

ISSN (Print): 2522–4883

EHRLICH'S JOURNAL

Scientific publication

2021

Volume 5

FACULTY OF LAW

YURIY FEDKOVYCH
CHERNIVTSI NATIONAL UNIVERSITY

journals.chnu.chernivtsi.ua



Видавничий дім
«Гельветика»
2021

Редколегія випуску:

доктор юрид. наук, проф. **Віталій Вдовічен** (головний редактор) (*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна*),
доктор юрид. наук, проф. **Наталія Гураленко** (відповідальний секретар) (*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна*),
доктор юрид. наук, проф. **Микола Боднарук** (*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна*),
кандидат юрид. наук, доц. **Оксана Бунчук** (*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна*),
кандидат юрид. наук, доц. **Лідія Вдовічена** (*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна*),
доктор юрид. наук, проф. **Руслана Гаврилюк** (*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна*),
доктор юрид. наук, проф. **Віталій Гордєєв** (*Національна академія внутрішніх справ, Україна*),
доктор юрид. наук, доц. **Галина Жаровська** (*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна*),
доктор юрид. наук, проф. **Світлана Карвацька** (*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна*),
кандидат юрид. наук, доц. **Оксана Кіріяк** (*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна*),
кандидат юрид. наук, доц. **Оксана Меленко** (*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна*),
почесний професор **Ян-Урбан Санда** (*Інститут доктора Яна-Урбана Сандала, Норвегія*),
доктор юрид. наук, проф. **Оксана Щербанюк** (*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна*),
кандидат юрид. наук, доц. **Олена Ющик** (*Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна*).

Editorial Board:

Prof. LLD **Vitaliy Vdovichen** (Editor-in-Chief) (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*),
Prof. LLD **Nataliia Huralenko** (Executive Secretary) (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*),
Prof. LLD **Mykola Bodnaruk** (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*),
Associate Prof. PhD in Law **Oksana Bunchuk** (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*),
Associate Prof. PhD in Law **Lydia Vdovichena** (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*),
Prof. LLD **Ruslana Havrylyuk** (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*),
Prof. LLD **Vitaliy Gordieiev** (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*),
Associate Prof. LLD **Halyna Zharovska** (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*),
Prof. LLD **Svitlana Karvatska** (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*),
Associate Prof. PhD in Law **Oksana Kiriyaik** (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*),
Associate Prof. PhD in Law **Oksana Melenko** (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*),
Prof. h. c. mult. Doctor h. c. mult. Fil. Dr. **Jan-Urban Sandal** (*J.-U. Sandal Institute, Norway*),
Prof. LLD **Oksana Shcherbanyuk** (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*),
Associate Prof. PhD in Law **Olena Uschyk** (*Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine*).

Свідоцтво Міністерства юстиції України KB № 22780-12680P
Загальнодержавне видання

Рекомендовано до друку Вченою радою юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича
(протокол № 6 від 24 грудня 2021 року)

Адреса редколегії «Ерліхівського журналу»: Україна, 58012, м. Чернівці, вул. Коцюбинського, 2, Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, кафедра людських прав, тел. +38 (0372) 58-47-54

Postal address of the Editorial Board of Ehrlich's Journal: 58012, Ukraine, Chernivtsi, Kotsiubynskiy str. 2, Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, The Department of Human Rights, +38 (0372) 58-47-54

© Чернівецький національний університет, 2021
© Chernivtsi National University, 2021

Підписано до друку 24.12.2021 р. Формат 60×84/8. Папір офсетний.

Умовн. друк. арк. 7,67. Зам. № 0923/600

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»
65101, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1

Телефони: +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08. E-mail: mailbox@helvetica.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6424 від 04.10.2018 р.

ЗМІСТ

Сучасні українські переклади праць Євгена Ерліха	
Євген Ерліх (Пер. з нім., наукова редакція та анотація В. В. Трутня).....	5

ТЕОРІЯ СУДДІВСЬКОГО ПРАВОЗНАХОДЖЕННЯ У ПРАЦЯХ ЄВГЕНА ЕРЛІХА

Забезпечення єдності судової практики крізь призму концепції «живого права» Євгена Ерліха	
Неля Савчин	12

СУДДІВСЬКЕ ПРАВОЗНАХОДЖЕННЯ: ДОКТРИНАЛЬНІ ЗАСАДИ, ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ І ПРАКТИКА ЗДІЙСНЕННЯ

Правові позиції ЄСПЛ щодо розуміння заборони примусової праці як стандарти захисту трудових прав людини	
Людмила Вакарюк	20
Категорія публічного інтересу при визначенні меж адміністративного розсуду	
Віталій Вдовічен	30
Атрибутивні основи інтерпретаційної та дискреційної активності судді як вимога сьогодення	
Наталія Гураленко	40
Колізії та прогалини в праві, способи їх подолання в адміністративному судочинстві	
Валерій Колпаков	47
Правове регулювання права на доступ до суду (на прикладі адміністративного судочинства)	
Ауріка Паскар	54

ДО УВАГИ АВТОРІВ

Вимоги до публікацій	61
Політика рецензування	65

CONTENTS

Modern Ukrainian translations of Eugen Ehrlich's papers	
Yevhen Erlikh (Translated from German, academic editing and abstract by V. V. Truten)	5

THEORY OF JUDICIAL JURISPRUDENCE OF EUGEN EHRLICH'S PAPERS

Ensuring the uniformity of court practice through the prism of the concept of "Living Law" by Eugen Erlich	
Nelya Savchyn	12

JUDICIAL JURISPRUDENCE: DOCTRINE PRINCIPLES, LEGAL REGULATION AND IMPLEMENTATION PRACTICE

The ECtHR'S legal position on the understanding of the prohibition of forced labor as standards for the protection of human rights	
Liudmyla Vakariuk	20
Category of public interest in determining the boundaries of administrative reasoning	
Vital Vdovichen	30
Attributive basis of the judge's interpretative and discretionary activity as a requirement today	
Nataly Huralenko	40
Collisions and gaps in the law, ways to overcome them in administrative jurisdiction	
Valerian Kolpakov	47
Legal regulation of the right of access to court (on the example of administrative judiciary)	
Auric Pascar	54

FOR AUTHORS

Requirements for manuscripts	61
The review policy	65

СУЧАСНІ УКРАЇНСЬКІ ПЕРЕКЛАДИ ПРАЦЬ ЄВГЕНА ЕРЛІХА

УДК 34.01-027.21

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlichsjournal-2021-5.01>

Вільне правознаходження*)

Університетський професор доктор Євген Ерліх¹

ЄВГЕН ЕРЛІХ

Пер. з нім., наукова редакція та анотація В. В. Трутня
(Чернівецький національний університет, Україна)

Анотація. У статті йдеться про роз'яснення Є. Ерліхом ідеї вільного правознаходження, про яку йшлося в його програмній доповіді «Вільне правознаходження і вільна правова наука» (1903), що спричинила виникнення руху за вільне право.

У цій статті, яка складається з 18 абзаців, можна виділити вступ і основну частину, причому в основній частині дається відповідь на критику з наведенням прикладів, а також констатується стан справ, який склався після виходу у світ згаданої вище програмної доповіді. Докладніше йдеться про таке:

У вступі [1–2] ставиться питання про зв'язаність судді правом, а також констатується панівний погляд, який полягає в виведенні судового рішення з тексту закону, і говориться про неможливість погодитися з цим поглядом, якщо рішення виявляється «незрозумілим».

Далі [3–6, 7] критикується уявлення про безпрогальність системи правових правил, яке тягне за собою так званий «технічний» спосіб знаходити рішення у разі відсутності розв'язання у праві. Констатується, що слід порвати з фікцією повноти права. Це веде до боротьби навколо вільного правознаходження. У [7] наводиться приклад про відповідальність господаря тварини за нанесену нею шкоду як приклад так званого правознаходження *praeter legem*, тобто правознаходження у разі наявності прогалини в праві.

У [8–9] говориться про так зване правознаходження *contra legem*, тобто, якщо узагальнити, правознаходження у разі наявності помилки в праві. Далі [10–12] наводиться приклад тлумачення закону, яке суперечить сенсу і духу закону, проте узгоджується з технічним традиційним правознаходженням.

У [13] говориться про суддю, який міг би мати справу з вільним правознаходженням. У [14] відкидається критика вільного правознаходження за зневагу до парламентаризму. У [15] знову говориться про професію судді.

Далі [16–18] говориться про розвиток руху за вільне право з натяками на питання наукового пріоритету. У [16] заперечується внесок О. Бюлова у виникнення цього руху. У [17] піднімається питання про псевдонім «Gnaeus Flavius», який, як буде розкрито пізніше, належить Г. Канторовичу, і перераховуються прихильники згаданого руху. Підкреслюється внесок Ф. Адікеса в формування ідеї вільного правознаходження. У [18] говориться про внесок автора статті в розвиток ідеї вільного правознаходження, який розпочинається, на його думку, ще в 1888 році.

*) **Примітка.** За останні дні кілька газет, які зазвичай звертають увагу тільки на плітки з судового залу і на сенсації, раптом зацікавилися також правознаходженням і тлумаченням закону. Питання вільного правознаходження в цих газетах розумілося так доволі хибно, суть справи так повністю викривлена навіть авторитетами, що ми вважали своїм обов'язком звернутися до пана професора доктора Євгена Ерліха, якого ми вважаємо *справжнім автором руху* за вільне правознаходження, і прохати його розібрати цю тему в нашій газеті. Пан професор доктор Ерліх відгукнувся на наше запрошення і ми поспішаємо опублікувати його статтю, хоча ми, за іншими підставами, ніж Унгер і Кляйн, не є безумовними прихильниками вчення про вільне правознаходження.

¹ Ehrlich E. Die freie Rechtsfindung // Das Recht: volkstümliche Zeitschrift für österreichisches Rechtsleben. 1906. Jg. 4/5. No. 3. S. 35–41.

Пагінація оригіналу передана за допомогою ■, причому номер сторінки вказується на її початку, а ■ означає кінець попередньої сторінки.

У перекладі слова, які в оригіналі виділені розрядкою, виділяються *курсивом*. Вставки перекладача беруться в дужки і виділяються словом *sc.* (scilicet, ≈ тобто).

¹ Про Є. Ерліха див.: Rehinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1986. 147 S.; Bibliogr. Eugen Ehrlich S. 143–147; Vogl S. Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2003. 396 S.; Nežurbida S. I., Djačuk M. I. Eugen Ehrlich. Bibliographic index / Introd. art. by M. Rehinder; Ed. S. Tomaščíková. Wilmington: Vernon Press, 2018. XXIII, 350 p.

Стаття Є. Ерліха спрямована, по суті, на обґрунтування принципу методичної чесності, який полягає в обмеженні технічного правознаходження думкою законодавця, тоді як поза нею потрібно відкрито говорити про вільне правознаходження як про думку судді.

Ключові слова: тлумачення закону, безпрогальність права, правознаходження *praeter legem*, правознаходження *contra legem*, науковий пріоритет, юридична методологія.

