право надання третім особам доступу до свого нематеріального блага та його правомірного використання) може переходити до третіх осіб як за життя правообладателя, так і після його смерті [45, с. 415–416].

Відповідно, внаслідок правозмінного юридичного факту особисте немайнове правовідношення з оборотоздатним об'єктом із змішаного за своїм змістом правовідношення може трансформуватись у однорідне (чисте). Бо якщо правообладатель передає майнову складову, то немайнова, яка є непередаваною, не тільки складає зміст правовідношення, але вказує на те, що таке правовідношення має однорідний (чистий) та абсолютний характер. У цьому випадку саме благо, що стає об'єктом в межах такого правовідношення, може задовольняти лише немайнові інтереси свого благообладателя. Стосовно осіб,

щодо яких виникли абсолютні майнові правовідносини внаслідок передавання правообладателем майнових прав чи його смерті, то у цьому разі такі права мають однорідний (чистий) характер. А стосовно об'єкта такого правовідношення, то особа може задовольняти лише майнові інтереси через майнову цінність такого блага.

З цього виходить, що перехід усіх майнових прав, з одного боку, для правообладателя змінює правовідношення із змішаного абсолютного в однорідне абсолютне правовідношення, що має немайновий характер. З другого боку – для особи, що стає набувачем майнових прав в особистих немайнових правовідносинах, що виникають стосовно оборотоздатного нематеріального блага, створює підстави для виникнення майнових правовідносин, що мають однорідний за своїм змістом характер. Виникнення правовідносин у другій стороні за життя правообладателя пов'язане з переходом майнових прав, які складають зміст особистих немайнових правовідносин, об'єктом яких є оборотоздатне нематеріальне благо, а після його смерті – зі смертю.

Проте у межах такої концепції виникає низка наукових запитань. Зокрема потребує додаткового обґрунтування таке правове явище, як трансформація правовідношення (виділено мною – О. Р.), а саме, яким чином із змішаного правовідношення виникає дві групи однорідних за змістом, але неоднорідних за своїм характером правовідносин? Проблема полягає у запитанні: як саме відбувається така трансформація? Шляхом припинення одного правовідношення і одночасно виникнення двох інших, або через зміну одного шляхом поділу чи виділу в інші правовідносини? Науковий інтерес стосується й того випадку, коли факт смерті у порядку правонаступництва або трансформує змішані правовідносини в однорідне за своїм змістом правовідношення, що має майновий характер. При цьому зміна в правовідношенні проходить не тільки на рівні змісту, але й на рівні суб'єктного складу. Чи у цьому разі припиняється одне правовідношення (у нашому випадку – це правовідношення, що має змішаний

характер) і одночасно виникає інше (у нашому випадку – це правовідношення, що має майновий (однорідний) характер). А значить, можна припустити, що припинення одних правовідносин не означає, що воно припиняється у всіх своїх проявах. Це стосується тих майнових прав, які у випадку смерті переходять до інших осіб, чим встановлює для цих осіб правовий зв'язок з тими, для яких існує абсолютний обов'язок утримуватись від порушення таких абсолютних прав. За таких обставин права повинні мати резидуальний⁵ характер. Але це на науковому рівні ще необхідно довести та виявити можливість деякі права, які склали зміст одного правовідношення, що припинилось до переходу їх як частини змісту іншого правовідношення, у формі та якості, що існували до виникнення підстав для їх переходу.

З приводу цього в науці цивільного права існує два основні погляди. Перший полягає у тому, що деякі права з приводу особистих немайнових благ не переходять до інших, а виникають унаслідок та у зв'язку зі смертю особи. Цю позицію підтримав Р. О. Стефанчук, який такі права назвав постгтантивними [51, с. 534]. Інший погляд обґрунтував С. О. Сліпченко, і він зводить цю точку зору до того, що внаслідок смерті майнова складова (право на використання нематеріального об'єкта) може переходити до третіх осіб [45, с. 313]. Тобто відбувається трансформація правовідношення через зміну змісту та його суб'єктивного складу.

Позиція С. О. Сліпченка є більш допустимою та не викликає багато запитань. Бо скоріше та простіше можна пояснити процеси динаміки об'єкта від однієї особи до іншої через зміну суб'єктного складу в правовідношенні, ніж пояснювати, як такі об'єкти цивільних прав, як ім'я, честь, ділова репутація, зображення, особисті папери померлого, що були складовою одних правовідносин, які припинились, стають об'єктом інших правовідносин, що виникають внаслідок та у зв'язку зі смертю особи. Проте це не

⁵ Резидуальний (від лат. *residuus* – який залишився, зберігся, залишковий) – характеристика того, що залишилось після чого-небудь.

значить, що підхід Р. О. Стефанчука не має права на існування. Особливо коли це стосується права на повагу до людини, яка померла (ст. 298 ЦК України), де об'єктом стає тіло людини, яка померла, та її місце поховання; право бути присутніми при дослідженні причин смерті та ознайомлюватись із висновками щодо причин смерті тощо.

Ще одне питання, яке потребує його вирішення: чи відбувається трансформація самого блага, що має подвійну (дуалістичну) правову природу, у разі смерті правообладателя? Тобто з блага, що має подвійну (дуалістичну) правову природу, перетворюється (трансформується) у благо, що має лише майновий характер. Чи ніякої трансформації не відбувається, оскільки благо не може втратити свої немайнові властивості навіть внаслідок та у зв'язку зі смертю особи. Чи благо припиняє своє існування, оскільки виникає інше? Від вирішення цих питань залежить не тільки місце такого блага, що стає об'єктом цивільних прав в системі, а й розуміння його динаміки.

Отже, динаміка особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами виявила багато невирішених питань, які потребують окремого наукового обґрунтування та вирішення.

Варто зазначити, що концепцію С. О. Сліпченка ніякою мірою не піддано критиці, а лише вказано на ті моменти, які потребують додаткового пояснення та обґрунтування. Щодо змішаної правової моделі правовідношення, яку запропонував автор, як елемента механізму правового регулювання особистих немайнових відносин, що виникають з приводу оборотоздатних об'єктів, то вона має всі підстави для існування. По-перше, законодавець застосовує таку правову модель щодо відносин із приводу результатів інтелектуальної, творчої діяльності [61]. По-друге, в сфері знань про суще та належне відомо лише дві правові моделі правовідносин: однорідна (чиста) [44, с. 31–32] та змішана (конвергентна) [4, с. 110–111; 5, с. 115; 8, с. 286; 11, с. 278; 18, с. 419; 21, с. 76, 77; 24, с. 12; 48, с. 43; 49,

с. 11]. По-третє, іншої правової моделі з об'єктом, що має подвійну (дуалістичну) правову природу, в науці цивільного права ще не запропоновано.

Проте одне з завдань цього наукового дослідження полягає не стільки у виявленні слабких моментів взятої наукової концепції С. О. Сліпченка, скільки у її посиленні за рахунок створення альтернативної концепції для їх подальшого зіставлення та конкурування між собою. Для цього потрібно застосувати метод альтернативи, тобто метод вирішення проблем шляхом порівняння та взаємної критики теорій, що конкурують між собою [36, с. 485], щодо того чи іншого явища.

Сутність цього методу, який сформулював Карл Поппер, зводиться до того, що необхідно завжди відшукувати альтернативи доктринальним («істинним», догматичним) гіпотезам, точкам зору, теоріям, які вже існують, а потім зіштовхувати між собою ці альтернативи [38, с. 62] для того, щоб виявляти та усувати помилки. Очікують, що отриманих в результаті даних буде більше, ніж у всіх гіпотезах разом узятих. Таким чином, суть методу полягає не стільки в «критиці» теорії, скільки в уможливленні відкритті нових проблем і онтологічних схем [55]. З його допомогою К. Поппер прагнув вирішити проблему критичного перегляду змісту наукового знання. Він постійно зазначає, що наука – це динамічний процес, який супроводжується зміною теорій, які взаємодіють між собою, але не доповнюють одна одну [55].

Розвиваючи ідею К. Поппера, П. Фейєрбенда – відомий вчений, методолог науки – відзначив, що якщо альтернативної теорії, думки не існує, то їх необхідно винайти і вже потім зіставляти [19]. Навіть якщо загальноприйняті точки зору було б повністю підтверджено, обґрунтовано і доведено, їх все одно треба зіставляти з протилежними теоріями. З цього приводу справедливо зазначав Т. С. Кун: «Винахід альтернатив – це якраз той засіб, до якого вчені ... вдаються вкрай рідко» [25, с. 109]; будь-який науковий напрям порівняно байдуже ставиться до

критики ззовні, коли воно переживає стадію «нормальної науки» [36, с. 487].

Зіткнення ж альтернативних думок призводить, за словами К. Поппера, до отримання більших знань про предмет дослідження, появи нового стилю мислення в науці, виникнення нових гіпотез, появи нового рівня знань [38, с. 62], оскільки якою б досконалою й універсальною не здавалася у своєму застосуванні яка-небудь теорія, думка, позиція, їх істинну цінність можна з'ясувати лише після зіставлення з альтернативного [26, с. 47; 38, с. 64]. І чим більше нових і несподіваних проблем виникає в процесі навмисного зіткнення альтернативних точок зору, тим більший інтерес, на думку К. Поппера, забезпечено науці [37]. Бо, на погляд П. Фейєрабенда, альтернативи – це теоретичні конструкції, що перебувають у стані критичної дискусії, де теорії, точки зору, підходи постійно конкурують між собою, а їх боротьба сприяє розвитку тієї чи іншої наукової дисципліни [54, с. 277].

Отже, зіткнення альтернативних точок зору може призвести до появи нового стилю мислення в науці, виникнення нових гіпотез, появи нового рівня знань щодо предмета дослідження. А це, як наслідок, сприятиме розвитку тієї чи іншої наукової дисципліни, навіть якщо певні її сфери видаються досить обґрунтованими та/або досконалими. Бо через альтернативи перевіряють істинність тих чи інших знань на емпіричному рівні.

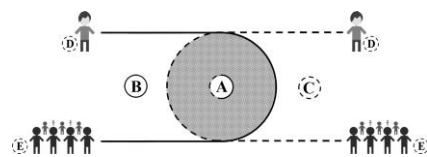
Повертаючись до нашого дослідження та виходячи з того, що С. О. Сліпченко пропонує в основу регулювання особистих немайнових відносин, що виникають із приводу оборотоздатних об'єктів, закласти змішану модель правовідносин, то з цього приводу варто викласти свої пропозиції.

Така позиція зводиться до того, що правові зв'язки, які виникають між учасниками з приводу блага, що має подвійну правову природу, потрібно побудувати не на єдності цих зв'язків, що складають зміст одного правовідношення, а на їх подільності. В основу такого поділу треба покласти цінність самого блага, що може задовольняти різні за своїм характером інтереси учасників, які зумовлюють виникнення не одного, а двох

однорідних (чистих) за змістом, але неоднорідних за своїм характером правовідносин. Тобто там, де особа може задовольняти свої інтереси за рахунок немайнової цінності блага, виникають немайнові правовідносини, а там, де інтерес особи направлений на задоволення майнової цінності блага – виникають майнові правовідносини.

Таку правову модель правовідносин запропоновано йменувати біполярною. Біполярний (бі... від лат. bi... дво..., двох... від bis двічі + лат. polaris від грец. polos вісь обертання) – той, що має дві протилежності, два полюси. У нашому випадку щодо одного і того ж блага виникають протилежні за своїм характером правовідносини, де одне має майновий, інше – немайновий характер. А отже, ніби навколо одного блага обертаються два правовідношення, що мають, один щодо іншого, протилежний характер, як дві сторони медалі. При цьому кожні з таких правовідносин мають абсолютний характер, через це встановлено правовий зв'язок між благообладателем та особами, для яких встановлюють обов'язок утримуватись від порушення прав благообладателя.

Відповідно, правовідносини, об'єктом яких є блага, що мають подвійну правову природу, як біполярну модель правовідносин можна зобразити у формі такого малюнка:



Де А – блага з подвійною правовою природою, В – немайнові правовідносини, С – майнові правовідносини, D – благообладатель (це може бути як одна і та ж особа, так і різні особи), E – абсолютно невизначене коло зобов'язаних осіб та суб'єктів публічного права.