MODERN UKRAINIAN TRANSLATIONS OF EUGEN EHRLICH'S PAPERS

UDC 34.01-027.21

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlichsjournal-2021-5.01>

YEVHEN ERLIKH

(Translated from German, academic editing and abstract by V. V. Truten)

Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine

Abstract. The article deals with E. Ehrlich's interpretation of the idea of free law-making, which was discussed in his programmatic report "Free Law-Making and Free Legal Science" (1903), which led to the emergence of the free law movement.

The present article, which consists of 18 paragraphs, can be divided into an introduction and a main part; the latter responds to the criticism citing examples and presents the state of affairs that has developed since the publication of the above-mentioned program report. More specifically, the following is covered:

Introduction [1–2] raises the question of a judge's binding by law and finds the prevailing view that a court decision is derived from the text of the law, and states that it is impossible to agree with such a view if the decision is "incomprehensible".

Further, [3–6; 7] it is criticized the notion of a flawless system of legal rules, which entails the so-called "technical" way of finding solutions in the absence of a solution in law. It is established that we should dispose of the fiction of the completeness of law. This leads to a struggle around free law-making. In the paragraph [7], the author gives an example of the liability of an animal's owner for damage caused by the animal as a case of the so-called *praeter legem* law-making, i.e., law-making in the presence of a gap in law.

The paragraphs [8–9] cover the so-called *contra legem* law-making, i.e., in general, law-making in the case of an error in law. Further, in [10–12], there is an example of a law interpretation that contradicts the essence and spirit of the law but is consistent with the technical traditional law-making.

The paragraph [13] refers to a judge who could deal with free law-making. [14] rejects the criticism of free law-making as a disregard for parliamentarism. In [15], the profession of a judge is again mentioned.

Further, [16–18] discuss the development of the free law-making movement with hints at scientific priority. In [16], O. Bülow's contribution to the emergence of the relevant movement is denied. In [17], the issue of the pseudonym "Gnaeus Flavius" is raised, which, as will be revealed later, belongs to G. Kantorovich; the supporters of the movement are also listed. The author emphasizes the contribution of F. Adickes to the formation of the idea of free law-making. In [18], it is discussed the article's author to the development of the idea of free law-making, which, in his opinion, began in 1888.

E. Ehrlich's article is essentially aimed at substantiating the principle of methodological honesty, which consists in limiting technical law-making to the opinion of the legislator, instead one should openly regard free law-making as the opinion of a judge.

Key words: interpretation of law, flawless of law, *praeter legem* law-making, *contra legem* law-making, scientific priority, legal methodology.

ВІЛЬНЕ ПРАВОЗНАХОДЖЕННЯ

Якою мірою суддя зв'язаний правом? Чи може він, принаймні за певних умов, вільно знаходити свої рішення або ж всі вони безумовно накреслені йому наперед у параграфах закону? Панівний погляд, а він панує не лише в юристів, але й у самому народі, – припускає, справді, дуже широку зв'язаність. Суддівські рішення мусять бути виведені безпосередньо з якоїсь частини закону і не можуть ні на йоту віддалятися від того, що пропонує закон, – так думають сьогодні, окрім, скажімо, країн англо-американського права, майже всі юристи цивілізованого світу, так думає і народ. [1]

І все ж ця одностайність внутрішньо дещо ламка. Оскільки, якщо ухвалюється рішення, яке зазвичай евфемістично називають «незрозумілим», то ніхто не заспокоюється тим, що рішення ґрунтується безпосередньо на законі, ні юристи, ні народ. Від рішення вимагають до того ж ще й, щоб воно було розумним, щоб воно не було безглуздом. Отже, людина у жодному разі не схильна спокійно миритися з рішенням, яке видається безглуздом, через те, що воно обґрунтоване в якомусь правовому приписі. [2]

Проте ясно, що панівне вчення пов'язане ще з якоюсь іншою передумовою. Якщо кожне рішення мусить бути виведено із $\blacksquare_{36}$ правоположення, то, вочевидь, завжди існує правоположення, з якого рішення могло б виводитися. І справді, цим шляхом доходили до тверджень, що чинне право є повністю безпрогальною системою правових правил і що воно надає юристові відповідь на кожне питання, якщо тільки він знає, як її шукати. В ньому є все. Потрібно тільки старанно читати у Талмуді. [3]

У такій формі це вчення було, без сумніву, хистким. Достатньо вказати на нові винаходи. Вони поставили перед юристом безліч нових завдань, розв'язання яких він марно шукав би в праві вже з тієї причини, що в той час, коли правові правила були закріплені, винаходів ще якраз не було. Немоżliво ігнорувати також усвідомлення, що з кожним днем життя демонструє явища, які не могли бути передбачені, а тому й не могли регулюватися в дотеперішньому праві; і все ж суддя дуже часто мусить знаходити рішення у таких випадках. Спосіб, у який юристи зазвичай задовольняються цими простими фактами, дуже «технічний». Частково вони роблять це, вкладаючи завдяки дуже заплутаній павутині вигадливих тлумачень, аналогій, фікцій, конструкцій стільки всього в право, що воно отримує значно багатший зміст, ніж повинно було б мати згідно зі своїм справжнім запасом правил; а частково, вкладаючи труднощі з судді, що знаходить рішення, на сторону, яка чогось домагається. Адже вони вимагають від кожного судового домагання, щоб воно ґрунтувалося на правовому правилі; а якщо таке правове правило не знаходять, то тоді домагання мусить бути відхилене. Цьому прагненню підтримувати видимість повноти права штучними засобами саме право йде, наскільки це можливо, назустріч. «Мовчазне волевиявлення», «добросовісність», «добрі звичаї», «публічний інтерес» – це частково бажані неясності у законах, які можуть означити будь-що; вони дають судді прикриття для провезення контрабандним шляхом своєї власної побудови як усталеного права. [4]

Перший обов'язок науки: правдивість. Фікція повноти – це щось неправдиве й з нею мусимо порвати. У праві вирішені тільки ті справи, які в ньому вирішені – усе, що в ньому не вирішено, в ньому не вирішено. Цим розв'язана найважча частина завдання, якому ми приділяємо тут увагу. Якщо обмежити чинність правового правила справами, які увижалися законодавцеві, то, окрім цілком застарілого права, для судді не часто буде створена ситуація насилля над совістю: справи, які він справді ясно бачив, творець права вирішив загалом і цілком розумно. Немоżliвих результатів, схоже, досягають тільки тоді, коли бажають застосовувати правило до справ, про які він зовсім не думав. [5]

А якщо суддя мусить вирішувати справи, які закріплене право не вирішило, то я справді не знаю, як він інакше міг би знайти рішення, ніж у вільному творенні самотужки. Деякі закони, передусім австрійський Цивільний кодекс, навіть виразно привертають його увагу до цього. Тож боротьба навколо вільного правознаходження є передусім боротьбою проти неправдивості $\blacksquare_{37}$ повноти права; якщо від неї відмовляються, то тоді вільне правознаходження є само собою зрозумілим. Це боротьба проти вигадливих тлумачень, аналогій, конструкцій, проти всього того технічного й таємничого, що робить роботу юриста в широких колах такою незрозумілою і водночас такою ненависною. Однак це також боротьба навколо суддівського стану, який, як і колись у Римі й ще сьогодні в Англії, міг би віддавати належне таким величним завданням. Оскільки одним тільки вільним правознаходженням зроблено ще небагато, «це» мусимо «і мати можливість» (sc. зробити). [6]

Дозвольте мені навести приклад. В «Майбутнє» (sc. відп. ред. Максиміліана) Гардена недавно можна було прочитати кумедну статтюⁱⁱ про наслідки одного визначення Цивільного кодексу для Німецької імперії, яке робить господаря тварини безумовно відповідальним за шкоду, заподіяну твариною. Отже, якщо мої коні, налякані автомобілем, розіб'ють мій візок, нароблять шкоди мені і моїм дітям і пошкодять також автомобіль, то я маю відшкодувати власникові автомобіля всі збитки, а мені їх ніхто не відшкодує. А якщо я, крім того, взяв на свій візок зі співчуття чоловіка, підібравши хворого на

ⁱⁱ Reinhold O. Der Thierhalter // Die Zukunft. 1905. Bd. 54. S. 200–206.

вулиці, а він гине у аварії, то я мушу утримувати його вдову і його дітей до кінця життя. А автомобіліст, який налякав моїх коней, ні до чого незобов'язаний.ⁱⁱⁱ Таких випадків перераховується там багато, але що саме вони доводять? Те, що законодавець, ухваливши загалом цілком виправдане визначення, думав не про всі справи, які можуть трапитися, інакше він ухвалив би для багатьох справ згаданого виду дещо інше. Але справ, про які законодавець не думав, закон не повинен був би стосуватися уже згідно з панівним сьогоднішнім вченням, навіть якщо він підійшов би за своїм дослівним текстом. Згідно з запропонованим тут розумінням, тепер була б в наявності прогалина в праві й суддя міг би вільно знайти рішення. Однак панівне вчення, яке відкидає вільне правознаходження, змушує суддю, незважаючи на це, ухвалювати рішення згідно з законом за допомогою розширювального тлумачення, аналогії, фікції, конструкції.^[7]

Звісно, може трапитися й так, що за своїм сенсом безсумнівне, виразне визначення закону підганяє суддю до рішення, яке видається йому несправедливим. Як він має поводитися в такому разі? Ну що ж, суддя, згідно з панівним сьогоднішнім принаймні на європейському континенті розумінням, є насамперед державним службовцем і як такий буде дотримуватися наказів держави. Той, хто знає організацію судівництва, погодиться, що (*sc.* судді, подібні до) Маньо навряд чи будуть в осяжний час чимось іншим, ніж курйозом, які б теорії про тлумачення законів не були запропоновані.^[8]

Але навіть тут не рекомендується натягувати титиву надто туго. Пруський указ від 1739 року, який наводить *Адікес* у праці^{iv}, яку ще потрібно буде згадати, містив визначення: «Якщо адвокат або повірений у справах або інша подібна людина підбурюватиме людей передавати в закінчених і тривіальних справах Його Величності імедіатні (*sc.* безпосередні) меморандуми, то тоді Його Величність бажають повісити такого адвоката без усякої милості й пощади і велять вивісити поряд з ним ■₃₈ собаку»^v. Згідно зі свідченнями, які заслуговують на довіру, цей указ ніколи не був застосований і також найзавзятіші поборники технічного правознаходження не будуть вважати це незрозумілим. В Австрії чинна ще сьогодні постанова від 27 квітня 1854 року, згідно з якою ввезення, обіг, заволодіння й поширення грошових знаків революційної пропаганди (квитки Мадзіні, доларові банкноти Кошута, бони Гарібальді) обґрунтовує співучасть у злочині державної зради, просте володіння такими – злочин, за який загрожує строгий арешт від трьох місяців до одного року. Доларовими банкнотами Кошута можна зручно заволодіти у Відні у більшості торговців антикваріатом і інколи можна побачити навіть у вітринах. Те, що хтось переслідувався б через це, схоже, десятиліттями уже не трапляється. Я хотів би справді побачити суддю, який засудить лахмітника, що заволодіває доларовими банкнотами Кошута або квитками Мадзіні чи їх збуває, через співучасть в державній зраді, із застосуванням надзвичайного права пом'якшення покарання, хоча б до одного року в'язниці. Для виправдання, звісно, потрібно буде знайти добрі підстави – але вони є уже, через дослівний текст постанови, вільним правознаходженням.^[9]

Все ж такі випадки доволі рідкісні. Набагато більшими могли б бути небезпеки, які загрожують із суперечного сенсу й духу закону тлумачення, *яке, однак, сповна узгоджено з технічним традиційним правознаходженням*. Я знову бажаю навести тут кілька прикладів цього. Можливо, ніде суди не чіпляються так прискіпливо за дослівний текст закону, як в Австрії, особливо Касаційний суд в кримінальних справах. Згідно з австрійським кримінальним законом, злочин публічного насильства коїть нині той, хто за допомогою небезпечної погрози або *дійсного насильницького рукоприкладства* опирається службовцеві під час виконання (*sc.* його) адміністративного доручення або під час здійснення (*sc.* ним) офіційних або службових обов'язків із наміром зірвати це виконання. Словами «дійсне насильницьке рукоприкладство» закон з усілякою бажаною ясністю постановив, що цей злочин коїть тільки той, хто *дійсно* застосовує силу. Із цього самого собою цілком справедливого параграфа наша юдикатура зробила одну із найжорстокіших машин засудження, що існує. Згідно з цим параграфом засуджується бідна жінка, яка намагається вирвати у стягувача податку такі, що згідно з законом не підлягають арешту подушки, які він забирає у неї з ліжка для арешту. Зі стягувачем податку, який цим за законом

ⁱⁱⁱ Ebenda, S. 202–203.