При цьому початок динаміки таких правовідносин передбачає, що один і той же юридичний факт є підставою для виникнення не одних, а одночасно двох правовідносин, оскільки це передусім пов'язане з властивостями блага, що має подвійну правову природу, яке від початку

його існування вже містить у собі властивості як майнових, так і немайнових благ. При цьому, з огляду на те, що майнові права можуть переходити до інших осіб, що за такою правовою моделлю передбачає лише зміну суб'єктивного складу правовідношення з первісного благообладателя на похідного, то тісного зв'язку ця пара правовідносин між собою не має, проте має тісний зв'язок з їх благом, яке у своїй основі є єдиним та неподільним, а для правовідносин є їх основою. Але необхідно мати на увазі, що це є правильним лише в тій частині, що відповідає характеру того чи іншого правовідношення. Бо благо не може мати одночасно властивості як майнових, так і немайнових благ, тобто бути змішаним за своєю природою, а також не може бути поділене з одного на два за критерієм майновості.

Відповідно, за такою правовою моделлю правовідносин зникає необхідність в поясненні тих випадків, коли із змішаного правовідношення виникає дві групи однорідних за змістом, але неоднорідних за своїм характером правовідносин. Оскільки передавання майнових прав супроводжується зміною лише в суб'єктивному складі абсолютного правовідношення, яке оформлюють через відносне правовідношення, що виникає між управомоченою особою та набувачем.

Це стосується й запитання: чи проходить у разі смерті правообладателя трансформація блага, що має подвійну (дуалістичну) правову природу, у благо, що має лише майновий характер? В межах такої правової моделі це запитання юридично стає байдужим, бо якщо благо й має немайнові властивості, то інтерес особи не може бути задоволений за відсутністю самої особи. Тобто з припиненням особистого немайнового правовідношення перестав існувати немайновий інтерес особи, оскільки її вже немає, проте це не означає, що певні немайнові властивості блага перестають існувати.

Цінність такого підходу полягає у тому, що на цій основі можна побудувати й інші правовідносини, об'єктом яких є блага, що мають подвійну правову природу. Зокрема

це стосується правовідносин, що виникають стосовно результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Бо результат інтелектуальної, творчої діяльності має властивості як майнових, так і не майнових благ. На це звернув увагу і С. О. Сліпченко, порівнюючи оборото-здатні об'єкти особистих немайнових правовідносин із результатами інтелектуальної, творчої діяльності. Він зазначив, що об'єкти таких правовідносин мають натуральну оборотоздатність, здатні перебувати в обороті, містять у собі властивості як майнових, так і немайнових благ [45, с. 407], здатні розглядатися об'єктом як майнових, так і немайнових прав [45, с. 416], а також їх залучають до обороту через допуск до них третіх осіб [45, с. 407].

Що стосується відносин, які виникають з приводу інформації, то їх регулювання треба побудувати теж на біполярній моделі, але за умов, якщо благо таких правовідносин має властивості як майнових благ, так і немайнових.

Варто відзначити, що питанням у межах концепції С. О. Сліпченка, є поняття «особистого немайнового правовідношення», яке з точки зору автора має умовний характер, а обсяг такого поняття вбирає в себе не тільки особисту немайнову, а й майнову складові [45, с. 34–35, 258, 264, 315]. При цьому обсяг поняття «особисте немайнове правовідношення» автор розглядає у двох аспектах: 1) ті, що виникають стосовно оборотоздатних об'єктів; 2) ті, що виникають стосовно необоротоздатних нематеріальних благ [45, с. 8, 431]. Відповідно, це стало підставою для поділу автора нематеріальних благ, за критерієм їх оборотоздатності, на необоротоздатні (які мають моністичну природу, тобто є тільки нематеріальними та немайновими) та оборотоздатні (які мають подвійну природу, тобто є нематеріальними, але несуть у собі немайнову та майнову цінність) [45, с. 255–256, 259].

Із наведеними класифікаціями та умовностями можна було б і погодитись, проте тут виникає проблема термінологічного позначення. Зокрема, обсяг поняття «особисте немайнове

правовідношення» передбачас, що його потрібно розкривати через обсяг таких понять, як «особисте», «немайнове» та «правовідношення». Більше звертає на себе увагу обсяг поняття «немайнове», яке з його назви передбачас, що щось позбавлене економічного [6, с. 12; 31, с. 13; 41, с. 8–10] чи то майново-грошового змісту [50, с. 93], або не може бути точно оцінене [31, с. 13], не має товарності [23, с. 11]. Відповідно, щось немайнове не може мати також й майнових властивостей, оскільки одне з другим має взаємовиключний характер. В цьому сенсі обсяг поняття «особисте немайнове правовідношення» можна розкривати лише через той зміст, який відповідає тому, що є визначальним. Принаймні в науці, як і в законі, мова має бути чіткою, ясною і зрозумілою.

За таких обставин у концепції С. О. Сліпченка запропоновано обсяг поняття «особисте немайнове правовідношення» замінити на інше, ширше за своїм обсягом поняття, що охоплювало б не тільки немайнову, а й майнову складову. Проте, оскільки визначальним для змісту та характеру правовідношення є його об'єкт, то спочатку варто розібратися зі самою класифікацією благ, яка б визначила місце тих нематеріальних благ, які мають подвійну природу, але виражають індивідуальність фізичних та юридичних осіб.

Для цього висхідним для визначення класифікації благ за критерієм зв'язку їх з особою варто покласти особисті блага, що мають подвійну природу, тобто є нематеріальними, але несуть у собі немайнову та майнову цінність. З огляду на те, що такі блага мають властивості до обороту, але в частині їх майнової складової, то вони є оборотоздатними не повністю, а лише частково. Відповідно, такі блага в класифікації потрібно називати «особистими частково оборотоздатними благами».

Проте не всі особисті блага здатні до цивільного обороту. На це у своєму дослідженні звертає увагу С. О. Сліпченко та відносить до них життя, особисте життя, гідність, здоров'я, індивідуальність тощо [45, с. 256]. Таку групу запропоновано

йменувати «особистими немайновими благами».

Крім цього, в науці цивільного права відстоюють позицію, що не лише особисті немайнові блага можуть мати особистий характер, деякі майнові блага теж мають тісний зв'язок з особою. Так, М. М. Агарков свого часу писав, що термін «особисті права» використовують зокрема і для позначення прав, що належать окремій особистості. В цьому розумінні особистим правом є, до прикладу, особиста власність. Особистими правами називають ті майнові права, які не можуть бути відчужені, наприклад: право на пенсію, на заробітну плату тощо [17, с. 300]. При цьому варто зауважити, що якщо права є особистими, то і блага не позбавлені тоді такої властивості.

Існування особистих майнових прав допускає І. В. Спасибо-Фатеева [48, с. 34] та Р. О. Стефанчук [50, с. 45–46]. Вони наводять приклади, де в законодавстві використано термін «особисте». Так, у ЦК вжито термін «особисте» стосовно майна (ст. 52, про це також зазначено в ст. 73 СК), речей (ст. 974 ЦК), паперів (статті 303–305, 1240), боргів (ст. 149), вимог (статті 576, 656), страхування (статті 980, 988 тощо), сервітуту (статті 401, 406), поведінки (статті 33, 238, 240, 527 тощо) як приписи вчиняти певні дії особисто, зокрема трудової діяльності (статті 163, 164) тощо [48, с. 33–34; 50, с. 45–46]. Також у науці цивільного права відстоюють позицію, що особистими майновими правами є право доступу до твору [39, с. 6] і право слідування [39, с. 6; 42, с. 12], право на отримання відшкодування, що випливає з домовленості про добровільне відшкодування шкоди [1, с. 10] тощо. Парною до права категорією є обов'язок, який теж може мати особистий характер. Це стосується особистого прийняття виконання кредитором (ч. 1 ст. 527 ЦК України), особистого користування річчю за договором позики (п. 2 ч. 2 ст. 833 ЦК України), особистого виконання за договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт (ч. 1 ст. 893 ЦК України), за договором про надання послуг (ч. 1 ст. 902 ЦК України), за договором

зберігання (ч. 1 ст. 943 ЦК України), за договором доручення (ст. 1005 ЦК України), особистої майнової відповідальності [30, с. 5–6] тощо, але у випадках, якщо це передбачено договором або законом, або якщо це випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. Отже, ті майнові блага, які мають тісний зв'язок з особою, потрібно йменувати «особистими майновими благами».

За таких обставин «особисті немайнові блага», «особисті майнові блага» та «особисті частково оборотоздатні блага» є поняттями нижчого рівня (видовими), які треба об'єднати одним обсягом поняття «особисті блага», що є поняттям вищого рівня (родовим).

Щодо системи правовідносин, які виникають із приводу вказаних благ, то вона залежить від змішаної моделі правовідносин. Тобто якщо така модель правовідношення є частиною механізму правового регулювання цивільних відносин (нормативна класифікація) або її приймають у науці цивільного права (доктринальна класифікація), то систему «особистих правовідносин» як поняття вищого рівня (родове) складають «особисті немайнові правовідносини», «особисті майнові правовідносини» та «особисті правовідносини з частково оборотоздатним благом». Інша ситуація, якщо замість змішаної моделі правовідношення застосовують альтернативну – біполірну модель правовідносин. У цьому разі систему «особистих правовідносин» як поняття вищого рівня (родове) будуть складати «особисті немайнові правовідносини» та «особисті майнові правовідносини».

Щодо питання приналежності відносин, що виникають із приводу особистих частково оборотоздатних благ чи інших благ, що мають подвійну правову природу до предмета цивільного права, то тут є дві проблеми.

Перша полягає у тому, що не всі блага, які мають подвійну правову природу, охоплює ст. 177 ЦК України. Це стосується особистих частково оборотоздатних благ, бо хоча їх природа є нематеріальною та з першого погляду її мала б охоплювати

ст. 177 ЦК України, проте коло нематеріальних благ розкриває Гл. 15 ЦК України та має вичерпний характер. Зокрема, ст. 201 ЦК України «Особисті немайнові блага» передбачає, що коло благ, які перераховані у цьому положенні, а також інші блага, які охороняє цивільне законодавство, позбавлені майнового змісту. Проте не всі блага, які перераховані в цій нормі, насправді мають моністичну немайнову природу, деякі з них (честь, ділова репутація, ім'я (найменування)) мають подвійну правову природу, бо проявляють не тільки немайнові, а й майнові властивості. За таких обставин ст. 201 ЦК України запропоновано розширити за своїм обсягом шляхом заміни словосполучення «особисті немайнові блага» на «особисті блага». При цьому обсяг поняття «особисті блага» в цій нормі пропонується розглядати звужено, бо воно виключає можливість в охопленні тих благ, які запропоновано йменувати «особистими майновими благами», оскільки вони за своєю природою є матеріальними.

Щодо групи інкорпоруальних благ (послуги, майнові права, бездокументарні цінні папери, безготівкові гроші тощо [47, с. 298, 300]), якими є усе те, що здатне оцінюватись у грошах та бути об'єктом майнових прав [47, с. 300], має нематеріальну природу, але не увійшло до нематеріальних благ [47, с. 297] згідно з законом, то їх приналежність до особистих майнових благ залежить від тісного зв'язку їх з особою за умов, що такі блага мають моністичну природу. Проте чи варто їх включати до змісту ст. 201 ЦК України, окремим положенням, або в Гл. 15 ЦК України, окремою нормою, на жаль, залишається відкритим питанням, оскільки для цього необхідно проводити окреме дослідження.