^{iv} Adickes F. Studien über die heutige Geltung des Römischen Rechts. 1 Zur Lehre von den Rechtsquellen: insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache der Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht. Cassel [u.a.]: Wigand, 1872. XII, 81 S.

^v Ebenda, S. 77.

цілком недопустимим накладенням арешту на майно накликає на людину лихо, само собою зрозуміло, нічого не трапляється. «Дійсне насильницьке рукоприкладство» – так ми чуємо – «може полягати також у вириванні взятого в руки і зафіксованого офіційним органом документа.» Або: «Навіть „неделікатне відсунення убик офіційної особи“ може бути дійсним насильницьким рукоприкладством.» Отже, навряд чи можна уявити якусь дію, яка не було б, на думку Касаційного суду, дійсним насильницьким рукоприкладством. І все ж Касаційний суд залишається сповна відданим за допомогою цих тлумачень панівному юридичному методу. При цьому йдеться не про дріб'язок. Йдеться про злочин, який карається *каторжною* в'язницею від шести місяців до одного року, про знищені засоби до існування, про руйнування ■₃₉ сімей: через «виривання документа» або «через неделікатне відсунення убик офіційної особи». І ці засудження відбуваються не на підставі закону, а на підставі його більш ніж спірного тлумачення. [10]

І все ж це ще не все. Кримінальний закон говорить далі про цей злочин: «Якщо опір відбувся б зі зброєю, то злочин потрібно карати каторжною в'язницею від одного до п'яти років.» Що таке зброя? Хотілося б вірити: предмет, який зазвичай слугує нападу або захисту. Але, на думку Касаційного суду, зброєю є майже все, що в підсудного було в руці, отже, парасолька, люлька для паління, чубук. Добре помітно, що йдеться не про те, чи це було використано, більш високу міру покарання отримає і той, хто, скажімо, під час «неделікатного відсунення убик офіційної особи» такий предмет тільки мав у руці. [11]

Яка мета у всіх цих тлумачень? Суворі покарання доречні, якщо йдеться про залякування. Кого бажають тут залякати? Публічне насильство над службовцем у обговореній тут формі коїться особами, які й так уже дуже пригноблені примусовим стягненням або арештом – воно коїться під час сильного душевного спалаху і трапляється, мабуть, завжди тільки спорадично. Про здійснюване як промисел публічне насильство над службовцем навряд чи хтось чув – а якщо в певній місцевості накопичаться такі дії в небезпечний спосіб, то вони, звісно, не обмежаться неделікатним відсуненням убик офіційної особи або вириванням зафіксованого нею документа, а будуть тоді полягати в *дійсному* насильницькому рукоприкладстві. Однак такі питання про слушність, справедливість, доцільність суворого покарання були б можливі тільки щодо вільного правознаходження. Касаційний суд натомість не знаходить право, а тільки тлумачить закон. І тому ви аж ніяк не можете запитати у нього, навіщо це все. [12]

А що стосовно правової певності? Куди ми прийшли б, якби кожний суддя грав у законодавця? Сьогодні ми принаймні знаємо наперед, чого можна очікувати. Що станеться, якщо розповсюдиться вільне правознаходження? Ну що ж, де закон говорить ясно й чітко, там правова певність буде не меншою, ніж тепер, оскільки всупереч ясному й чіткому дослівному тексту закону вирішують, залежно від обставин, обрані швейцарські судді, але, звісно, не призначений службовець. Де ж закон *не* містить ясного й чіткого визначення: я хочу бачити *того*, хто насмівився б прогнозувати сьогодні суддівське рішення! Набагато більшу цінність, ніж зв'язаність законом мала б стала юдикатура, опанована ясними засадами. Те, що вона може бути погано влаштована і без вільного правознаходження, це ми, однак, всі знаємо, а того, що вона сповна сумісна з вільним правознаходженням, навчає Англія, класична країна вільного правознаходження. Та ба, вона може ще більше розквітнути саме у разі вільного правознаходження. Вільне правознаходження веде, само собою зрозуміло, до сталого суддівського права. Всюди виявилось, що суддя, який має вільно знаходити рішення, дотримується, наскільки це можливо, висловленої одного разу однорівневими або вищими судами ■₄₀ засади, тоді як кожне нове тлумачення закону може навчати його кращому тією мірою, якою він зв'язаний законом. [13]

На превелике моє здивування, я недавно прочитав, що думка про вільне правознаходження виникла начебто зі зневаги до парламентаризму. Чому ж воно квітне в Англії, класичній країні парламентаризму? Я знаю, що вільний від зневаги до парламентаризму й, звісно, не думаю відмовляти законодавчим зборам у праві видавати приписи, які зв'язують суддю. Але з того, що законодавчі збори можуть виробляти закони, ще не випливає, що вони можуть робити будь-що, що вони повинні робити будь-що, також те, що інші можуть робити краще, ніж вони. А те, що вони не можуть виробити безпрогальний закон, який все передбачає, це вони досить часто доводили. [14]

Однак головна справа – це суддівський стан, який доріс би до такого величного завдання. Те, що він відсутній сьогодні поза Англією, безсумнівно. Само собою зрозуміло, він також ніде не може бути створений на голому місці з нічого, він мусить повільно, поступово підготуватися; але дечого можна було б досягнути вже сьогодні кращою організацією суддівського стану. Я намітив це вже в своїй

останній праці, яка приділяє увагу вільному правознаходженню^{vi}. Тим часом вкрай похвальна книга Адікеса^{vii} докладно розробила цю думку^{viii}. Те, що нова організація не відразу буде плодоносити, щоправда, безсумнівно, але якщо ми ніколи не розпочнемо з цього, то ми ніколи цього не досягнемо. І передусім мусять бути встановлені цілі, яким повинна слугувати ця організація, оскільки вона повинна бути пристосована до цих цілей, так само, як сьогодняшня організація суддівського стану виникла з її цілей: стан суддів-службовців як орган виконання адміністративних наказів. Й доки у нас немає суддівського стану, який відповідав би найвищим завданням, у нас не буде й правосуддя, яке відповідало б найвищим завданням, ні вільного, ні зв'язаного. [15]

Вільноправовий рух налагодився лише в останні три роки. Підходи до нього можна знайти дуже спорадично уже в старих роботах (Ляйзер)^{ix}. Однак неправильно прив'язувати рух за вільне правознаходження до праці Бюлова «Законо і судівництво», яка вийшла друком в восьмидесяті роки минулого (sc. XIX) століття^x; це впливає уже з того, що Бюлов ніколи, ні в згаданій праці, ні деінде, не висловився за вільне правознаходження. Чим пояснюється непорозуміння, мені незрозуміло. [16]

Gnaeus Flavius – я не *Gnaeus Flavius* і аж ніяк не в усьому з ним згоден – репрезентує в праці^{xi}, яка зараз дала привід до стількох обговорень, вільне правознаходження з великим знанням справи, натхненню і вправно. Прихильники цього вчення будуть вдячні йому за його роботу, не зважаючи на деякі перебільшення, які вона містить. Однак він аж ніяк не є його винахідником. У дев'ятнадцятому столітті його виклав, після декількох попередників^{xii}, Адікес, теперішній обер-бургомістр у Франкфурті-на-Майні, у праці «До вчення про джерела права», яка вийшла друком в 1872 році^{xiii}. Останнім часом воно здобуває все більше захоплених поборників; у Німеччині (sc. – це) ■|₄₁ Штампє, Штернберг, Радбрух, Румпф, в Австрії – Штайнбах, частково також Унгер; у Франції – Жені, Салей, Ламберт.^{xiv} Не так давно в цьому сенсі висловився також наш Імперський суд в одному дуже примітному рішенні, мабуть, під впливом, свого голови Унгера. В деталях вчені, само собою зрозуміло, дуже відхиляються один від одного як в обґрунтуванні, так і в обсязі, у якому вони бажають визнати вільне правознаходження. [17]

Я вірю, що поділяю з Адікесом честь передування у часі. Я намагався обґрунтувати вільне правознаходження вже в 1888 році у великій статті, яка вийшла друком в «Юридичній газеті»: «Про прогалини в праві»^{xv}, а потім в своїй монографії: «Мовчазне волевиявлення»^{xvi}. Я зайшов при цьому не так далеко, як Адікес, однак уже тоді першим встановив пункти, які сьогодні відіграють головну роль в науковому обговоренні питання: я пояснив уже тоді, що вчення про гадану закритість правової системи ґрунтується на досягненнях хитрості і фікціях^{xvii} і визначив природу прогалин в праві так, як це відбувається у загальних рисах сьогодні^{xviii}. На декількох прикладах (природи речі, принципу добросовісності, мовчазного волевиявлення) я показав, як юдикатура змиралася з труднощами, які їй готує

^{vi} Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft: Vortrag gehalten in d. Jur. Ges. in Wien am 4. Maerz 1903. Leipzig: Hirschfeld, 1903. VI, 40 S.

^{vii} Adickes F. Grundlinien durchgreifender Justizreform: Betrachtungen und Vorschläge unter Verwertung englisch-schottischer Rechtsgedanken. Berlin: Guttentag, 1906 VII, 170 S.

^{viii} Ebenda, S. VII, 10 u.a.

^{ix} Тезу Є. Ерліха підтверджує Ян Шрьодер: Schröder J. Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990). Bd. 1 1500–1933. 3. Aufl. München: C.H. Beck, 2020. S. 159–160 з посиланням на: Leyser A. Meditationes ad Pandectas, I, 3. Ausg., Leipzig und Wolfenbüttel 1741, S. 29–30 (= spec. 3, Nr. 6).

^x Bülow O. Gesetz und Richteramt. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885. XII, 48 S.

^{xi} Kantorowicz H. (= Gnaeus Flavius) Der Kampf um die Rechtswissenschaft. 1. u. 2. Tsd. Heidelberg: Winter, 1906. 50 S.

^{xii} Крім Франца Адікеса, також Зігмунд Шлосман (Siegmond Schloßmann), Райнгард Франк (Reinhard Frank); Рудольф фон Ієринг (Rudolf von Jhering), Йозеф Колер (Josef Kohler), див.: Riebschläger K. Die Freirechtsbewegung: zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule. Berlin: Duncker & Humblot, 1968. S. 26–32.

^{xiii} Adickes F. Studien über die heutige Geltung des Römischen Rechts ..., 1872.

^{xiv} Про рух за або навколо вільного права загалом і про його представників див.: Riebschläger K. Die Freirechtsbewegung, 1968. passim 124 S.

^{xv} Ehrlich E. Über Lücken im Rechte // Juristische Blätter. 1888. Nr. 38–53, Jg. 17. S. 447–630: 447–449, 459–461, 471–473, 483–485, 495–498, 510–512, 522–525, 535–536, 546–547, 558, 569–570, 581–583, 594–597, 603–605, 618–620, 627–630.

^{xvi} Ehrlich E. Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1893. XII, 296 S.

^{xvii} Ehrlich E. Über Lücken im Rechte, S. 447–448, 604.

^{xviii} Ehrlich E. Über Lücken im Rechte, S. 448, про зміну попереднього поняття прогалини див.: Ehrlich E. Die juristische Logik. Tübingen: Mohr, 1918. S. 215.

хистка теорія про повноту правової системи^{xix}. А в доповіді, яку я зробив в 1903 році у Віденському правовому товаристві, а потім опублікував в друкованому виданні^{xx}, нове вчення з'являється вже таким, як я його у цей час сповідаю. Рух у Німеччині виходить здебільшого із моєї доповіді^{xxi}, принаймні він у часі йде за нею. Тому я претендую для себе на заслугу, що першим репрезентував справу уже багато років тому і налагодив останнім часом знову. Вона з великою готовністю визнається за мною і більшістю, зокрема визнає й Gnaeus Flavius^{xxii}. Само собою зрозуміло, в цьому нічого не змінюється через те, що вона іншими замовчується. [18]

Іменний покажчик Сторінки вказані за оригіналом.

Адїкес, Франц (Adickes, Franz) 37, 40, 41	Ляйзер, Августин (Leyser, Augustin) 40
Бюлов, Оскар (Bülow, Oskar) 40	Мадзіні, Джузеппе (Mazzini, Giuseppe) 38
Гарден, Максиміліан (Harden, Maximilian) (відп. ред.) 37	Маньо, Жан Марі Бернар Поль (Magnaudo, Jean Marie Bernard Paul) (суддя) 37
Ерліх, Євген (Ehrlich, Eugen) 35	Радбрух, Густав (Radbruch, Gustav) 41
Gnaeus Flavius (Гней Флавій, псевдонім Германа Канторовича (Kantorowicz, Hermann)) 40	Румпф, Макс (Rumpf, Max) 41
Гарібальді, Джузеппе (Garibaldi, Giuseppe) 38	Салей, Раймон (Saleilles, Raymond) 41
Жені, Франсуа (Gény, François) 41	Штампе, Ернст (Stampe, Ernst) 41
Кляйн, Франц (Klein, Franz) 35	Штернберг, Теодор (Sternberg, Theodor) 41
Кошут, Лайош (Kossuth, Lajos) 38	Штайнбах, Еміль Роберт Вільгельм (Steinbach, Emil Robert Wilhelm) 41
Ламберт, Едуард (Lambert, Edouard) 41	Унгер, Йозеф (Unger, Josef) 35, 41

^{xix} Ehrlich E. Über Lücken im Rechte, S. 510–597: 510–512, 522–525, 535–536, 546–547, 558, 569–570, 581–583, 594–597; 448–498: 448–449, 459–461, 471–473, 483–185, 495–498. Ehrlich E. Die stillschweigende Willenserklärung, 1893 passim.

^{xx} Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903.

^{xxi} Ebenda.

^{xxii} Kantorowicz H. Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906. S. 8.

ТЕОРІЯ СУДДІВСЬКОГО ПРАВОЗНАХОДЖЕННЯ У ПРАЦЯХ ЄВГЕНА ЕРЛІХА THEORY OF JUDICIAL JURISPRUDENCE OF EUGEN EHRlich'S PAPERS

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ КРІЗЬ ПРИЗМУ КОНЦЕПЦІЇ «ЖИВОГО ПРАВА» ЄВГЕНА ЕРЛІХА

УДК 347.97/.99

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlichsjournal-2021-5.02>

НЕЛЯ САВЧИН

кандидат юридичних наук,

асистент кафедри процесуального права

Чернівецького національного університету

імені Юрія Федьковича, Україна

n.savchyn@chnu.edu.ua

Анотація. У статті здійснюється аналіз юридичної літератури щодо розуміння та значення концепції «живого права» Є. Ерліха. Досліджуються різні праці ученого з приводу його власного розуміння «живого права». Концепція «живого права», як і доктрина природного права, чинить безпосередній вплив на побудову правової свідомості людини, формування громадянського суспільства і правової держави. Основне положення концепції «живого права» вказує на те, що право повинно йти в ногу з часом і змінюватись відповідно до нових викликів суспільства. Зазначено, в чому проявляється вплив позитивного та природного права на суспільні відносини, які завжди розвиваються. Розкривається поняття та значення судової практики. Єдність судової практики є запорукою довіри громадян до судової гілки влади. Розкрито вплив концепції «живого права» Є. Ерліха на забезпечення єдності судової практики. Здійснюється аналіз юридичної літератури з приводу дослідження правової природи судових рішень вищих судів, а саме Верховного Суду. Доведено, що Верховний Суд має особливий правовий статус, яке визначається тим, що він не тільки здійснює правосуддя, але й покликаний виконувати функцію забезпечення однакового застосування законодавства всіма судами. Основне призначення вищого судового органу держави полягає не тільки у здійсненні правосуддя, а й у забезпеченні однакового тлумачення і застосування закону всіма судами. Необхідно, щоб закони застосовувалися однаково в аналогічних справах та за схожих фактичних обставин, що у свою чергу буде гарантувати стабільність правовідносин і впевненість у правомірності майбутньої поведінки. Виходячи з проведеного дослідження, наголошується на перевагах забезпечення єдності судової практики.

Ключові слова: аналогічні справи, вищі судові органи, єдність судової практики, здійснення правосуддя, концепція «живого права», позитивне право; правова визначеність, правова позиція, природне право, судова практика, судова система, судові рішення, суспільні відносини.

ENSURING THE UNIFORMITY OF COURT PRACTICE THROUGH THE PRISM OF THE CONCEPT OF “LIVING LAW” BY EUGEN ERHLICH

UDC 47.97/.99

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlichsjournal-2021-5.02>

NELYA SAVCHYN

PhD, Associate Professor of the Department of Procedural Law

Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine

n.savchyn@chnu.edu.ua

Abstract. The article analyzes the legal literature on the understanding and meaning of the concept of “Living Law” by E. Ehrlich. Various works of the scientist on his own understanding of “Living Law” are studied. The concept of “Living Law”, like the doctrine of natural law, has a direct impact on the construction of human legal consciousness, the formation of civil society and the rule of law. The basic tenets of the concept of “Living Law” indicate that the law must keep pace with the times and change in accordance with the new challenges of society. It is noted what is the impact of positive and natural law on social relations, which are always developing. The concept and meaning of judicial practice are revealed. The unity of judicial practice is a guarantee of public confidence in the judiciary. The influence of Ehrlich’s concept of “Living Law” on ensuring the unity of judicial practice is revealed. The analysis of the legal literature on the study of the legal nature of the judicial decisions of the supreme courts, namely the Supreme Court, has been conducted. It has been proven that the Supreme Court has a special legal status, which is determined by the fact that it not only administers justice, but is also called to perform the function of ensuring equal application of the law by all courts. The main purpose of the highest judicial body of the state is not only to administer justice, but also to ensure equal interpretation and application of the law by all courts. It is necessary that the laws be applied equally in similar cases and in similar factual circumstances, which in turn will guarantee the stability of legal relations and confidence in the legitimacy of future behavior. Based on the study, the advantages of ensuring the unity of judicial practice are emphasized.

Key words: similar cases, higher judicial bodies, unity of judicial practice, administration of justice, the concept of “Living Law”, positive law, legal certainty, legal position, natural law, judicial practice, judiciary, court decision, public relations.

Авторитет судової системи України та ефективність судочинства визначаються правильним, аналогічним використанням судами законодавства. Забезпечення єдності судової практики, необхідне, у першу чергу, тому, що воно є реалізацією принципу правової визначеності, який забезпечує прогнозованість судових рішень та стабільність правового регулювання. Шляхом забезпечення єдності судової практики реалізується конституційний принцип рівності всіх громадян перед законом і судом. Також завдяки забезпеченню єдності судової практики настають інші позитивні наслідки. Насамперед, це знаходить відображення у завантаженості суддів, адже при гарантуванні усталеної судової практики в державі, забезпечується її єдність, та бажаючи звернутися з відповідною заявою до суду особи здатні робити прогнози щодо майбутнього прийнятого судом рішення. Це призведе до зменшення кількості звернень до суду та оскаржень прийнятих судових рішень.

Єдність судової практики є запорукою довіри громадян до судової гілки влади, якщо суди в схожих справах щодо різних осіб будуть однаково застосовувати один і той же закон [1, с. 5]. Окрім того, забезпечення єдності судової практики є основоположною засадою не лише для стабілізації ефективного судочинства, а й важливим підґрунтям для стабілізації розвитку всієї української держави.

Р. Кросс, професор Оксфордського університету, вказує, що основний принцип, якого слід дотримуватися при здійсненні правосуддя, полягає в тому, що схожі справи мають вирішуватися однаково [2]. Це пов’язано, насамперед, із тим, що однакове застосування судами законодавства є обов’язковою складовою принципу правової визначеності. Вказаний принцип спрямований на забезпечення можливості учасників правовідносин точно передбачати результати власних дій, упевненості в стабільності свого правового статусу, а також набутих прав, обов’язків. Принцип передбачає гарантію судового захисту, прогнозованість рішень суду, що мають не змінюватися в залежності від юрисдикції, регіону, інших

чинників. Принцип правової визначеності – це стабільність правового регулювання, гарант сталості діючих правовідносин [15, с. 38].

Питання забезпечення єдності судової практики досліджували в своїх працях такі вчені як В. Беляневич, О. Дашковська, Р. Куйбіда, Р. Майданик, С. Погребняк, Я. Романюк, М. Сірий, С. Шевчук, І. Шицький та ін., наукові розробки яких є фундаментальною базою для подальшого дослідження. Твори Є. Ерліха привертають усе більше уваги як вітчизняних, так і зарубіжних дослідників, серед яких М. Антонов, В. Бігун, В. Костицький, О. Кобан, В. Марчук, М. Ребіндер та ін. Однак питання про те, як ідеї та концепції Є. Ерліха можуть бути застосовані для розуміння права у нових суспільних умовах, зокрема, впливати на забезпечення єдності судової практики, потребує глибшого дослідження.

Метою статті є аналіз ідей та концепцій Є. Ерліха для визначення ступеня їх впливу на забезпечення єдності судової практики у сучасних умовах праворозуміння.