За таких обставин блага, що стають об'єктом цивільних прав (правовідносин), є одним із критеріїв визначення цивільних відносин, які регулюються позитивним цивільним правом. Це вказує на те, що правовідносини, об'єктом яких є блага, які не охоплюються ст. 177 ЦК України, не може бути визнано цивільними, навіть за умов, що вони відповідають іншим

необхідним критеріям, визначеними ст. 1, 2 та 11 ЦК України. Зокрема, в межах ст. 177 ЦК України не є об'єктами цивільних прав (правовідносин) особисті частково оборотоздатні блага, неособисті немайнові блага, особисті немайнові права (ч. 4 ст. 423 ЦК України) [59], майновий обов'язок (ч. 1 ст. 190 ЦК України), дії немайнового характеру (ч. 1 ст. 1240 та ст. 1305 ЦК України), деякий приватний інтерес (наприклад, у страхових правовідносинах)⁶, що є об'єктом певних правовідносин, ембріон людини (що імплантований у матку жінки), організм людини (у відносини з надання медичної допомоги [29, с. 59]), досвід (наприклад, правовідносини, що виникають із приводу переходу спортсмена з одного спортивного клубу до іншого, його «оренди», «викупу» тощо), у тому числі комерційний досвід (ч. 1 ст. 1116 ЦК України), професійні та інші знання, навички та вміння, ділові зв'язки (ч. 1 ст. 1133 ЦК України) тощо. А, відповідно, правовідносини, які виникають із приводу таких об'єктів, на жаль, не охоплюються предметом цивільного права. Тож така невідповідність потребує подальшого наукового переосмислення щодо системи об'єктів цивільних прав (правовідносин). А в цьому вбачається вада системного характеру в механізмі правового регулювання цивільних відносин.

Друга проблема полягає у тому, що критерієм приналежності певних відносин до предмету цивільного права є не тільки характер, а і специфіка їх регулювання, що проявляється через форму упорядкування цих відносин, утворюючи у сфері права відповідну їх модель [58, с. 154; 61]. Зокрема, в контексті положення ч. 1 ст. 1 ЦК України це відображено у такому: «... особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини) ...». Таке положення передбачає, що цивільне законодавство допускає до регулювання лише особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), а останні і охоплює предмет цивільного права. Внаслідок регулятивної

дії норм позитивного права на відповідні відносини останні набувають характеру правовідносин. З огляду на підхід законодавця, такими правовідносинами є особисті немайнові та майнові правовідносини (цивільні правовідносини), які за своєю внутрішньою будовою (об'єкт та зміст) мають однорідний (чистий) характер. Тобто особисте немайнове правовідношення передбачає, що його об'єктом є ті блага, які мають у собі немайнові властивості. Права та обов'язки за таких обставин теж мають немайновий характер, бо слідують за його об'єктом та тісно пов'язані з ним. Це стосується й майнових правовідносин, оскільки їх об'єктом є блага, які мають у собі майнові властивості, а змістом є лише ті права та обов'язки, які мають майновий характер. Відповідно, у цьому і проявляється однорідність правової моделі цих правовідносин. А це вказує на те, що інші відносини, які регулюються чинним законодавством та мають правову модель, відмінну від легально закріпленої в ч. 1 ст. 1 ЦК України, а також не збігаються за своєю природою з чистими майновими та немайновими відносинами, не можуть бути визнаними цивільними, навіть за умов, що такі відносини засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, а також відповідають іншим критеріям, що визначені ЦК України. Наприклад, це стосується змішаних за своїм змістом правовідносин, які в межах законодавчого підходу, концепту ст. 1 ЦК України, а це стосується відносин, які засновані на цій моделі чомусь випали з предмету цивільного права, до яких, зокрема, відносяться, з огляду на ЦК України, правовідносини, що виникають з приводу результатів інтелектуальної творчої діяльності. Безумовно, в цьому сенсі акти цивільного законодавства потребують певної ревізії та перегляду в частині концепту цивільних відносин в межах предмету цивільного права, оскільки з огляду на підхід законодавця він має звужений характер, адже не відображає усі доктринальні підходи до структури та системи цивільного права через визначення його предмета та критеріїв, за якими його потрібно визначати.

⁶ Проте варто висунути припущення, що не всі цивільні інтереси можуть бути об'єктом цивільних прав (правовідносин), лише ті, які для їх реалізації потребують вступу у певні правовідносини.

Підводячи підсумок, потрібно зазначити, що застосування методу альтернативи надало можливість змоделювати інший підхід до регулювання відносин, які виникають із приводу благ, що мають подвійну правову природу. Такий підхід полягає у тому, що з приводу одного і того ж блага має виникати кілька різних за своїм характером правовідносин, за умов, що таке благо має подвійну правову природу, тобто має властивості як майнових, так і немайнових благ. При цьому там, де благо направлене на задоволення немайнового інтересу особи, воно є об'єктом немайнових правовідносин. Там, де благо направлене на задоволення майнового інтересу особи, воно є об'єктом майнових правовідносин.

На такій правовій моделі (біполярній) запропоновано побудувати регулювання тих відносин, об'єктом яких є блага, що мають подвійну правову природу. Зокрема,

це стосується відносин, що виникають стосовно результатів інтелектуальної, творчої діяльності, особистих частково оборотоздатних благ, а також деяких відносин із приводу інформації.

За таких обставин правова модель правовідношення, яка має своє правове закріплення в позитивному праві, є формою правового впливу на певні суспільні відносини, бо через пізнання права у питанні моделі правовідношення можна зрозуміти, як саме організують та упорядковують соціальні зв'язки, які у чітко визначеній схемі втілюють у певну юридичну оболонку як єдність змісту та форми. В цьому сенсі модель правовідношення функціонально виявляється, з одного боку, методом пізнання права та врегульованих ним суспільних відносин, а з іншого – методом правового впливу на відповідні суспільні відносини.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Бакунин С. Н. Гражданско-правовая защита жизни и здоровья гражданина : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Сергей Николаевич Бакунин. – М., 2005. – 45 с.
2. Баранов В. М., Мареев Ю. А. Юридические конструкции: сценарий компьютерного урока / В. М. Баранов, Ю. А. Мареев // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В. М. Баранова. – Н. : Новгород, 2000. – С. 726–735.
3. Белов В. А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий / В. А. Белов // Объекты гражданского оборота : сб. ст.; отв. ред. М. А. Рожкова. – М. : Статут, 2007. – С. 70.
4. Борисова В. І. До чинників, що характеризують цивільне право України як галузь приватного права / В. І. Борисова // Вісн. Акад. правових наук України. – 2005. – №2. – С. 105–116.
5. Брагинский М. И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных прав // Гражданский кодекс России: Проблемы, теория, практика; Сборник памяти С. А. Хохлова. – М. : Международный центр финансово-экономического развития, 1998. – С. 113–130.
6. Вилейта А. П. Личные неимущественные правоотношения по советскому гражданскому праву : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. П. Вилейта. – Вильнюс, 1967. – С. 12.
7. Гетьман С. А. Кодифікаційна техніка як різновид нормотворчої техніки / С. А. Гетьман // Державне будівництво та місцеве самоуправління: зб. наук. пр. / ред. кол.: Ю. П. Битяк та ін. – Х.: Право, 2009. – Вип. 17. – С. 130–142.
8. Гражданское право : учебник. Ч. 2 / Е. Ю. Валявина, Н. П. Василевская, Н. Д. Егоров, И. В., Елисеев и др.; Отв. ред. : А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. – М. : Проспект, 1998. – 784 с.
9. Дело «Pompidou v. L'Express», 4 апреля 1970 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.adilsoz.kz/old/1&l/2002/06/03/01page.htm#Право%20на%20собственное%20изображение>
10. Дженіс М. Європейське право у галузі прав людини: джерела та практика застосування / М. Дженіс, Р. Кей, Е. Бредлі : пер. з англ. – К. : АртЕк, 1997. – 624 с.
11. Договорное право: Общие положения. Кн. 1 / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – 2-е изд., испр. – М. : Статут, 1999. – 848 с.
12. Евтеева Е. Горячий спор за имя Тая [Электронный ресурс] // Юридическая практика. – № 5 (318). – 03.02.2004. – Режим доступа : <http://www.yurpractika.com/article.php?id=10002788>
13. Еннан Р. С. Сутність права інтелектуальної власності / Р. С. Еннан // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 38. – С. 46–55
14. Ефективність рішень Європейського суду з прав людини, або справи, розглянуті з 1959 по 1998 рік [Електронний ресурс] / (текст із веб-сайту Український портал практики Європейського суду з прав людини) // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 1999. – № 4. – Режим доступу : <http://www.eurocourt.org.ua/Article.asp?Aldx=112>
15. Європейський суд з прав людини. Справа «Оудженія Мішпелідоу, Міхаель Тімвіос та

- Дімеїд проти Туреччини» // Юридичний журнал. – 2003. – № 12. – С. 118
16. Жуков В. І. Законодавство України про інтелектуальну власність: колізія законів / Віктор Іванович Жуков // Матеріали міжнародної конференції (Київ, 30 червня – 01 липня 2010 р.). Проект ЄС «Вдосконалення стратегій, політики та врегулювання інновацій в Україні». – К.: Фенікс, 2010. – С. 18–25.
17. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. : Т. 2 / Михаил Михайлович Агарков. – М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. – С. 300 (452 с.)
18. Кашанина Т. В. Корпоративное право (право хозяйственных товариществ и обществ): Учебник для вузов / Т. В. Кашанина. – М., 1999. – 815 с.
19. Кемеров В. Философская энциклопедия [Электронный ресурс]. – В. Кемеров. – Панпринт, 1998 г. – Режим доступа : <http://terme.ru/dictionary/183/word/%CC%C5%D2%CE%C4+%C0%CB%DC%D2%C5%D0%C D%C0%D2%C8%C2>.
20. Колосов В. Право на изображение в Российской праве с учетом зарубежного опыта [Электронный ресурс] / В. Колосов, М. Шварц // Интеллектуальная собственность: Авторское право и смежные права. – 2008. – № 4. – Режим доступа : http://www.kolosoov.info/misc/pravo_na_izobrazhenie4site.pdf
21. Кораблева М. С. Защита гражданских прав: новые аспекты / М. С. Кораблева // Актуальные проблемы гражданского права. Сборник статей. – М. : Статут, 1999, Вып. 1. – С. 76–108.
22. Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві : Монографія / Олена Велеонівна Кохановська. – К. : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. – 463 с.
23. Красавчикова Л. О. Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации / Л. О. Красавчикова. – Екатеринбург : Уральские военные вести, 1994. – С. 11.
24. Кривобок С. В. Правочини з підприємством як єдиним майновим комплексом : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Світлана Володимирівна Кривобок. – Х., 2008. – 20 с.
25. Кун Т. С. Структура научных революций / Томас Сэмюэл Кун. – М.: Прогресс, 1977. – 300 с.
26. Куц В. Н. Методология и методика уголовно-правового исследования / В. Н. Куц // Методология наукового дослідження у галузі права: проблеми та перспективи розвитку : зб. наук. праць. – Х. : Нац. ун-т внутр. справ, 2004. – С. 47.
27. Лапач В. А. Система объектов гражданских прав. Теория и судебная практика / В. А. Лапач. – С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2002. – 544 с.
28. Любовные послания отвергнутой Мадонны будут проданы в Нью-Йорке [Электронный ресурс]. Режим доступа : http://5-l.net/index.php?option=com_content&task=view&id=49&Itemid=1
29. Майданік Р. Договір про надання медичних послуг // Медичне право. – 2010. – № 5. – С.52–66.
30. Малени Н. С. О личной имущественной ответственности за нарушение хозяйственных обязательств / Николай Сергеевич Малени // Советская юстиция. – М. : Юрид. лит., 1968, № 6. – С.5–6.
31. Маленина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита / М. Н. Маленина. – М. : МЗ Пресс, 2000. – С. 13.
32. Маркарьян Р. В. Безымянная «Звезда» [Электронный ресурс] // Человек и закон. – № 10. – 2004. – Режим доступа : <http://www.russich.ru/zvvezd.shtml>
33. Мониторинг нарушений свободы слова в Казахстане в октябре 2009 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.geokk.tv/article.php?aid=9776>
34. Нимитц против Германии. Судебное решение от 16 декабря 1992 г. [Электронный ресурс] / Решение Европейского суда по правам человека (текст решения Европейского суда с вебсайта : Европейская конвенция о защите прав человека: право и практика). – Режим доступа : <http://www.echr.ru/documents/doc/2461421/2461421.htm>
35. Новоселова А. А. Вещные правоотношения : Содержание и развитие : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Анна Александровна Новоселова. – Волгоград, 2007. – 20 с.
36. Пивоваров В. Д. Метод альтернатив // Современный философский словарь / Под общ. ред. д.ф.н., проф. В.Е. Кемерова. – 2-е изд. – Лондон; Франкфурт-на-Майне; Париж; Люксембург; Москва; Минск: ПАНПРИНТ, 1998. – С. 485.
37. Пивоваров В. Д. Метод альтернатив в современной философии науки и его границы [Электронный ресурс] / В. Д. Пивоваров // Филос. науки. – 1979. – № 6. – С. 106–113. – Режим доступа : <http://terme.ru/dictionary/183/word/%CC%C5%D2%CE%C4+%C0%CB%DC%D2%C5%D0%C D%C0%D2%C8%C2>.
38. Поппер Карл Р. Объективное знание. Эволюционный подход / Пер. с англ. Д. Г. Лахути. Отв. ред. В. Н. Садовский. – М.: Эдиториал УРСС, 2002. – С. 62.
39. Расулов Б. Р. Личные неимущественные права автора произведения. Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Бехзод Разакович Расулов. – М., 2010. – 206 с.
40. Решение Европейского Суда по делу Ван Марле против Нидерландов (Постановление ЕСПЧ от 26.06.1986) / Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции РФ. – С. 100–232
41. Ромовская З. В. Личные неимущественные права граждан СССР (понятие, виды, классификация, содержание, гражданско-правовая защита) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / З. В. Ромовская. – К., 1968. – С. 8–10
42. Семиволкова А. М. Право следования в законодательстве России и западноевропейских стран : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Анастасия Михайловна Семиволкова. – М., 2011. – 28 с.
43. Сібільов М. М. Предмет приватного (цивільного) права / М. М. Сібільов // Права доктрина України : у 5 т. Т. 3 : Доктрина