У сучасній теорії та практиці законодавства особливого значення набуває соціологічний напрям, що отримав сталості у правознавстві завдяки концепції «живого права», яке висунув Є. Ерліх. Це поняття описує право, що відрізняється здатністю до адаптування до різних потреб суспільства та спроможністю гармонізувати відносини між соціумами, що відрізняються релігіями, звичаями, культурами, тощо [4, с. 17]. Цей відомий австрійський учений відкрив «вільний підхід до права», тобто не часткове, а цілісне відтворення реального змісту головного регулятора відносин суспільства завдяки цій концепції «живого права». Такому відкриттю сприяло позитивне дослідницьке середовище, що завдало впливу на розвиток плюралістичних ідей науково-правового світогляду вченого, та формування його власної оригінальної соціолого-правової концепції [5, с. 106]. Є. Ерліх, молодий професор римського права Чернівецького університету, помітив те, що єдине офіційне австрійське право в поліетнічному та багатокультурному соціумі Буковини та Галичини втілювалося людьми в усіх правовідносинах буденного життя за дотриманням різних соціальних регуляторів.

Різним етнічним групам було характерне бажання намагатися зберегти свою власну культурну ідентичність. Через це норми діючого законодавства використовувалися в цивільному обігу. Така невідповідність до традицій римського права підштовхнула вченого розпочати емпіричні дослідження так званого «живого» права на Буковині. Він вивчав й оцінював як законодавство, так і роль звичаю в правовій практиці. Є. Ерліх визнавав, що власне витоки, розвиток і сутність «живого права» потрібно шукати в порядку, який є в «союзах», що створюються у суспільстві людьми [6, с. 51]. Спрямованість «живого права» – це пізнання порядку, що існує у суспільстві.

Концепція «живого права» Є. Ерліха не була спрямована на заміну собою юриспруденції, а лише намагалась змусити її змінитися з урахуванням соціальної дійсності. Для цього було потрібно усвідомити: закон не може завжди вміщати в собі все життєве розмаїття. За думкою вченого, в суспільному союзі при повсякденній взаємодії людей важливу роль відіграють різні правила поведінки, які становляться загально визнаними. За цими обставинами право втілює собою лише один з об'єднуючих порядків. Даний світогляд стимулює усвідомлення сучасними правотворцями необхідності створювати право, яке буде відповідати існуючим у суспільстві тенденціям. Завдяки дослідженням вдається з'ясувати, яким має бути сучасне право, змінювати його у відповідності до сучасних переваг та потреб. Адже всі новостворені суспільні відносини, що не встигли закріпитися діючим законодавством, становляться причиною правових прогалин, а це неприпустимо.

Право, відповідно до вчення Є. Ерліха, повинно йти в ногу з часом і видозмінюватись, адаптуватися до нових суспільних потреб. Завдяки цьому буде втілено не лише своєчасне та відповідне правове регулювання, але вдасться запобігти старінню і деформації правової свідомості суспільства. Правосвідомість повинна вирізнятися гнучкістю та здібністю до швидкого пристосовування суспільних відносин сьогодення, що постійно стрімко змінюються. Для цього потрібне таке право, що створюється відповідно до появи конкретних нововведень. І. Гніп доречно зауважує про те, що цінність права є мінливою категорією. Вона залежить від суспільства, наявних відносин, основних потреб, інтересів кожного його суб'єкта напряму. Право має виступати в якості медіатора, що виконує завдання по знаходженню компромісів для врегулювання спорів, які виникають при боротьбі та зіткненні інтересів осіб різних соціальних груп, класів [7, с. 51]. Це й є те саме «живе право», що передбачає здатність суспільства до саморегулювання, що створює право на основі своєї діяльності та вносить регулятиви до своєї поведінки. «Живе право» здатне регулювати як людську діяльність, так і емоційний стан суспільства,

ступінь напруженості між суб'єктами правовідносин, бути регулятором на правовому та психоемоційному рівні.

Концепція «живого права», як і доктрина природного права, чинить безпосередній вплив на побудову правової свідомості людини, формування громадянського суспільства і правової держави. Науковець Л. Макаренко вказує:

«Природне право формує ті умови і способи життєдіяльності, які об'єктивно необхідні для нормального існування людини, функціонування суспільства і держави. Тобто людина формує у своїй свідомості природне право як ідеальну модель і водночас прагне відповідати цій моделі» [8, с. 223].

Беручи до уваги це твердження, можна зробити висновок, що суспільство здатне самостійно віднаходити ефективні відповідні та корисні йому регулятори відносин, а також встановлювати пріоритети, намічати власні ідеали. Попри це, враховуючи функцію суспільства у взаємозв'язку з державою, важливість права для формування праворозуміння особи відкидати також не можна, адже державою регулюються суспільні відносини з урахуванням раціональних суджень, а не емоцій та почуттів, що створює оптимально об'єктивне регулювання всіх сфер життєдіяльності людини. Соціологічний тип праворозуміння характеризує категорію «право» як специфічне за своїм змістом явище, що потрібно досліджувати при протиставлянні права та закону в аспекті державно-правових взаємовідносин [9, с. 9].

Неможливо оминати увагою роботу Є. Ерліха – «Вільне правознаходження та вільне правознавство» (1903 р.), яка була створена на основі доповіді перед віденським юридичним товариством. Є. Ерліх виклав зміст власної концепції вільного правознаходження та завдання вільного правознавства у своїй статті. Він зумів довести, що судові рішення приймаються в судах суддями не лише під керуванням позитивного права, а й власного розсуду. Також він зазначив, що право не створюється юристом, а віднаходиться. Попри це немає жодних сумнівів, що під час кожного судового рішення до чинного законодавства завжди додається щось нове, що не тільки засвідчує його (законодавство), але й може стати джерелом нового права [10, с. 169–170]. За Є. Ерліхом «правом юристів» вважається сукупність норм-рішень (правових положень), що використовуються судами задля вирішення судових спорів, а сучасні кодифікації приватного права – форма його легалізації. Також він зазначав, що зі статусу сучасного судді як державного службовця, якому доручено здійснювати правосуддя, із розуміння права як державного наказу для судді, впливає те найвагоміше, яке в наші дні займає закон серед інших джерел права. Далі вчений визначав, що закон є формою державного права, яке «має служити виключно або майже виключно для того, щоб вказувати державним службовцям, як їм поводитися у переданих їм справах, особливо, як вони повинні вирішувати правові спори [10, с. 172]. Автор сам вважав таке розуміння неповним, бо

«Право існує зовсім для інших цілей, ніж для вирішення правових спорів, воно у дійсності є основою суспільної організації» [10, с. 172]. Згадане визначення ролі права у суспільстві, напевно, було зумовлено соціоцентричним світоглядом Є. Ерліха.

У праці Є. Ерліха «Вільне правознаходження та вільне правознавство» достатньо чітко сформульовані погляди автора на державне право і право юристів. За думкою науковця, держава має право не на будь-яке правотворення, а тільки на законодавство [10, с. 181]; право юристів було зовнішньо повністю прирівняне до закону, а це настільки глибоко проникнуло до суспільної правосвідомості та мислення юристів, що має бути враховане тими, хто визнає внутрішню суперечність попри зовнішнє зрівняння [10, с. 175]. Водночас учений впевнений, що право являє собою не застиглу догму, а живу силу; затвердження закону не гарант його чинності; намір законодавця не має на увазі способу дії, втілення закону [10, с. 179]. Є. Ерліх протиставляє традиційним догмам праворозуміння більш динамічний підхід: важливе не визначення правової норми, а «те, як вона живе, як вона діє, як вона відбивається у різних відносинах, як вони ухиляються від неї, і як вона їх переслідує. Хто вважає, як це частенько робить пануюча доктрина, що закон діє так, як того хоче законодавець, той не помічає широкого шляху, який у всіх людських справах відмежовує засіб від дії та дію від її наслідків» [10, с. 181].

Через це, за Є. Ерліхом, головними завданнями «вільного правознавства» є дослідження «прихованого змісту писаного та неписаного права», правовідносин, судової практики та життєвих відносин, незважаючи на їх правове регулювання [10, с. 182].

Є. Ерліхом не заперечувалася важливість державного права та не виключалася можливість для отримання ним соціальної значимості, тобто стати живим правом. Державне та соціальне право

створені для впорядкування життя суспільства, проте фактичні суспільні відносини передують правотворчій діяльності держави. Учений зазначає: «величезне значення держави для права ґрунтується на тому, що суспільство користується державою як своїм органом, якщо мова йде про те, щоб надати сильну підтримку праву, що походить від суспільства. Незалежна від суспільства держава є неможливою» [11, с. 193].

Відстоюючи свої погляди щодо живого права, Є. Ерліх не ідеалізував його, як і не заперечував повністю важливість і роль позитивного державного права. Ми не зможемо знайти в працях ученого висловлювань про невitreбуваність права в державному житті. Науковець розумів значення офіційного права для правового розвитку суспільства та держави в цілому. У праці українського науковця «Основоположення соціології права» він достатньо критично аналізує державні норми, наголошуючи на тому, що їх вплив нерідко переоцінюється, тому що закон часто невідомий широким колам осіб, інколи його не використовують або використовують неефективно. Окрім того, на думку Є. Ерліха, державне право часто зазнає краху через недостатність заходів державного контролю, а найчастіше питання полягає у слабкості, небажанні, нездатності до дії органів держави.

«Вплив державного права знаходиться у прямій залежності від сили, яку представляє для себе держава, і в зворотній залежності від інтенсивності протистояння, яке держава повинна подолати» [12, с. 382].

Аналізуючи погляди Є. Ерліха, можна сказати, що судові рішення, які ухвалені за наслідками здійснення правосуддя, впливають на суспільні відносини, правосвідомість, емоції, відчуття справедливості. Зважаючи на це, суди повинні ухвалювати однакові судові рішення в аналогічних справах, щоб не порушувати психологічні стани, які панують у суспільстві.

Як висловлювався на цю тему професор Л. Вільдхабер, колишній голова Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), вирішення аналогічних справ різним чином може вимусити появу порушень законних очікувань осіб, що звертаються за захистом до суду. За його думкою, єдність судової практики відповідає вимогам передбачуваності, принципу верховенства права та ефективному захисту прав людини найкращим чином [13, с. 9].

Закони мають застосовуватися однаково у випадку з аналогічними та маючими схожі фактичні обставини справами – це в свою чергу буде гарантувати стабільність правовідносин і впевненість у непохитній стабільності, правомірності майбутньої поведінки. Ця впевненість створюватиме стан правової безпеки: всі суб'єкти права будуть переконані в тому, що саме судова система стоїть на захисті осіб від свавілля держави, а також якісно, ефективно, справедливо та кваліфіковано вирішує конфлікти в приватній сфері. А постійне ухвалення протилежних судових рішень з аналогічних питань перетворюють звернення до суду на своєрідну «лотерею», підриваючи при цьому довіру до суддів та віру у справедливість, що загрожує основам державності. Окрім того, принцип правової визначеності передбачає, щоб положення нормативно-правових актів не тільки були чіткими й зрозумілими для суб'єкта правозастосування та усіх інших учасників судового процесу, але й застосовувалися однаково в аналогічних ситуаціях.