- приватного права України / Н. С. Кузнецова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін. ; за заг. ред. Н. С. Кузнецової. – Х. : Право, 2013. – С. 140–155.
44. Сліпченко С. А. Некоторые вопросы классификации гражданских правоотношений / С. А. Сліпченко // Четверті юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвячені пам'яті Є. В. Васьковського : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 16 травня 2014) / упоряд. та відповід. ред. І. С. Канзафарова ; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечникова. – Одеса : Астропринт, 2014. – С. 31–32.
45. Сліпченко С. О. Механізм правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / С. О. Сліпченко. – Харків, 2013. – 453 с.
46. Сліпченко С. О. Механізм правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Святослав Олександрович Сліпченко. – Харків, 2014. – 44 с.
47. Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів : монографія / Святослав Олександрович Сліпченко. – Х. : Діса плюс, 2013. – 552 с.
48. Спасибо-Фатєєва І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин : вибр. наук. пр. / Інна Валентинівна Спасибо-Фатєєва. – Х. : Золоті сторінки, 2012. – 696 с.
49. Спасибо-Фатєєва І. В. Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Інна Валентинівна Спасибо-Фатєєва. – Х., 2000. – 36 с.
50. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред. Я. М. Шевченко. – К: КНТ, 2007. – 626 с.
51. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : моногр. / Р. О. Стефанчук ; відп. вед. Я. М. Шевченко. – К. : КНТ, 2008. – С. 534.
52. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Стефанчук Руслан Олександрович ; НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корєцького. – К., 2007. – 541 с.
53. Суд запретил использовать имя Юрия Гагарина [Електронний ресурс] // Новые известия. 2007. – Режим доступу : <http://www.newizv.ru/news/2007-10-08/77561>
54. Фейерабенд П. Против метода. Очерк анархистской теории познания / Пол Фейерабенд; пер. с англ. А. Л. Никифорова. – М. : АСТ: АСТ МОСКВА: ХРАНИТЕЛЬ, 2007. – 413 с.
55. Философия науки и техники : конспект лекций для адъюнктов и аспирантов [Електронний ресурс] / К. Н. Хабибуллин, В. Б. Коробов, А. А. Луговой, А. В. Тонконогов; Под ред. В. С. Артамонова. – М. : Высш. образование, 2008. – 192 с. – Режим доступу : <http://eurasialand.ru/txt/nauteh/33.htm>
56. Чевычелов В. В. Юридическая конструкция : Проблемы теории и практики : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Владимир Владимирович Чевычелов. – Нижний Новгород, 2005. – 180 с.
57. Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике / А. Ф. Черданцев. – Екатеринбург: Изд-во УИФ «Наука», 1993. – 192 с.
58. Шпика О. Р. Бісцєфальна модель правовідносин в механізмі цивільно-правового регулювання // Проблеми цивільного права та процесу : Матеріали наук.-практ. конф., присвяченої пам'яті професора О. А. Пушкіна (30 травня 2015 р.). – Харків : Харківський національний університет внутрішніх справ, 2015. – С. 153–161.
59. Шпика О. Р. Особисті немайнові права за ЦК України: що це? // Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав: матеріали «круглого столу», присвяч. пам'яті проф. Чингізхана Нуфатовича Азімова, м. Харків, 8 грудня 2005 (? було 205) р. / Нац. Юрид. Ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2016. – С. 103–108.
60. Шпика Р. Б. Охорона прав суб'єктів інтелектуальної власності у цивільному праві України : Дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Роман Богданович Шпика ; Національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2004. – 469 с.
61. Шпика О. Р. Місце відносин інтелектуальної власності в предметі цивільного права // П'яті юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвячені пам'яті Є. В. Васьковського : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 22 травня 2015 р.) / відповід. ред. І. С. Канзафарова ; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечникова. – Одеса : Астропринт, 2015. – С. 266–271
62. D'Estaing v. M. Ways, 15 октября 1976 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.adilsoz.kz/old/l&l/2002/06/03/01page.htm#Право%20на%20особственное%20изображение>
63. Dorleac v. Ste Presse Office, 14 мая 1975 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.adilsoz.kz/old/l&l/2002/06/03/01page.htm#Право%20на%20особственное%20изображение>
64. Ewa Kurowska-Tober. Commercial use of the right to a likeness. Part I [Електронний ресурс] / Ewa Kurowska-Tober. – Режим доступу : <http://www.warsawvoice.pl/view/7088> (24.05.2006)

REFERENCES

1. Bakunin S. N. *Grazhdansko-pravovaja zashchita zhizni i zdorov'ja grazhdanina* [The civil legal of protection of life and health of citizens]: avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk: 12.00.03 / Sergej Nikolaevich Bakunin. Moskva, 2005. 45 p. [in Russian].
2. Baranov V. M., Mareev Ju. L. *Juridicheskie konstrukcii: scenarij komp'juternogo uroka* [The legal designs : computer lesson scenario] / V. M. Baranov, Ju. L. Mareev // Problemy juridicheskoi tehniki: Sbornik statej. Pod red. V. M. Baranova. N. Novgorod, 2000. P. 726–735 [in Russian].
3. Belov V. A. *Ob'ekt sub'ektivnogo grazhdanskogo prava, ob'ekt grazhdanskogo pravootnoshenija i ob'ekt grazhdanskogo oborota: sodержanie i sootnoshenie ponjatij* [The object of subjective civil law, object of civil legal relationship and object of civil circulation: contents and ratio of concepts]. V. A. Belov. Obekty grazhdanskogo oborota : sb. st.; otv. red. M. A. Rozhkova. M. Statut, 2007. P. 70. [in Russian].
4. Borysova V. I. *Do chynnykh, shcho kharakteryzuiut tyvylne pravo Ukrainy yak haluz' pryvatnogo prava* [To factors which characterize civil law of Ukraine as branch of private law]. V. I. Borysova. Visn. Akad. pravovykh nauk Ukrainy. 2005. № 2. P. 105–116. [in Ukrainian].
5. Braginskij M. I. *K voprosu o sootnoshenii veshnyh i obyazatel'stvennyh prav* [On the question of the relation between rights in rem and liability right]. Grazhdanskij kodeks Rossii: Problemy, teorija, praktika; Sbornik pamjati S. A. Hohlova. M. : Mezhdunarodnyj centr finansovo-jekonomicheskogo razvitiya, 1998. P. 113–130. [in Russian].
6. Vilejta A. P. *Lichnye neimusbestvennye pravootnoshenija po sovet'skomu grazhdanskomu pravu* [Personal non-property legal relationship on the Soviet civil law]: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk / A. P. Vilejta. – Vil'njus, 1967. – 19 p. [in Russian].
7. Hetman Ye. A. *Kodyfikatsiina tekhnika yak riznoryd normotvorchoi tekhniki* [The technique of codification as a kind of rule-making machinery] / Ie. A. Hetman // Derzhavne budivnytstvo ta mistseve samovriaduvannia: zb. nauk. pr. / red. kol.: Yu.P. Bytiak ta in. – Kh.: Pravo, 2009. – Vyp. 17. – p. 130–142. [in Ukrainian].
8. *Grazhdanskoje pravo* [The civil law]: uchebnyk. Ch. 2 / Valjavina E. Ju., Vasilevskaja N. P., Egorov N. D., Eliseev I. V., i dr.; Otv. red. : Sergeev A. P., Tolstoj Ju. K. Moskva: Prospekt, 1998. 784 p. [in Russian].
9. *Delo «Pompidou v. L'Express», 4 aprylja 1970* [The court case «Pompidou v. L'Express», on April 4, 1970]. Available : <http://www.adilsoz.kz/old/1&l/2002/06/03/01page.htm#Pravo%20na%20sobstvennoe%20izobrazhenie> [in Kazakhstan].
10. Dzhenis M. *Yevropeiske pravo u haluzi prav liudyny: dzherela ta praktyka zastosuvannia* [The European right in the field of human rights: sources and practice of application]. M. Dzhenis, R. Kei, E. Bredli : per. z anhl. K. ArtEk, 1997. 624 p. [in Ukrainian].
11. *Dogovornoe pravo: Obshhie polozenija* [Contract law: General provisions]. Kn. 1 / Braginskij M. I., Vitrijanskij V. V. 2-e izd., ispr. M. : Statut, 1999. 848 p. [in Russian].
12. *Enteera E. Gorjachij spor za imja Taja* [Hot discussion for a name of Tye]. Juridicheskaja praktika. № 5 (318). 03.02.2004. Available : <http://www.yurpractika.com/article.php?id=10002788> [in Ukrainian].
13. Ennan R. Ye. *Sutnist prava intelektualnoi vlasnosti* [Essence of intellectual property right] / R. Ye. Ennan. Aktualni problemy derzhavy i prava. 2008. Vyp. 38. p. 46–55. [in Ukrainian].
14. *Efektivnist risben Yevropeiskoho sudu z prav liudyny, abo spravy, rozghlanuti z 1959 po 1998 rik* [Efficiency of decisions of the European Court of Human Rights, or business which have been considered from 1959 to 1998] (tekst z veb-saitu Ukrainskyi portal praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny). Praktyka Yevropeiskoho sudu z prav liudyny. Rishennia. Komentari. 1999. № 4. Available : <http://www.eurocourt.org.ua/Article.asp?Aldx=112> [in Ukrainian].
15. *Yevropejskyi sud z prav liudyny. Sprava «Dudzheniia Mishelidon, Mikhael Tymrios ta Dimeids proty Turechchyny»* [European Court of Human Rights. Lawsuit «Eugenia Michaelidou Developments Ltd and Michael Tymrios – Turkey»]. Yurydychni zhurnal. 2003. № 12. p. 118. [in Ukrainian].
16. Zhukov V. I. *Zakonodavstvo Ukrainy pro intelektualnu vlasnist: kolizija zakoniv* [Legislation of Ukraine on intellectual property: collision of laws]. Viktor Ivanovych Zhukov. Materialy mizhnarodnoi konferentsii (Kyiv, 30 chervnia – 01 lypnia 2010 r.). Proekt YeS «Vdoskonalennia stratehii, polityky ta vrehuliuвання innovatsii v Ukraini». K.: Feniks, 2010. p. 18–25 [in Ukrainian].
17. *Izbrannye trudy po grazhdanskomu pravu. [The chosen works on civil law]. V 2-h t. : T. 2. Mihail Mihajlovich Agarkov. M. AO «Centr JurInfoR», 2002. 452 p. [in Russian].*
18. Kashanina T. V. *Korporativnoe pravo (pravo boz'jajstvennyh tovarishbestv i obshbestv): Uchebnyk dlja vuzov* [Corporate law (right of economic associations and societies): The textbook for higher education institutions]. T. V. Kashanina. M., 1999. 815 p. [in Russian].
19. Kemerov V. *Filosofskaja jenciklopedija* [Philosophical encyclopaedia]. V. Kemerov. Panprint, 1998 g. Available : <http://terme.ru/dictionary/183/word/%CC%C5%D2%CE%C4+%C0%CB%DC%D2%C5%D0%CD%C0%D2%C8%C2> [in Russian].
20. Kolosov V. *Pravo na izobrazhenie v Rossijskom prave s uchetom zarubezhnogo opyta* [The right for the image in Russian law taking into account foreign experience]. V. Kolosov, M. Shvarc. Intellektual'naja sobstvennost': Avtorskoe pravo i smezhnye prava. 2008. № 4. – Available : http://www.kolosov.info/misc/pravo_na_izobrazhenie4site.pdf [in Russian].