Уніфікація судової практики забезпечує зменшення навантаженості судів, адже суб'єктам права й адвокатам вже відомо, як вирішуються справи, що мають за орієнтир розгляду рішення касаційних судів. При єдності та зрозумілості практики з конкретного правового питання потреба перевантажувати судову систему поданням позовних заяв більше не має сенсу. Водночас інші нижчестоящі суди зазвичай ухвалюють свої рішення, враховуючи практику судів касаційної інстанції, це допомагає знизити ймовірність їх оскарження [14, с. 307].

Основне призначення вищого судового органу держави полягає не тільки у здійсненні правосуддя, а й у забезпеченні однакового тлумачення і застосування закону всіма судами. Головне завдання вищого судового органу полягає не тільки у виправленні судових помилок, які допущені нижчими судами, а й, передусім, забезпечення єдності судової практики [15, с. 39].

Загальновідомо, що судова практика Верховного Суду має дуже вагомe значення для всієї правової системи України та виконує значну роль у системі джерел права України. Значна частина науковців вказують на те, що принципові рішення Верховного Суду з конкретних справ є прецедентами тлумачення, усуненнями прогалин у праві та навіть судовими прецедентами. Врахування таких рішень Верховного Суду іншими судами має забезпечити додержання принципу верховенства права й конституційний

припис однакового розуміння і застосування закону. На думку суддів, основним завданням суду є справедливе вирішення суспільних конфліктів, забезпечення виваженого балансу між приватними та державними інтересами, враховуючи пріоритетність прав людини. Таким чином, правосуддя можна розглядати як діяльність з утвердження загальнолюдської справедливості. Ключову роль у цьому процесі відіграють найвищі судові органи – верховні суди, які в більшості країн світу очолюють національні судові системи. Верховні суди наділені особливим правовим статусом, який обумовлюється тим, що вони не лише здійснюють правосуддя, а й покликані виконувати функцію забезпечення однакового застосування законодавства усіма судами. Верховним судам належить виняткова прерогатива у прийнятті остаточних судових рішень на національному рівні, виробленні правових позицій у суспільно важливих судових спорах, спрямуванні судової практики [16].

Необхідно звернути увагу на тому, що проєкт Закону № 5564 від 26.05.2021 року передбачає внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України щодо започаткування реальної судової реформи в частині забезпечення єдності судової практики та рівності учасників судових проваджень перед законом. Цими змінами, зокрема, пропонується, що:

- мотивувальна частина судового рішення має містити зазначення мотивів та закону, якими керувався суд, постановляючи ухвалу, а також правової позиції, викладеної у постанові Верховного Суду;
- суд апеляційної інстанції переглядає відповідність рішення першої інстанції правовим позиціям, викладеним у постановах Верховного Суду, щодо застосування закону до подібних правовідносин;
- суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії або палати, має право передати справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо дійде висновку, що справа містить виключну правову проблему, зокрема наявні декілька різних правових позицій Верховного Суду, викладених у його постановах, щодо застосування закону до подібних правовідносин;
- якщо при розгляді такої справи суд касаційної інстанції дійде висновку про необхідність заперечення правової позиції, із якою не погодилася колегія суддів, палата, об'єднана палата Верховного Суду, що передала справу на розгляд палати, об'єднаної палати, Великої Палати, то у постанові має бути наведене обґрунтування такого заперечення;
- правова позиція суду касаційної інстанції, заперечена постановою палати, об'єднаної палати, Великої Палати Верховного Суду, не має враховуватися судами під час розгляду справ [17].

М. Сірий правильно визначає, що судові тлумачення – це обов'язкова складова діяльності судів на всіх рівнях. Місцеві суди вирішують питання факту та права, а вищі (касаційні) – питання правильності трактування, застосування норм права. Тлумачення касаційної інстанції, яке відбувається у порядку касаційного перегляду судових рішень, завжди передбачає дві мети: визначити правову основу, що використовується для вирішення конкретної справи, а також для визначення шляху для судової практики в необмеженому колі схожих правових питань [18, с. 8].

Важливою перевагою забезпечення єдності судової практики є й зменшення ризиків корупційної складової. Така складова, на жаль, присутня у судовій системі України, як і в інших гілках влади. Однак єдність судової практики якраз і є одним із тих інструментів, який здатен мінімізувати ризики корупційної складової судової системи. Усталена, зрозуміла, однакова судова практика не дає можливості несумлінному судді мати простір для маневру під час ухвалення рішення, окрім єдиного, що відповідає усталеній судовій практиці.

Підсумовуючи вищесказане, необхідно відзначити, що сучасна загальнотеоретична юриспруденція все частіше переглядає традиційні для теорії права концепції, ідеї, у тому числі й концепцію «живого права» Є. Ерліха. Ця концепція має неабиякий вплив на забезпечення єдності судової практики, оскільки саме вищі судові органи при здійсненні правосуддя створюють так зване «живе право». Пріоритетним завданням у сфері судочинства є необхідність забезпечення єдності судової практики, адже однакове застосування закону дозволяє точніше прогнозувати очікувані результати розгляду справи особами, що звертаються до суду. Завдяки цьому знизиться кількість безпідставних позовних звернень та вдасться зменшити навантаження на судову систему.

Однакова судова практика також позитивно впливає на рівень довіри до судової гілки влади у суспільстві. Саме суспільна довіра і є гарантією ефективності судової системи в будь-якій державі, зокрема й в Україні. Будь-які особи повинні довіряти правовій системі своєї країни, а саме мати тверде

переконавання, що норми права за схожих обставин будуть застосовуватися однаково. Суб'єкти права повинні бути впевнені у тому, що питання суперечливості й неузгодженості правового тексту знімається суддями у процесі розгляду справи, і це стає орієнтиром для судової влади у майбутньому.

Судова практика забезпечує не тільки індивідуально-правове, а й нормативно-правове регулювання суспільних відносин. Основне завдання судової влади – здатність вирішити правовий конфлікт у будь-яких умовах, тобто, якщо відповідна норма закону відсутня, потрібно врегулювати правовідносини, які не зміг передбачити законодавець.

REFERENCES

1. Romaniuk Ya. Zabezpechennia yednosti sudovoi praktyky Verkhovnym Sudom Ukrainy: reforma potrebuie prodovzhennia. *Hazeta ukraïnskikh yurystiv "Iurydycheskaia praktyka"*. 2013. 15 berez. S. 5–9.
2. Cross Rupert. Precedent in English law. *Columbia Law Review Association*. 1992. Vol. 92. № 5. P. 1312–1314.
3. Marchuk V. P. Sotsiologichni teorii prava v Nimechchyni. *Istoriia i suchasnist. Chernivtsi : ChDU*, 1998. 140 s.
4. Manyk A.Z. Idei kontseptsii "zhyvoho" prava Yevhena Erlikha u rozvytku suchasnogo mizhnarodnoho prava : dys. ... kand. yuryd. nauk : 12.00.11. Kyiv, 2018. 201 s.
5. Bihun V.S. Yevhen Erlikh: zhyttia i pravoznavcha spadshchyna (aktualnyi naukoznachnyi narys). *Problemy filosofii prava. Mizhnarodnyi chasopys*. 2005. Tom. III. № 1–2. S. 105–126.
6. Marchuk V.P. "Svobodnoe pravo" v burzhuaiznoi yurysprudentsii: Krytyka kontseptsyi E. Erlykha. Kyiv, 1977. 167 s.
7. Hnyp I.Ia. Sotsiologichna shkola prava yak teoretychna baza yevrointehratsiinykh zrushen ukraïnskoï pravovoi realnosti : materialy mizhkafedralnogo kruhloho stolu (19 lystopada 2015 r., m. Odesa). Odesa, 2015. S. 49–52.
8. Makarenko L.O. Verkhovenstvo prava yak pryntsypr pryrodnoho prava. *Almanakh prava*. 2012. Vyp. 3. S. 222–229.
9. Bondarenko B.D. Zakonomirnosti yak predmet zahalnoi teorii prava : avtoref. dys. ... kand. yuryd. nauk : 12.00.01. Kyiv, 2019. 19 s.
10. Erlikh Ye. Vilne pravoznakhodzhennia ta vilne pravoznavstvo. *Problemy filosofii prava*. 2005. Tom. III. № 1–2. S. 168–184.
11. Erlykh O. Osnovopolozheniye sotsyolohyy prava / per. s nem. M.V. Antonova; pod red. V.H. Hrafskoho, Yu.Y. Hrevtsova. Sankt-Peterburh : OOO "Unyversytetskyi yzdatelskyi konsortsyum", 2011. 704 s.
12. Ehrlich E. Grundlegung der Sociologie des Rechts. München, Duncker : Verlag von Duncker, 1913. 430 s.
13. Vyldkhaber L. Pretsedent v Evropeiskom sude po pravam cheloveka. *Hosudarstvo y pravo*. 2001. № 12. S. 5–17.
14. Shevchuk S. Zabezpechennia yednosti sudovoi praktyky v umovakh isnuvannia spetsializovanoi yurysdyksii. *Pravo Ukrainy*. 2013. № 9. S. 306–324.
15. Romaniuk Ya. M. Yednist sudovoi praktyky: teoretychni zasady ta vdoskonalennia zakonodavchoho zabezpechennia / Ya. M. Romaniuk, I. V. Beitsun. *Visnyk Verkhovnoho sudu Ukrainy*. 2012. № 5 (141). S. 37–42.
16. Rol sudovoi praktyky v pravovii systemi Ukrainy. URL: http://vaas.gov.ua/?action=news&id_news=1880 (data zvernennia: 25.04.2022).
17. Iak Radi proponuiut zabezpechyty yednist sudovoi praktyky: zakonoproiekti. Yurydychna hazeta online. URL: <https://jur-gazeta.com/golovna/yak-radi-proponuyut-zabezpechiti-ednist-sudovoyi-praktiki-zakonoproiekti.html> (data zvernennia: 19.05.2022).
18. Siryi M. Zabezpechennia yednosti sudovoi praktyky – vazhlyvyi napriam rozvytku pravovoi systemy Ukrainy. *Visnyk Tsentru suddivskykh studii*. 2006. № 6. S. 6–8.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Романюк Я. Забезпечення єдності судової практики Верховним Судом України: реформа потребує продовження. *Газета українських юристів «Юридическая практика»*. 2013. 15 берез. С. 5–9.
2. Cross Rupert. Precedent in English law. *Columbia Law Review Association*. 1992. Vol. 92. № 5. P. 1312–1314.
3. Марчук В. П. Соціологічні теорії права в Німеччині. Історія і сучасність. Чернівці : ЧДУ, 1998. 140 с.
4. Маник А.З. Ідеї концепції «живого» права Євгена Ерліха у розвитку сучасного міжнародного права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11. Київ, 2018. 201 с.
5. Бігун В.С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний наукознавчий нарис). *Проблеми філософії права. Міжнародний часопис*. 2005. Том. III. № 1–2. С. 105–126.
6. Марчук В.П. «Свободное право» в буржуазной юриспруденции: Критика концепций Е. Эрлиха. Київ, 1977. 167 с.
7. Гнип І.Я. Соціологічна школа права як теоретична база євроінтеграційних зрушень української правової реальності : матеріали міжкафедрального круглого столу (19 листопада 2015 р., м. Одеса). Одеса, 2015. С. 49–52.
8. Макаренко Л.О. Верховенство права як принцип природного права. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 222–229.