21. Korableva M. S. *Zashchita grazhdanskib prav: norye aspekty* [Protection of the civil rights: new aspects]. M. S. Korableva Aktual'nye problemy grazhdanskogo prava. Sbornik statej. M. : Statut, 1999, Vyp. 1. p. 76–108. [in Russian].
22. Kokhanovska O. V. *Teoretychni problemy informatsiinykh vidnosyn u tsyvilnomu pravi : Monografii* [Theoretical problems of information relations in civil law: Monograph]. Olena Veleoninivna Kokhanovska. K. Vydavnycho-polihrafichnyi tsentr «Kyivskiyi universytet», 2006. 463 p. [in Ukrainian].
23. Krasavchikova L. O. *Ponjatie i sistema lichnyh neimushbestvennyh prav grazhdan (fizicheskib lic) v grazhdanskom prave Rossijskoj Federacii* [Concept and system of the personal non-property rights of citizens (natural persons) of civil law of the Russian Federation]. L. O. Krasavchikova. Ekaterinburg. Ural'skie voennye vesti, 1994. 199 p. [in Russian].
24. Kryvobok S. V. *Pravochyny z pidpriemstvom yak yedynym mainovym kompleksom* [Deals with the enterprise as uniform property complex] : avtoref. dys... kand. yuryd. nauk : 12.00.03. Svitlana Volodymyrivna Kryvobok. Kh., 2008. 20 p. [in Ukrainian].
25. Kun T. S. *Struktura nauchnyh revolucij* [Structure of scientific revolutions] M. Progress, 1977. 300 p. [in Russian].
26. Kuc V. N. *Metodologija i metodika ugolovno-pravovogo issledovanija* [Methodology and technique of criminal and legal research]. V. N. Kuc. Metodolohia naukovoho doslidzhennia u haluzi prava: problemy ta perspektyvy rozvytku : zb. nauk. prats. Kh. Nats. un-t vnur. sprav, 2004. p. 47. [in Russian].
27. Lapach V. A. *Sistema ob'ektov grazhdanskib prav. Teorija i sudebnaja praktika* [System of objects of the civil rights. Theory and jurisprudence]. V. A. Lapach. – S.-Pb. Jurid. centr Press, 2002. 544 p. [in Russian].
28. *I ljubovnye poslanija otvergnutoj Madonny budut prodany v N'ju-Jorke* [Love messages of the rejected Madonna the will be sold in New York]. Available : http://5-l.net/index.php?option=com_content&task=view&id=49&Itemid=1 [in Russian].
29. Maidanyk R. *Dobovir pro nadannia medychnykh poslub* [Contract on providing medical services]. R. Maidanyk. Medychne pravo. 2010. № 5. p.52–66. [in Ukrainian].
30. Malein N. S. *O lichnoj imushbestvennoj otvetstvennosti za narushenie bozjajstvennyh objazatel'stv* [About personal property responsibility for violation of economic obligations]. Nikolaj Sergeevich Malein. Sovetskaja justicija. M. Jurid. lit., 1968, № 6. p. 5–6. [in Russian].
31. Maleina M. N. *Lichnye neimushbestvennye prava grazhdan: ponjatie, osushhestvlenie, zashchita* [Personal non-property rights of citizens: concept, implementation, protection]. M. N. Maleina. M. M3 Press, 2000. p. 13. [in Russian].
32. Markar'jan R. V. *Bezymjannaja «Zvezda»* [The innominate «Star»]; Chelovek i zakon. № 10. 2004. Available : <http://www.russich.ru/zverev.shtml> [in Russian].
33. *Monitoring narushenij svobody slova v Kazahstane v oktjabre 2009 goda* [Monitoring of violations of freedom of speech in Kazakhstan in October, 2009]; [Elektronnij resurs]. Available : <http://www.geokz.tv/article.php?aid=9776> [in Russian].
34. *Nymyts protiv Hermannj. Sudebnoe reshenye ot 16 dekabria 1992 b.* [Niemiets v. Germany. The judgment of December 16, 1992] Reshenie Evropejskogo suda po pravam cheloveka (tekst reshenija Evropejskogo suda s veb-sajta : Evropejskaja konvencija o zashchite prav cheloveka: pravo i praktika). Available : <http://www.echr.ru/documents/doc/2461421/2461421.htm> [in Ukrainian].
35. Novoselova A. A. *Veshhnye pravotnoshenija : Soderzhanie i razvitiie* [Real right: The content and development] : avtoref. dis... kand. jurid. nauk : 12.00.03. Anna Aleksandrovna Novoselova. Volgograd, 2007. 20 p. [in Russian].
36. Pivovarov V. D. *Metod al'ternativ* [Method of alternatives]. Sovremennyj filosofskij slovar'. Pod obshh. red. d.f.n., prof. V. E. Kemerova. 2-e izd. London. Frankfurt-na-Majne. Parizh. Ljuxsemburg. Moskva. Minsk. PANPRINT, 1998. – p. 485. [in Russian].
37. Pivovarov D. V. *Metod al'ternativ v sovremennoj «filosofii nauke» i ego granicy* [Method of alternatives in modern «philosophy of science» and his boundaries]. Filos. nauki. 1979. № 6. p. 106–113. Available : <http://terme.ru/dictionary/183/word/%CC%C5%D2%CE%C4+%C0%CB%DC%D2%C5%D0%CD%C0%D2%C8%C2> [in Russian].
38. Popper Karl R. *Ob'ektivnoe znanie. Jevolucionnyj podhod* [Objective knowledge. Evolutionary approach]. Per. s angl. D. G. Lahuti. Otv. red. V. N. Sadovskij. M. Jeditorial URSS, 2002. p. 62. [in Russian].
39. Rasulov B. R. *Lichnye neimushbestvennye prava avtora proizvedenija* Personal non-property rights of the author of creative product]. Dis. ... kand. jurid. nauk: 12.00.03. Behzod Razokovich Rasulov. M., 2010. 206 p. [in Russian].
40. *Reshenie Evropejskogo Suda po delu Van Marle protiv Niderlandov* [Van Marle v. the Netherlands] (Postanovlenie E.SPCh ot 26.06.1986). Standarty Soveta Evropy v oblasti prav cheloveka primenitel'no k polozhenijam Konstitucii RF. – p. 100–232. [in Russian].
41. Romovskaja Z. V. *Lichnye neimushbestvennye prava grazhdan S.S.S.R. (ponjatie, vidy, klassifikacija, sodержanie, grazhdansko-pravovaja zashchita)* [Personal non-property rights of citizens of the USSR (concept, types, classification, contents, civil legal protection)] : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk : 12.00.0. K. 1968. p. 8–10. [in Russian].
42. Semivolkova A. M. *Pravo sledovanija v zakonodatel'stve Rossii i zapadnoevropejskib stran* [The right of following in the legislation Russia and the Western

- European countries*] : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk : 12.00.03. M. 2011. – 28 p. [in Russian].
43. Sibilov M. M. *Predmet pryvatnoho (tsyvilnoho) prava [Subject of the private (civil) law]*. Pravova doktryna Ukrainy [Legal doctrine of Ukraine] : u 5 t. T. 3 : Doktryna pryvatnoho prava Ukrainy. N. S. Kuznetsova, Ye. O. Kharytonov, R. A. Maidanyk ta in. za zah. red. N. S. Kuznetsovoi. X. : Pravo, 2013. p. 140-155. [in Ukrainian].
44. Slipchenko S. A. *Nekotorye voprosy klassifikatsii grazhdanskikh pravotnoshenij [Some questions of classification of civil legal relationship]*. Chetverti yurydychni dysputy z aktualnykh problem pryvatnoho prava, prysviacheni pamiaty Ye. V. Vaskovskoho : materialy Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii (Odesa, 16 travnia 2014). uporiad. ta vidpovid. red. I. S. Kanzafarova ; Odes. nats. un-t im. I. I. Mechnykova. Odesa. Astropynt, 2014. p. 31–32. [in Russian].
45. Slipchenko S. O. *Mekhanizm pravovoho reholuvannia osobystykh nemainovykh vidnosyn z oborotozdatnyimi ob'ektami [The mechanism of the legal regulation of the personal non-property relations with the transferable objects]* : dys. ... d-ra yuryd. nauk : 12.00.03. Kharkiv, 2013. 453 p. [in Ukrainian].
46. Slipchenko S. O. *Mekhanizm pravovoho reholuvannia osobystykh nemainovykh vidnosyn z oborotozdatnyimi ob'ektami [The mechanism of the legal regulation of the personal non-property relations with the transferable objects]* : avtoref. dys. ... d-ra yuryd. nauk : 12.00.03. Kharkiv, 2014. 44 p. [in Ukrainian].
47. Slipchenko S. O. *Osobysti nemainovi pravovidnosyni shchodo oborotozdatnykh ob'ektiv : monografii [The personal non-property relations with the transferable objects]*. Kh. : Disa plus, 2013. 552 p. [in Ukrainian].
48. Spasybo-Faticieva I. V. *Tsyvilstyka: na shliakhu formuvannia doktryn : vybr. nauk. pr. [Civil law: on the way of formation of doctrines]*. Kh. Zoloti storinky, 2012. 696 p. [in Ukrainian].
49. Spasybo-Faticieva I. V. *Tsyvilno-pravovi problemy aktsionermykh pravovidnosyn* : avtoref. dys... d-ra yuryd. nauk : 12.00.0. Kh., 2000. 36 p. [in Ukrainian].
50. Stefanchuk R. O. (2008). *Osobysti nemainovi prava fizychnykh osib (poniattia, zmist, sistema, osoblyvosti zdaisnennia ta zakhystu): Monografii [Personal Non-Property Rights of Natural Persons (the Concept, the Essence, the System, the Peculiarities of Realization and Protection): Monograph]*. Vidp. red. Ya. M. Shevchenko. K. KNT, 2007. 626 p. [in Ukrainian].
51. Stefanchuk R. O. (2008). *Osobysti nemainovi prava fizychnykh osib u tsyvilnomu pravi (poniattia, zmist, sistema, osoblyvosti zdaisnennia ta zakhystu) : monobr. [Personal Non-Property Rights of Natural Persons in civil law (the Concept, the Essence, the System, the Peculiarities of Realization and Protection): Monograph]*. vidp. ved. Ya. M. Shevchenko. K. KNT. p. 534. [in Ukrainian].
52. Stefanchuk R.O. (2007). *Osobysti nemainovi prava fizychnykh osib u tsyvilnomu pravi [Personal Non-Property Rights of Natural Persons in civil law]*. dys... d-ra yuryd. nauk : 12.00.03. NAN Ukrainy, Instytut derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho. K., 2007. 541 p. [in Ukrainian].
53. *Sud zapretit ispol'zovat' imja Jurija Gagarina [The court has forbidden to use a name of Yuri Gagarin]* (2007). *Novye izvestija.* Available : <http://www.newizv.ru/news/2007-10-08/77561> [in Russian].
54. Fejerablen P. *Protiv metoda. Ocherk anarhistской teorii poznanija [Against a method. Sketch of the anarchist theory of knowledge]*. per. s angl. A. L. Nikiforova. M.: AST: AST MOSKVA: HRANITEL, 2007. 413 p. [in Russian].
55. *Filosofija nauki i tehniki : konspekt lekciy dlja ad#junktov i aspirantov [Philosophy of science and equipment: the abstract of lectures for graduate and adjuncts]*. K. N. Habibullin, V. B. Korobov, A. A. Lugovoj, A. V. Tonkonogov. Pod red. V. S. Artamonova. M. : Vyssh. obrazovanie, 2008. 192 p. Available : <http://eurasialand.ru/txt/nautech/33.htm> [in Russian].
56. Chevychelov V. V. (2005). *Juridicheskaia konstrukcija : Problemy teorii i praktiki [Legal design: Problems of the theory and practice]*. : Dis... kand. jurid. nauk : 12.00.01. Nizhnij Novgorod. 180 p. [in Russian].
57. Cherdancev A. F. (1993). *Logiko-jazykovye fenomeny v prave, juridicheskoj nauke i praktike [Logic-language phenomena in the right, jurisprudence and practice]*. Ekaterinburg. Izd-vo UIF «Nauka». 192 p. [in Russian].
58. Shyshka O. R. (2015). *Bitshefalna model pravovidnosyn v mekhanizmi tsyvilno-pravovoho reholuvannia [Bishephale model of legal relations in the mechanism of civil regulation]*. Problemy tsyvilnoho prava ta protsesu : Materialy nauk.-prakt. konf., prysviachenoj pamiaty profesora O. A. Pushkina (30 travnia 2015 r.). – Kharkiv. Kharkivskiy natsionalny universitet vnutrishnikh sprav. p. 153-161. [in Ukrainian].
59. Shyshka O. R. (2016). *Osobysti nemainovi prava za TsK Ukrainy: shcho tse? [Personal non-property rights according to the Civil Code of Ukraine: what is it?]*. Problemy vdoskonalennia pryvatnopravovykh mekhanizmiv nabuttia, peredachi, zdiisnennia ta zakhystu subiektyvnykh tsyvilnykh prav: materialy «kruhloho stolu», prychviach. pamiaty prof. Chynhizkhana Nufatovycha Azimova, m. Kharkiv, 8 hrudnia 205 r. / Nats. Yuryd. Un-t im. Yaroslava Mudroho. Kh. p. 103-108. [in Ukrainian].
60. Shyshka R. B. (2004). *Okborona prav subiektyv intelektualnoi vlasnosti u tsyvilnomu pravi Ukrainy [Protection of the rights of subjects of intellectual property in civil law of Ukraine]* : Dys... d-ra yuryd. nauk : 12.00.03. Natsionalny un-t vnutrishnikh sprav. Kh. 469 p. [in Ukrainian].
61. Shyshka O. R. (2015). *Miste vidnosyn intelektualnoi vlasnosti v predmeti tsyvilnoho prava [Place of the relations of intellectual property in a subject matter of civil law]*. Piati yurydychni dysputy z aktualnykh problem pryvatnoho prava, prysviacheni pamiaty Ye. V.