9. Бондаренко Б.Д. Закономірності як предмет загальної теорії права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2019. 19 с.
10. Ерліх Є. Вільне правознаходження та вільне правознавство. *Проблеми філософії права*. 2005. Том. III. № 1–2. С. 168–184.
11. Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М.В. Антонова; под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гревцова. Санкт-Петербург : ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. 704 с.
12. Ehrlich E. *Grundlegung der Sociologie des Rechts*. München, Duncker : Verlag von Duncker, 1913. 430 с.
13. Вильдхабер Л. Прецедент в Европейском суде по правам человека. *Государство и право*. 2001. № 12. С. 5–17.
14. Шевчук С. Забезпечення єдності судової практики в умовах існування спеціалізованої юрисдикції. *Право України*. 2013. № 9. С. 306–324.
15. Романюк Я. М., Бейцун І. В. Єдність судової практики: теоретичні засади та вдосконалення законодавчого забезпечення. *Вісник Верховного суду України*. 2012. № 5 (141). С. 37–42.
16. Роль судової практики в правовій системі України. URL: http://vaas.gov.ua/?action=news&id_news=1880 (дата звернення: 25.04.2022).
17. Як Раді пропонують забезпечити єдність судової практики: законопроекти. *Юридична газета online*. URL: <https://yur-gazeta.com/golovna/yak-radi-proponuyut-zabezpechiti-ednist-sudovoyi-praktiki-zakonoproekti.html> (дата звернення: 19.05.2022).
18. Сірій М. Забезпечення єдності судової практики – важливий напрям розвитку правової системи України. *Вісник Центру суддівських студій*. 2006. № 6. С. 6–8.

СУДДІВСЬКЕ ПРАВОЗНАХОДЖЕННЯ: ДОКТРИНАЛЬНІ ЗАСАДИ, ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ І ПРАКТИКА ЗДІЙСНЕННЯ JUDICIAL JURISPRUDENCE: DOCTRINE PRINCIPLES, LEGAL REGULATION AND IMPLEMENTATION PRACTICE

ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ ЄСПЛ ЩОДО РОЗУМІННЯ ЗАБОРОНИ ПРИМУСОВОЇ ПРАЦІ ЯК СТАНДАРТИ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

УДК 349.2

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlichsjournal-2021-5.03>

ЛЮДМИЛА ВАКАРЮК

доктор юридичних наук,

доцент кафедри приватного права

Чернівецького національного університету

імені Юрія Федьковича, Україна

l.vakaryuk@chnu.edu.ua

Анотація. В статті наголошується, що будучи державою-учасницею Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, Міжнародного Пакту «Про громадянські та політичні права», Конвенцій МОП «Про примусову чи обов'язкову працю» та «Про скасування примусової праці», Україна зобов'язана викоренити всі форми примусової чи обов'язкової праці у всіх сферах життя, запобігти випадкам примусової праці як у державному, так і в приватному секторах та надати ефективне відшкодування тим, чиї права було порушено.

Підкреслюється, що примусова праця і торгівля людьми є не тільки грубим порушенням прав людини і прав працівника, але й антитезою гідної праці. Свобода від примусової праці – одне з основних трудових прав, яке має бути належним чином заохочене та захищене. Аналіз правових позицій ЄСПЛ щодо заборони примусової праці дозволить оцінити стан і перспективи вдосконалення судового захисту трудових прав, їх застосовність у вітчизняній практиці.

Акцентується, що практика ЄСПЛ є офіційною формою інтерпретації основоположних трудових прав кожної людини, закріплених і гарантованих Європейською Конвенцією з прав людини, яка є частиною національного законодавства та джерелом законодавчого правового регулювання і правозастосування в Україні. Як джерело трудового права, рішення ЄСПЛ, безпосередньо впливають на трудові відносини, їх зміст, виникнення, зміну чи припинення, сприяють правовій стабільності та впорядкованому розвитку практики застосування Конвенції. Зауважено, що останніми роками в діяльності ЄСПЛ намітилася тенденція до розширеного тлумачення норм ЄКПЛ задля захисту прав та інтересів особи. Для трудового права розширення змісту норм Конвенції Європейським судом з прав людини має особливе значення, оскільки дозволяє збільшити перелік питань, з яких можливо звертатися за захистом трудових прав.

Ключові слова: свобода праці, захист трудових прав, практика ЄСПЛ, заборона примусової праці, інтерпретація основоположних трудових прав.

THE ECTHR'S LEGAL POSITION ON THE UNDERSTANDING OF THE PROHIBITION OF FORCED LABOR AS STANDARDS FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

UDC 349.2

DOI/DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlchsjournal-2021-5.03>

LIUDMYLA VAKARIUK

LLD, Associate Professor of the Department of Private Law

Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine

l.vakaryuk@chnu.edu.ua

Abstract. The article emphasizes that Ukraine is a party to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the International Covenant on Civil and Political Rights, the ILO Conventions on Forced or Compulsory Labor and the Abolition of Forced Labor. In this regard, Ukraine is obliged to eradicate all forms of forced or compulsory labor in all spheres of life, to prevent forced labor in both the public and private sectors, and to provide effective redress to those whose rights have been violated.

It is emphasized that forced labor and trafficking in human beings are not only a gross violation of human rights and employee's rights, but also the antithesis of decent work. Freedom from forced labor is one of the basic labor rights that should be properly promoted and protected. Analysis of the legal positions of the European Court of Human Rights on the prohibition of forced labor will assess the state and prospects for improving the judicial protection of labor rights, their applicability in domestic practice.

It is emphasized that the case law of the European Court of Human Rights is an official form of interpretation of fundamental labor rights of every person, enshrined and guaranteed by the European Convention on Human Rights, which is part of national law and a source of legal regulation and enforcement in Ukraine. As a source of labor law, ECtHR decisions directly affect labor relations, their content, emergence, change or termination, contribute to legal stability and orderly development of the practice of application of the Convention.

It is argued that the European Convention on Human Rights contains only the prohibition of forced labor, which in modern economic conditions can not cover all cases of violations of labor rights, the need for protection of which objectively exists. In recent years, there has been a tendency in the activities of the ECtHR to expand the interpretation of the rules of the ECHR in order to protect the rights and interests of the individual. For labor law, the extension of the content of the provisions of the Convention by the European Court of Human Rights is of particular importance, as it allows to increase the range of issues on which it is possible to seek protection of labor rights.

Key words: freedom of labor, protection of labor rights, the judgements of the European Court of Human Rights, prohibition of forced labor, interpretation of fundamental labor rights.

Такі негативні явища, як примусова праця, рабство та використання рабської праці, торгівля людьми притаманні людству впродовж всієї його історії і навіть ціла епоха у розвитку соціуму, суспільно-економічної формації отримала назву рабовласницької. В 21 столітті на тлі військових дій, пандемії та економічного спаду рабство та примусова праця, торгівля людьми все ще продовжують залишатися проблемою світового масштабу та згідно з оцінками МОП однією з найприбутковіших сфер транснаціональної організованої злочинності «прибуток від якої у світі становить 150 млрд доларів США» [1]. За даними ООН, станом на сьогодні у світі близько 40,3 млн людей є жертвами сучасних форм рабства, включаючи 24,9 млн жертв примусової праці. Торгівля людьми відбувається повсюдно, а кількість переміщених осіб за останні роки зросла майже вдвічі [2].

Показники примусової праці за галузями народного господарства різняться залежно від географічного розташування тієї чи іншої країни, традицій виробництва певних товарів тощо [3, с. 122]. Згідно з дослідженнями, проведеними МОП та міжнародною організацією Walk Free Foundation, «людей змушують працювати в різних куточках земної кулі в найбільш прибуткових галузях і сферах життєдіяльності. Наприклад, у Південній Азії це сфера виробництва одягу, в Африці – видобуток корисних копалин у шахтах, у Східній Азії – хатня робота, в Латинській Америці – зайняття жебрацтвом тощо» [4]. Найбільш гостро ця проблема стоїть у зонах бойових дій і конфліктів, в яких, на жаль, перебуває і Україна, де згідно звіту МОП понад 4,8 млн громадян залишилися без роботи через російську агресію проти України [5]. Крім того, у зв'язку з проблемою вимушених переселенців та біженців, безробіттям,

трудовою міграцією, прихованими трудовими правовідносинами, вітчизняний ринок праці є вкрай нестабільним, що ще більше ускладнює ситуацію і призводить до зростання випадків трудової експлуатації українських громадян як за кордоном, так і всередині країни.

Томоя Обоката, Спеціальний доповідач з питань сучасних форм рабства, заявив: «Рабство та торгівля людьми є серйозним злочином і грубим порушенням прав людини» [2]. Від себе додамо, що примусова праця і торгівля людьми є не тільки грубим порушенням прав людини і прав працівника, а також і антитезою гідної праці. Свобода від примусової праці – одне з основних трудових прав, яке має бути належним чином заохочене та захищене. Аналіз правових позицій ЄСПЛ щодо розуміння заборони примусової праці дозволить оцінити стан і перспективи вдосконалення судового захисту трудових прав, їх застосовність у вітчизняній практиці. У зв'язку з цим потреба у дослідженні практики ЄСПЛ щодо розуміння заборони примусової праці не викликає сумніву.

Слід зауважити, що питання рішень ЄСПЛ, як джерела трудового права, їх ролі та особливостей застосування досліджувалось у працях багатьох вчених. Значний внесок в наукову доктрину з даного питання було зроблено такими вченими як М. В. Буроменський, О. В. Буткевич, Р. Я. Бутинська, М. Я. Вісьтак, О. С. Волохов, Л. П. Гаращенко, О. М. Дашковська, Л. М. Ніколенко, О. М. Рим, Н. Д. Слотвінська, Ю. В. Чижмарь, М. М. Шумило, О. М. Ярошенко та ін. Однак слід відзначити, що у зв'язку з очевидною тенденцією до зростання значення прав людини в сфері трудових відносин, розширеного тлумачення норм ЄСПЛ задля захисту прав та інтересів особи і, відповідно, зростанням кількості трудових спорів в практиці ЄСПЛ, більш докладних теоретичних і практичних досліджень вимагають питання розуміння заборони примусової праці. Особливо на фоні тих загроз та викликів, що, на жаль, запропоновані новими реаліями сучасного життя.

Метою статті є науково-теоретичне дослідження такого правового явища, як практика Європейського суду з прав людини у сфері захисту трудових прав, зокрема аналіз окремих актуальних справ щодо розуміння заборони примусової чи обов'язкової праці.