Vaskovskoho : materialy Mizhnarodnoi naukovopraktychnoi konferentsii (Odesa, 22 travnia 2015 r.). vidpovid. red. I. S. Kanzafarova. Odes. nats. un-t im. I. I. Mechnykova. Odesa. p. 266-271. [in Ukrainian].

62. *D'Estaing v. M. Ways*, 15 октября 1976 г. [Digital resource]. Available : <http://www.adilsoz.kz/old/l&l/2002/06/03/01page.htm#Право%20на%20собственное%20изображение>

63. *Dorleac v. Ste Presse Office*, 14 мая 1975 г. [Digital resource]. Available : <http://www.adilsoz.kz/old/l&l/2002/06/03/01page.htm#Право%20на%20собственное%20изображение>

64. Ewa Kurowska-Tober (2006). *Commercial use of the right to a likeness. Part I* [Digital resource]. Ewa Kurowska-Tober. Available : <http://www.warsawvoice.pl/view/7088>



УДК 347.6

Менджул Марія Василівна

*В. о. завідувача кафедри міжнародного приватного права,
правосуддя та адвокатури
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»,
кандидат юридичних наук, доцент*

ОКРЕМІ АСПЕКТИ КЛАСИФІКАЦІЇ ПРИНЦИПІВ СІМЕЙНОГО ПРАВА

Mendzhul M. V.**Some aspects of the classification of family law principles**

Abstract. In the article is studied the definition of the principles of family law, comparative analysis of different scientific approaches to their classification is provided. An own approach to the classification of the principles of family law is provided, in particular: on criteria of their action (general principles of family law and the principles of the institutions of family law), legal and regulatory certainty (absolutely defined, relatively defined and not defined in the legislation), as well as depending on the source (defined: in family law rules, as in the rules of constitutional and family law, in the rules of civil and family law).

Key words: *principle, family law, legislation, classification, regulatory certainty.*

Принципи сімейного права відображають досвід розвитку як суспільних відносин, так і права в цілому, і водночас вони визначають напрями розвитку правового регулювання сімейних відносин. Незважаючи на важливість принципів сімейного права, предметом ґрунтовних наукових досліджень були загальнотеоретичні положення про принципи права (досліджували Богиніч О. А. [1], Зайчук О. В. [2], Колодій А. М. [3], Погребняк С. П. [4], Тихомиров О. Д. [5], Уварова О. О. [6] та ін.).

Принципи сімейного права комплексно дослідила в російській науці сімейного права Н. С. Шерстнева [7]. В Україні окремі аспекти проблеми класифікації принципів висвітлено в дослідженні Чернеги В. М. [8] та Явор О. А. [9]. Проте проблема класифікації принципів сімейного права залишається відкритою, з огляду на відсутність єдиних наукових критеріїв класифікації та динамічність розвитку сімейного права.

Термін «принцип» вживають у різних значеннях: 1) основні засади, вихідні ідеї, що характеризуються універсальністю, загальною значущістю, вищою імперативністю і відображають суттєві положення теорії, вчення, науки, системи внутріш-

нього і міжнародного права, політичної, державної чи громадської організації (гуманізм, законність, справедливість, рівність громадян перед законом тощо); 2) внутрішнє переконання людини, що визначає її ставлення до дійсності, суспільних ідей і діяльності [2, с. 22].

На думку Зайчука О. В., принципи права — це вихідні, визначальні ідеї, положення, установки, які складають моральну та організаційну основу виникнення, розвитку і функціонування права [2, с. 23]. Колодій А. М. вважає, що принципи права — це такі відправні ідеї його буття, які виражають найважливіші закономірності, підвалини цього типу держави і права, є основопорядковими зі сутності права та утворюють його основні риси, вирізняються універсальністю, вищою імперативністю і загальнозначимістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови та зміцнення певного суспільного ладу [10, с. 43].

На нашу думку, принципи сімейного права — це зумовлені характером та змістом сімейних відносин ідеї про певні цінності, що відображають об'єктивні закономірності розвитку цих відносин, характеризуються імперативністю, універсальністю, найвищою стабільністю та

загальнообов'язковістю, а також визначають соціальне призначення й зміст норм сімейного права, є основою для вдосконалення сімейного законодавства. Принципами сімейного права є не тільки ті положення, що закріплені в законодавстві, але й основоположні ідеї, які усталені в правосвідомості людей, отримали загальне визнання в судовій практиці, діяльності публічних органів, незважаючи на відсутність їх формальної фіксації в об'єктивному праві.

В юридичній літературі виділяють загальноправові принципи, галузеві принципи та принципи інститутів права. Зайчук О. В. до таких загальних принципів права відносить: верховенство права, верховенство закону; юридичну рівність перед законом і судом; справедливість, гуманність і демократичність законодавства і правосуддя; відповідність скоєного правопорушення юридичній відповідальності тощо [2, с. 25]. Безумовно, загальноправові принципи є в основі правового регулювання всіх відносин в державі, в тому числі сімейних.

На думку О. А. Явор, з позицією якої ми погоджуємось, за своїм найменуванням, змістом та нормативним закріпленням принципи права не рівноцінні. Високим ступенем верховенства наділені, на думку науковця, загальносімейні принципи: принципи регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором) між їх учасниками; принцип невтручання в сімейне життя; принцип приватності сімейного життя; принцип пріоритету сімейного виховання дітей; принцип регулювання сімейних відносин з урахуванням права на таємницю особистого життя їх учасників, їхнього права на особисту свободу; принципи юридичної рівності жінки та чоловіка у сімейних відносинах, шлюбні та сім'ї; принципи забезпечення здійснення прав дитини; принципи регулювання сімейних відносин на засадах справедливості; добросовісності та розумності, відповідно до моральних засад суспільства. Вони мають вплив на формування принципів усередині інститутів, визначають їх зміст. Наприклад, Сімейний Кодекс України визначає, що права та інтереси малолітніх

та неповнолітніх дітей є пріоритетними, якщо дитина або особа, дієздатність якої обмежена, не може самостійно здійснювати своє право, ці права здійснюють батьки, опікун або самі ці особи за допомогою батьків чи піклувальника (принцип надання неповнолітнім батькам допомоги у здійсненні батьківських прав та виконанні батьківських обов'язків) [9, с. 259].

Н. С. Шерстнева так само в системі принципів російського сімейного права виділила дві групи: 1) загальносімейні принципи; 2) принципи всередині інститутів. До загальносімейних принципів вчена віднесла: необхідність зміцнення сім'ї, побудову сімейних відносин на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги та відповідальності перед сім'єю усіх її членів, недопустимість свавільного втручання когось-небудь у справу сім'ї, забезпечення безперешкодного здійснення членами сім'ї своїх прав, можливість судового захисту цих прав. Всередині інститутів Н. С. Шерстнева принципи поділила на три підгрупи. По-перше, пріоритетні: забезпечення пріоритетного захисту прав та інтересів неповнолітніх; пріоритет сімейного виховання дітей, турботи про їх добробут. По-друге, взаємні: принцип добровільності шлюбного союзу чоловіка та жінки; рівність прав подружжя в сім'ї; вирішення внутрішньосімейних питань за взаємною згодою; забезпечення прав та інтересів непрацездатних членів сім'ї. По-третє, ціннісні принципи: забезпечення якості життя, забезпечення безпеки життєдіяльності сім'ї, материнства, батьківства та дитинства [7, с. 12–13]. Обґрунтованим є поділ принципів сімейного права на загальносімейні та всередині інститутів, водночас важко диференціювати принципи на пріоритетні, взаємні та ціннісні.

На нашу думку, варто виділяти загальноправові принципи, загальні принципи сімейного права та принципи інститутів сімейного права. До загальноправових принципів, які є в основі правового регулювання всіх суспільних відносин і сімейних зокрема, варто віднести принципи: верховенства права, законності, справедливості, гласності, рівності,

юридичної відповідальності за вину, гарантування судового захисту прав.

Щодо розуміння місця сімейного права в правовій системі України, то науковці обґрунтували дві позиції, зокрема визнання сімейного права як самостійної галузі права та як підгалузі цивільного права. В рамках цієї статті ми не будемо долучатися до наукової дискусії, що існує. Проте зауважимо, що більшість науковців відстоюють позицію, згідно з якою принципи сімейного права характеризують їхніми особливостями, і, відповідно, сімейне право має специфічні принципи. Таким чином, до загальних принципів сімейного права входять дві групи принципів: цивільно-правові принципи, закріплені в сімейному законодавстві (регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором) між їх учасниками, справедливості, добросовісності та розумності, регулювання відповідно до моральних засад суспільства, гарантування таємниці особистого життя їх учасників, недопустимості свавільного втручання у сімейне життя); винятково сімейно-правові принципи (державної охорони сім'ї, дитинства, материнства і батьківства, пріоритету урахування інтересів дитини, непрацездатних членів сім'ї, пріоритету сімейного виховання тощо).

До принципів інститутів сімейного права можна відносити такі принципи: одношлюбності, добровільності шлюбу; визнання тільки шлюбу між чоловіком і жінкою, зареєстрованого у органі державної реєстрації актів цивільного стану; свободи розірвання шлюбу під контролем держави тощо.

Чернега В. М. поділяє принципи сімейного права за критерієм «спосіб вираження в нормах сімейного права» на: 1) ті принципи, що прямо виражені в нормах сімейного права (експліцитні); 2) ті принципи, що опосередковано виражені в нормах сімейного права чи, інакше кажучи, виведені зі змісту норм сімейного права (імпліцитні). До експліцитних принципів сімейного права науковець відносить: пріоритет сімейно-правової охорони прав та інтересів дитини; пріоритет сімейно-правової охорони прав та інтересів

непрацездатних членів сім'ї; пріоритет сімейного виховання дитини; компромісне врегулювання сімейних правовідносин; можливість і допустимість правового регулювання сімейних відносин; недопустимість свавільного втручання у сімейне життя; недискримінація суб'єктів сімейних правовідносин; гендерний баланс у сімейних правовідносинах; справедливості; добросовісності; розумності; відповідності моральним засадам суспільства; забезпечення судового захисту суб'єктів сімейних відносин. До імпліцитних принципів сімейного права: матеріальну підтримку членів сім'ї, які потребують матеріальної допомоги; моногамію і контрарність; добровільність укладення шлюбу; свободу розірвання шлюбу; визнання шлюбу, зареєстрованого в державному органі реєстрації актів цивільного стану [11, с. 46]. Крім того, Чернега В. М. класифікує принципи сімейного права за такими критеріями: 1) за джерелами, в яких виражені принципи сімейного права (виражені в конституційних нормах; виражені в нормах сімейного права; виражені як у конституційних нормах, так і в нормах сімейного права); 2) за сферою їх дії (галузевої; підгалузевої; міжгалузевої; загальноправової). Також науковець поділяє загальноправові принципи, які по-особливому виражаються у сімейному праві, на: 1) спеціально-юридичні; 2) морально-правові (справедливість; добросовісність; розумність; відповідність моральним засадам суспільства) [11, с. 49].

На нашу думку, принципи сімейного права за критерієм їх нормативно-правової визначеності можна поділити на три групи:

1) абсолютно визначені у законодавстві (до них можна віднести: державної охорони сім'ї, дитинства, материнства і батьківства, створення умов для зміцнення сім'ї (ч. 3 ст. 51 Конституції України, ч. 1 ст. 5 Семейного кодексу України); рівності учасників сімейних відносин (ст. 21, 24 Конституції України та частин 5, 6 ст. 7 СК України); обмеженого характеру правового регулювання сімейних відносин (ч. 3 ст. 7 СК України); гарантування права на таємницю особистого життя їх учасників, їх права на особисту свободу та

недопустимості свавільного втручання у сімейне життя (ст. 32 Конституції України, статті 291, 301 ЦК, ч. 5 ст. 5, ч. 4 ст. 7 СК України); регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором) між їх учасниками (ч. 2 ст. 7 СК України); пріоритету урахування інтересів дитини, непрацездатних членів сім'ї (ч. 8 ст. 7 СК України); гарантування дитині можливості здійснення її прав (ч. 7 ст. 7 СК України); гарантування судового захисту прав кожному учаснику сімейних відносин (ч. 10 ст. 7 СК України); справедливості, добросовісності та розумності, регулювання відповідно до моральних засад суспільства (ч. 9 ст. 7 СК України); односторонності (ст. 25 СК України); добровільності шлюбу (ст. 24 СК України) та визнання тільки шлюбу між чоловіком і жінкою, зареєстрованого у органі державної реєстрації актів цивільного стану (ст. 21 СК України) тощо);

2) відносно визначені у законодавстві (до них можна віднести принципи: пріоритету сімейного виховання; свободи розірвання шлюбу під контролем держави; вирішення внутрішньосімейних питань за взаємною

згодою учасників сімейних відносин; надання взаємної моральної та матеріальної підтримки учасниками сімейних відносин та ін.);

3) не визначені у законодавстві (до них можна віднести такі принципи: тривалості існування сімейних відносин і, відповідно, окремих сімейних прав та обов'язків; зберігання подружньої вірності; гуманності; пропорційності; законних очікувань учасників сімейних відносин та ін.).

Таким чином, існують різноманітні наукові підходи до класифікації принципів сімейного права. На нашу думку, принципи сімейного права можна поділяти відповідно до критерію їх дії (на загальноправові принципи, загальні принципи сімейного права та принципи інститутів сімейного права), їх нормативно-правової визначеності (абсолютно визначені, відносно визначені та не визначені у законодавстві), а також за джерелом закріплення (виражені: в сімейних нормах; в нормах як конституційного, так і сімейного права; в нормах цивільного та сімейного права).

ЛІТЕРАТУРА:

1. Богініч О. Л. Принципи права: окремі онтологічні, гносеологічні та аксіологічні проблеми / О. Л. Богініч // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 114–117.
2. Зайчук О. В. Принципи права в контексті розвитку загальної теорії держави і права / О. В. Зайчук // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 22–28.
3. Колодій А. М. Принципи права України: монографія / А. М. Колодій. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 208 с.
4. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія / С. П. Погребняк. – Х.: Право, 2008. – 240 с.
5. Тихомиров О. Д. Принципи права в компаративістському контексті. / О. Д. Тихомиров // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 52–57.
6. Уварова О. О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика: монографія / О. О. Уварова. – Харків: «Друкарня МАДРИД», 2012. – 196 с.
7. Шерстнева Н. С. Принципи російського сімейного права : автореф. дисс. докт. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Н. С. Шерстнева. – М., 2007. – 59 с.
8. Чернега В. М. Морально-правові принципи в сімейному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / В. М. Чернега. – К., 2015. – 20 с.
9. Явор О. А. Загальні засади регулювання сімейних відносин : традиційний та сучасний підходи / О. А. Явор // Вісник Академії адвокатури України. – 2012. – № 3 (25). – С. 258–261.
10. Колодій А. М. Принципи права: генеза, поняття, класифікація та реалізація. / А. М. Колодій // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 42–46.
11. Чернега В. М. Принципи сімейного права України як об'єкти наукової класифікації / В. М. Чернега // Вісник Академії адвокатури України. – 2013. – № 2. – С. 45–50.

REFERENCES

1. Bohinich O. L. (2012). *Pryntsypy prava: okremi ontolohichni, bnoseolohichni ta aksiolohichni problemy* [The principles of law: some ontological, epistemological and axiological problems]. Almanakh prava [Journal of law]. 3, p. 114–117 [in Ukrainian].
2. Zaichuk O. V. (2012). *Pryntsypy prava v konteksti rozvytku zahalnoi teorii derzhavy i prava* [The principles of law in the context of the general theory of law]. Almanakh prava [Journal of law]. 3, p. 22–28 [in Ukrainian].
3. Kolodij A. M. (1998) *Pryntsypy prava Ukraïny: monografïia* [The principles of law in Ukraine: monograph]. Kyiv. Yurinkom Inter, 208 p. [in Ukrainian].
4. Pohrebniak S. P. (2008) *Osnovopolozhni pryntsypy prava (zmyslovna kharakterystyka): monografïia* [The fundamental principles of law (meaningful description): monograph]. Kh.: Pravo, 240 p. [in Ukrainian].
5. Tykhomyrov O. D. (2012) *Pryntsypy prava v komparatyvistskomu konteksti* [The principles of law in comparative context]. Almanakh prava [Journal of law]. 3, p. 52–57 [in Ukrainian].
6. Uvarova O. O. (2012) *Pryntsypy prava u pravozastosuvanni: zahalnoteoretychna kharakterystyka: monografïia* [The principles in the enforcement of law: general description: monograph]. Kharkov. Printing MADRID, 196 p. [in Ukrainian].
7. Sherstneva N. S. (2007) *Principy rossijskogo semejnogo prava: avtoreferat* [Principles of the Russian family law: abstract]. Moscow, 59 p. [in Russian].
8. Cherneha V. M. (2015) *Moralno-pravovi pryntsypy v simeïnomu pravi Ukraïny: avtoreferat* [The moral and legal principles of family law in Ukraine: abstract]. Kyiv. 20 p. [in Ukrainian].
9. Yavor O. A. (2012) *Zabalni zasady rebuliuвання simeïnykh vidnosyn: tradytsiïnyi ta suchasnyi pidkhody* [General Principles of family relationships: traditional and modern approaches]. *Visnyk Akademii advokatury Ukraïny* [Journal of the Academy of Advocacy of Ukraine]. 3 (25), p. 258–261 [in Ukrainian].
10. Kolodij A. M. (2012) *Pryntsypy prava: benezu, poniattia, klasyfikatsiia ta realizatsiia* [The principles of law: origins, concepts, classification and sale]. Almanakh prava [Journal of law]. 3, p. 42–46 [in Ukrainian].
11. Cherneha V. M. (2013) *Pryntsypy simeïnoho prava Ukraïny yak obiekty naukovoï klasyfikatsii* [The principles of family law Ukraine as objects of scientific classification]. *Visnyk Akademii advokatury Ukraïny* [Journal of the Academy of Advocacy of Ukraine]. 2, p. 45–50 [in Ukrainian].



УДК 342.7

Товпеко Яна Костянтинівна

*Аспірант відділу конституційного права та місцевого самоврядування
Інституту держави і права імені В. М. Корецького
Національної академії наук України*

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ЩОДО ЗАБОРОНИ ДИСКРИМІНАЦІЇ ЗА ОЗНАКОЮ ГЕНДЕРНОЇ ІДЕНТИЧНОСТІ

Tovpeko Y. K.

Ukrainian perspective on gender identity anti-discrimination legislation development

Abstract. This article is devoted to the scientific and legal review of the problems related to the development of anti-discrimination legislation of Ukraine and its perspectives of combating discrimination based on gender identity. It is emphasized that the issue is being highly discussed and has been one of the most significant problems in constitutional process to be solved due to the importance of the respect and tolerance to other identities as the basic need that characterizes the modern concept of human rights.

Key words: *discrimination, gender identity, minorities, equality, tolerance, human rights.*

У світі загальносвітових тенденцій мультикультуралізму, активізації участі меншин у політичному житті та процесу еволюціонування міжнародних стандартів прав людини перед законодавцями переважної більшості держав світу постає питання про розширення переліку ознак, за якими прямо заборонено дискримінацію згідно з чинним законодавством. Проблема ідентичності є питанням не лише філософії, психології, культурології, а й політики та права. Так, проголосивши рівність усіх людей у своїй гідності та правах, а також визнавши права і свободи людини невідчужуваними та непорушними, чинна Конституція України у положенні ч. 2 ст. 24 забороняє привілеї чи обмеження за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Однак у процесі розробки проекту нової Конституції України Конституційна Комісія як спеціальний допоміжний орган при Президентові України, створений із метою напрацювання узгоджених пропозицій щодо змін до Конституції України із залученням до цієї роботи представників

різних політичних сил, громадськості, вітчизняного та міжнародного експертного середовища, сприяння досягненню громадського та політичного консенсусу щодо вдосконалення конституційного регулювання суспільних відносин в нашій державі, отримав низку звернень і пропозицій щодо розширення відповідного переліку захищених ознак.

В результаті розгляду й опрацювання Робочої групи з прав людини Конституційної Комісії численних звернень, станом на 22 червня 2015 р. відповідно до її напрацювань, ст. 35 запропонованої редакції Конституції України було передбачено такі ознаки, за якими без дискримінації має бути забезпечене користування правами та свободами, визнаними в цій Конституції: статі, раси, кольору шкіри, етнічного або соціального походження, генетичних характеристик, мови, релігії або переконань, політичних та інших поглядів, належності до корінних народів та національних меншин, майнового стану, походження, обмеженої працездатності, віку або сексуальної орієнтації [2]. Обґрунтованість внесення до цього переліку гендерної ідентичності як захищеної ознаки аналогічно було

предметом обговорення на засіданнях Робочої групи.

Однак уже 7 липня 2015 р. з проекту нової Конституції з переліку ознак, заборонених до дискримінації, ознаку сексуальної орієнтації було виключено, як і погоджено недоцільність внесення до відповідного переліку такої ознаки як гендерної ідентичності. Так, ст. 42 проекту розділу II Конституції, який підготувала Робоча група з прав людини станом на 15 липня 2015 р., сформульовано таким чином: «Користування правами та свободами, визнаними в цій Конституції та законами України, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, етнічного або соціального походження, генетичних характеристик, мови, релігії або переконань, політичних та інших поглядів, належності до корінних народів та національних меншин, майнового стану, місця проживання, обмеженої працездатності, віку або за іншою ознакою» [4].

Питання доцільності запровадження прямої заборони дискримінації за ознакою гендерної ідентичності в національному законодавстві за останні декілька років стало предметом дослідження в науковій літературі. Як зазначає О. О. Уварова, відстеження сучасних загальноєвропейських тенденцій у сфері захисту прав людини, безумовно, свідчить про актуальність включення до антидискримінаційної конституційної норми таких підстав дискримінації, як гендерна ідентичність та сексуальна орієнтація, що є важливим сигналом суспільству, і зокрема людям, які потерпають від дискримінації за цими ознаками, що держава визнає існування такої проблеми, що вона готова до виконання своїх зобов'язань у царині поваги прав людини й забезпечення рівних можливостей у реалізації прав людини, незалежно від сексуальної орієнтації й гендерної ідентичності. При цьому наголошено, що включення таких підстав дискримінації до відповідної норми Конституції ніяк не обмежує прав більшості (про що так активно під час обговорення заявляли противники

включення), а також сприяє розконсервації наявного, звичного, традиційного підходу, який не відповідає новітнім тенденціям розвитку антидискримінаційного законодавства [6].

Однак багато вчених не погоджується з цією позицією. Зокрема, С. О. Сунгін у розширенні конституційного переліку захищених ознак внаслідок доповнення його такими ознаками, як гендерна ідентичність та сексуальна орієнтація, вбачає «один з етапів, який свідчить про поступову загальну моральну деградацію людської особистості, що може призвести до непередбачуваних наслідків в майбутньому, поширюючись у різноманітних формах на більшість сфер суспільного життя» [5, с. 277–278]. Проти внесення цих ознак до переліку захищених висловлюється і Л. В. Чупрій, наголошуючи на низці негативних наслідків внаслідок введення в національне законодавче поле понять «гендерна ідентичність», «сексуальна орієнтація», а також запровадження заборони дискримінації за цими ознаками, адже у такому разі будь-який необережний погляд, спрямований на ту чи іншу людину, за бажання (з потреби) можна буде розцінити як такий намір (тобто намір «дискримінувати»), а значить – це стане приводом притягнути будь-яку особу до відповідальності. Більш того, ухвалення норми про заборону дискримінації за цими ознаками, згідно з цією позицією, призведе до того, що під приводом «захисту від дискримінації» представники меншин в подальшому будуть вимагати дотримання їхнього права фактично шляхом безпосереднього здійснення пропаганди відносин, що суперечать традиційним цінностям українського суспільства [7].

На сьогодні доцільність включення гендерної ідентичності в перелік захищених Конституцією України від дискримінації ознак продовжує бути дискусійним питанням сучасної науки конституційного права України. Загалом глибокі причини актуалізації обговорення на суспільному й державному рівнях питання ідентичності та заборони дискримінації за відповідною ознакою, як пояснює Д. Шевчук, пов'язані із загальним

явищем політизації ідентичності, що призводить до своєрідної ревізії сучасної демократії та лібералізму під кутом того, чи допускають вони плюралізм. Політизація ідентичності полягає в появі різноманітних соціальних груп, які наполягають на відмінності власної ідентичності й зумовляють зміни в політичному житті. Так, історія і сучасність свідчать, що різноманітні меншини (національні, релігійні, сексуальні тощо) мають значний вплив на політику, починаючи брати все більш активну участь у політичному й соціальному житті, наполягаючи на співірності власної ідентичності з ідентичністю більшості [8, с. 308].

На цьому етапі обговорення перспектив розвитку національного антидискримінаційного законодавства у напрямку посилення захисту меншин від дискримінації та запровадження прямої заборони дискримінації за ознакою гендерної ідентичності сприяє також постановці в науковій літературі питання про межі прав людини та межі толерантності. Так, О. Захарова підкреслює, що люди мають право на ненависть, як і будь-яке інше почуття, але вони не мають права на цькування і насильство [1]. Отже, вимога толерантності до іншої ідентичності не порушує меж прав людини, а навпаки сприяє їх дотриманню. При цьому, з огляду на те, що толерантність виникає на ґрунті усвідомлення меж прав і свобод іншого, в науковій літературі все ж наголошують на необхідності встановлення певних меж самої дії принципу толерантності та виправдання нетолерантності в разі, коли принципи і норми безпеки людини або держави, основні права і свободи

потрапляють під вплив з боку сил, які намагаються зруйнувати особистісну і культурну ідентичність індивідів і спільнот, або навіть держави, засновану на загально визнаних цінностях і нормах моралі і права [3, с. 22]. Це положення часто є основним аргументом противників запровадження прямої конституційної заборони дискримінації за ознакою гендерної ідентичності, адже згідно з відповідними позиціями саме забезпечення правового захисту від дискримінації за цією ознакою на законодавчому рівні не відповідає культурній ідентичності українського народу та становить загрозу як традиційним сімейним цінностям, так і загалом національній безпеці України.

Враховуючи вищезазначене, приходимо до висновку, що на сьогодні український законодавець не готовий до вирішення питання врегулювання на конституційному рівні питання захисту від дискримінації за ознакою гендерної ідентичності. Проблема доцільності й обґрунтованості запровадження прямої заборони дискримінації за цією ознакою залишається актуальною і дискусійною в юридичній літературі та потребує подальших досліджень. Важливо, втім, зазначити, що саме поточний стан розробки і ефективності правових гарантій захисту меншин від дискримінації і їх вільний доступ до активної участі в політичному житті держави є показником стану дотримання прав людини і демократичності в державі в цілому. Адже саме повага до іншої ідентичності, визнання її права на існування та мирне співіснування неоднорідних ідентичностей в межах одного соціуму є основою сучасної концепції прав людини.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Захарова О. Толерантность, ненависть и манипуляции [Електронний ресурс] / О. Захарова // Українська правда. – Режим доступу : <http://life.pravda.com.ua/columns/2016/03/5/208871/>
2. Напрацювання Робочої групи з прав людини станом на 22 червня 2015 р. [Електронний ресурс] // Конституційна Комісія. – Режим доступу : <http://constitution.gov.ua/publications/item/id/33>
3. Олійник О. В. Принцип «єдність через розмаїття»: переваги і вад / О. В. Олійник // Вісник Одеського національного університету. Серія : Соціологія і політичні науки. – 2014. – Т. 19, Вип. 2. – С. 20–26.
4. Проект Розділу II Конституції, підготовлений Робочою групою з прав людини станом на 15.07.2015 [Електронний ресурс] // Конституційна Комісія. – Режим доступу : <http://constitution.gov.ua/work/item/id/9>

5. Сунегін С. О. Основоположні принципи права: загальна характеристика та деякі аспекти реалізації / С. О. Сунегін // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 275–279.

6. Уварова О. О. Гендерна ідентичність і сексуальна орієнтація як підстави дискримінації: обговорення проекту Конституції України [Електронний ресурс] / О. О. Уварова // Спільне Commons. – Режим доступу : <http://commons.com.ua/genderna-identichnist-i-seksualna-orientatsiya-yak-pidstavi-diskriminatsiyi-obgovorennya-proektu-konstitutsiyi-ukrayini/>

7. Чупрій Л. В. ЄС – Україна: вимога зміцнення прав людини чи руйнації сімейних цінностей? [Електронний ресурс] / Л. В. Чупрій. – Режим доступу : http://pravoslavnews.com.ua/articles/prava_ludyny_chy_rujnacija/

8. Шевчук Д. Політика ідентичності як проблема сучасної політичної філософії / Д. Шевчук // Наукові записки Національного університету «Острозька академія». Сер.: Культурологія. – 2014. – Вип. 15. – Ч. 2. – С. 308–310.

REFERENCES

1. Zaharova O. (2016). *Tolerantnost', nenavist' i manipuljacija* [Tolerance, hatred and manipulation]. Available: <http://life.pravda.com.ua/columns/2016/03/5/208871/>. Last accessed 21th May 2016. [in Russian].

2. Konstytutsiina Komisiiia [Constitutional Commission]. (2015). *Napratsiuвання Robochoi brupy z prav ludyny stanom na 22 chervnia 2015 r* [Materials of the Working Group on Human Rights as of June 22, 2015]. Available: <http://constitution.gov.ua/publications/item/id/33>. Last accessed 20th May 2016. [in Ukrainian].

3. Oliinyk O. V. (2014). *Pryntsyp «iednist cherez rozmaïtïa»: perevaly i vady»* [The principle of «unity through diversity»: advantages and disadvantages]. Visnyk Odeskoho natsionalnoho universytetu [Bulletin of the Odessa National University]. 2 (19), p. 20–26. [in Ukrainian].

4. Konstytutsiina Komisiiia [Constitutional Commission]. (2015). *Proekt Rozdil II Konstytutsii, pidhotovlenyi Robochoiu hrupoïu z prav ludyny stanom na 15.07.2015* [Project of the Chapter II of the Constitution, prepared by the Working Group on Human Rights as of 15.07.2015]. Available: <http://constitution.gov.ua/work/item/id/9>. Last accessed 22th May 2016. [in Ukrainian].

5. Suniehin S. O. (2012). *Osnovopolozhni pryntsypy prava: zabalna kharakterystyka ta deïaki aspekty realizatsii*

[The fundamental principles of law: general characteristics and some aspects of its realization]. Almanakh prava [Almanac of rights]. 3 (1), p. 275–279 [in Ukrainian].

6. Uvarova O. O. (2016). *Henderna identychnist i seksualna orientatsiia yak pidstavy dyskryminatsii: obhovorennia proektu Konstytutsii Ukrainy* [Gender identity and sexual orientation as grounds for discrimination: discussion of the Constitution of Ukraine]. Available: <http://commons.com.ua/genderna-identichnist-i-seksualna-orientatsiya-yak-pidstavi-diskriminatsiyi-obgovorennya-proektu-konstitutsiyi-ukrayini/>. Last accessed 20th May 2016 [in Ukrainian].

7. Chuprii L. V. (2013). *YeS – Ukraina: vymoha zmitsnennia prav ludyny chy ruïnatsii simeinykh tsinnosti?»* [EU – Ukraine: the requirement to strengthen human rights or the destruction of family values?]. Available: http://pravoslavnews.com.ua/articles/prava_ludyn_y_chy_rujnacija/. Last accessed 21th May 2016. [in Ukrainian].

8. Shevchuk D. (2014). *Polityka identychnosti yak problema suchasnoi politychnoi filozofii* [Politics of identity as a problem of modern political philosophy]. Naukovi zapysky Natsionalnoho universytetu Ostrozka akademiia [Scientific Proceedings of the National University Ostroh Academy]. 15 (2), p. 308–310. [in Ukrainian]



**Eurasian Academic
Research Journal**

2016 №1 (01)

Format 70x108/16

Type. Garamond

Paper offset. Digital printing. Conv.p.sh. 10,76

Order. №1. 20.06.2016 Circulation 300 copies.

Publisher: Non-governmental organization «Eurasian Social Sciences Association»

Sayat-Nova Street 8/17 Yerevan, ARMENIA, 0001

E-mail: earj.info@gmail.com

Certificate subject of publishing 03U1056429

Registered by the Central Authority of the State Register 04.18.2016

Registration number 211.171.906429

<http://www.earj.org/>

Yerevan 2016

© Eurasian Social Sciences Association

© Eurasian Academic Research Journal



**Eurasian Academic
Research Journal**

- Law •
- Public administration •
- Economics •