Одним із інструментів міжнародного захисту трудових прав є Європейський Суд з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд). В своїй практиці ЄСПЛ встановив стандарти розуміння змісту та правового регулювання забезпечення свободи об'єднання та профспілкової діяльності, права працівника на повагу до приватного життя, заборони примусової праці та торгівлі людьми, меж права працівника на свободу висловлювання думки тощо. Також, оскільки відповідно до Декларації МОП основних принципів та прав у сфері праці – право на свободу об'єднання та профспілкової діяльності, право на ведення колективних переговорів, заборона використання примусової праці та дитячої праці, заборона дискримінації в області праці та занять, є основоположними трудовими правами людини, то ЄСПЛ додатково виступає і в ролі регіонального механізму контролю за дотриманням державами-членами МОП основоположних трудових прав. Крім того, правові позиції ЄСПЛ виступають підставою захисту трудових прав працівників в національних судах та на думку окремих вчених «... мають становити ідеологічно-правову (ціннісну) основу для здійснення правосуддя в Україні» [6, с. 34]. «Рішення ЄСПЛ, як зазначає О. С. Волохов, виступають орієнтирами у вирішенні судових прав, аналогічних тим що розглядались ЄСПЛ; вони сприяють нормотворчості державних органів, чим наближують національне законодавство до стандартів Ради Європи» [7, с. 465]. Враховуючи характер рішень та зауважень ЄСПЛ, розуміння їх як джерела права повинно стосуватися не лише конкретної справи, а напрацювання пропозицій щодо заходів, які має здійснити Україна для усунення наступних правопорушень [8, с. 80].

Справи про порушення трудових прав розглядаються ЄСПЛ у рамках різних статей Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод (далі – Європейська Конвенція, Конвенція), а їх кількість протягом року є не великою. Огляд бази даних ЄСПЛ свідчить про те, що Суд, розглядаючи справи, аналізує тенденції розвитку трудових відносин, і як зазначає Н. В. Клецова, «генерує рішення щодо звільнення працівників всупереч Конвенції, спираючись при цьому на норми ст. 8 про повагу до приватного і сімейного життя, ст. 9 про свободу віросповідання, ст. 10 про свободу думки, совісті і релігії, ст. 11 про свободу зібрань та об'єднань, часто в поєднанні зі ст. 14 про заборону дискримінації» [9, с. 120]. Що стосується України, то як свідчить практика, значна кількість направлених до Суду заяв була пов'язана із порушенням нею статті 4 Європейської Конвенції, тобто використанням примусової праці.

Аналіз правових позицій ЄСПЛ щодо реалізації заборони примусової праці та їх вплив на правове регулювання примусової чи обов'язкової праці доцільно розпочати з розуміння власне терміну «праця», що визначається як діяльність людей, направлена на створення різного роду благ матеріального та духовного характеру, необхідних для задоволення базових потреб окремого індивіда та відповідно соціуму загалом. Поняття «праця» для цілей статті 4 ЄКПЛ Європейський Суд тлумачить, виходячи з того, що англійське слово «праця» (labour) досить часто використовується у його вузькому розумінні для позначення лише фізичної праці. В той час як більш ширший зміст має французьке слово «travail» (робота), яке в широкому розумінні і повинно тлумачитися в контексті правового регулювання примусової та обов'язкової праці.

Стаття 4 ЄКПЛ побудована з трьох пунктів, які на відміну від багатьох інших статей Конвенції сформульовані шляхом зазначення певних заборон [10]. Зокрема, стаття має таку будову: у першому пункті міститься абсолютна заборона рабства та підневільного стану, яка не передбачає жодних винятків чи обмежень. Як постановив Суд в одній із справ «Навіть зазначене в статті 15 Конвенції право держави вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за Конвенцією, під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації, не може бути підставою для відступу від закріпленого в пункті 1 статті 4 Конвенції права особи не перебувати в рабстві чи підневільному стані» [12]. У другому пункті статті міститься заборона примусової чи обов'язкової праці, а третій пункт містить види робіт (або обставин їх здійснення), які не належать до поняття примусової праці.

Ця норма частково відображена в окремих статтях Конституції України, в яких Україна проголошена демократичною, правовою, соціальною державою, в якій людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, безпека, права та свободи є найвищою соціальною цінністю, а визнання, дотримання та захист прав і свобод людини та громадянина є обов'язком держави, яка надає кожному свободу розпоряджатися своїми здібностями до праці, обирати рід трудової діяльності та професію, право на відпочинок та на винагороду за працю без будь-якої дискримінації та забороняє примусову працю (ст. 1, 2, 3, 19, 43, 44, 45). В той же час сама ЄКПЛ не дає визначення поняттям «примусова праця» чи «обов'язкова праця», вказуючи лише на те, що для цілей цієї статті значення терміна «примусова чи обов'язкова праця» не поширюється:

- а) на будь-яку роботу, виконання якої зазвичай вимагається під час призначеного згідно з положеннями статті 5 цієї Конвенції тримання в умовах позбавлення свободи або під час умовного звільнення;
- б) на будь-яку службу військового характеру або – у випадку, коли особа відмовляється від неї з мотивів особистих переконань у країнах, де така відмова визнається, – службу, яка вимагається замість обов'язкової військової служби;
- с) на будь-яку службу, що вимагається у випадку надзвичайної ситуації або стихійного лиха, яке загрожує життю чи благополуччю добробуту суспільства;
- д) на будь-яку роботу чи службу, яка є частиною звичайних громадянських обов'язків.

Тобто, пункт 3, передбачаючи вичерпний перелік випадків, які не вважаються примусовою чи обов'язковою працею, фактично окреслює межі права, встановленого пунктом 2 статті 4 Конвенції. Ці випадки також не вважаються винятком із права, передбаченого пунктом 2 статті 4 Конвенції, чи його спеціальним обмеженням. Підтвердження викладеному, знаходимо у справі «Карлхайнц Шмідт проти Німеччини», в межах якої Суд вказав на особливу структуру статті 4 і зазначив, що пункт 3 статті 4 Конвенції має на меті не «обмеження» і здійснення права, гарантованого пунктом 2 статті 4, а виключно «окреслити межі» самого змісту цього права. Пункт 3 статті 4 становить одне ціле з пунктом 2 і вказує ті випадки, що не включаються до поняття «обов'язкова чи примусова праця» [12].

Таким чином, пункт 3 статті 4 ЄКПЛ служить в якості допоміжного засобу для тлумачення пункту 2 цієї статті. У цій нормі закладено основу для розширення змісту одного з основних особистих трудових прав через судові акти ЄСПЛ.

Традиційно концепції примусової чи обов'язкової праці ЄСПЛ тлумачить на підставі положень Конвенції МОП № 29 «Про примусову чи обов'язкову працю» [13] (ратифікована Україною від 10.08.1956), посилання на яку можна зустріти у всіх справах, розглянутих за пунктом 2 статті 4 ЄКПЛ. Зокрема, в постанові від 26.07.2005 у справі «Селіаден (Siliadin) проти Франції» № 73316/01 [14], ЄСПЛ зазначив, що при визначенні змісту поняття «примусова чи обов'язкова праця», яке міститься у пункті 2 статті 4 ЄКПЛ, слід орієнтуватися на Конвенцію МОП № 29 від 28.06.1930

«Про примусову чи обов'язкову працю». Ця Конвенція МОП дає інтегральне рамкове визначення цього поняття у пункті 1 статті 2, в якому термін «примусова або обов'язкова праця» розкривається як будь-яка робота чи служба, що її вимагають від якої-небудь особи під загрозою якогось покарання і для якої ця особа не запропонувала добровільно своїх послуг». Тим самим ця норма міжнародного трудового права визначає, що «примусовій або обов'язковій праці» мають бути притаманні одночасно дві ознаки – відсутність добровільної пропозиції працівником своїх послуг для її виконання та наявність загрози покарання за відмову від її виконання в розумінні пункту 2 статті 4 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Крім цього у п. 1 статті 4, п.1 статті 5, статті 6 Конвенції МОП № 29 міститься заборона примусової або обов'язкової праці на користь приватних осіб, компаній чи товариств [13].

Проте термін примусова чи обов'язкова праця в розумінні Конвенції МОП № 29 не включає в себе:

а) будь-яку роботу чи службу, що її вимагають на підставі законів про обов'язкову військову службу і застосовують для робіт суто воєнного характеру;

б) будь-яку роботу чи службу, що є частиною звичайних громадянських обов'язків громадян повністю самоврядної країни;

с) будь-яку роботу чи службу, що її вимагають від якої-небудь особи внаслідок вироку, винесеного рішенням судового органу, при умові, що ця робота чи служба виконуватиметься під наглядом і контролем державних властей і що зазначена особа не буде віддана або передана в розпорядження приватних осіб, компаній чи товариств;

д) будь-яку роботу чи службу, що її вимагають в умовах надзвичайних обставин, тобто у випадках війни або лиха, або загрози лиха, як-от пожежі, повені, голод, землетрус, сильні епідемії чи епізотії, навали шкідливих тварин, комах чи паразитів рослин і взагалі обставини, що ставлять під загрозу або можуть поставити під загрозу життя чи нормальні життєві умови всього або частини населення;

е) дрібні роботи общинного характеру, тобто роботи, що виконуються для прямої користі колективу членами даного колективу і які тому можуть вважатися звичайними громадянськими обов'язками членів колективу при умові, що саме населення або його безпосередні представники мають право висловити свою думку про доцільність цих робіт.

Отже, проаналізувавши зазначені у пункті 3 статті 4 ЄКПЛ та статті 2 Конвенції МОП № 29 переліки робіт (служби), які не охоплюються поняттям «примусова або обов'язкова праця», можна зробити висновок про деяку їх відмінність, на якій наголошує і ЄСПЛ у справі «Граціані-Бейсс (Graziani-Weiss) проти Австрії», № 31950/06 [15]. Зокрема, в постанові від 18.10.2011 по цій справі Суд прийняв за основу визначення терміну «примусова або обов'язкова праця», що розкривається в Конвенції МОП № 29, обґрунтовуючи свою позицію відсутністю такого визначення в статті 4 ЄКПЛ.

Заборона примусової праці закріплена на рівні національного законодавства усіх країн світу, а положення про її заборону містяться у таких міжнародно-правових актах як Загальна Декларація прав людини від 10.12.1948 р., у статті 8 Міжнародного Пакту «Про громадянські та політичні права» від 16.12.1966 р., Конвенції МОП «Про скасування примусової праці» № 105 від 25.06.1957 р. Остання, до речі, проголошує абсолютну заборону примусової праці і покладає відповідно до статей 1 та 2 на держави, які її ратифікували, додатковий обов'язок скасувати примусову або обов'язкову працю, вжити ефективних заходів щодо негайної і повної відміни наступних видів примусової чи обов'язкової праці і не вдаватися до будь-якої її форми:

а) як засобу політичного впливу чи виховання або як засобу покарання за наявність чи за висловлювання політичних поглядів, чи ідеологічних переконань, протилежних усталеній політичній, соціальній, чи економічній системі;

б) як метод мобілізації і використання робочої сили для потреб економічного розвитку;

в) як засіб підтримання трудової дисципліни;

г) як засіб покарання за участь у страйках;

д) як захід дискримінації за ознаками расової, соціальної і національної приналежності чи віросповідання [16].

Досить цікавою у зв'язку з цим є справа «Човдурі та інші проти Греції» № 21884/15 [17], в якій Судом було розширено тлумачення поняття примусової праці та торгівлі людьми. Зазначимо, що в своїх

правових позиціях ЄСПЛ традиційно підходить до тлумачення поняття примусової чи обов'язкової праці обмежено і не схильний розширювати його. Наприклад, у справі «Внучко (Vnuchko) проти України» Суд вважав, що спір, не виявляє жодного елемента рабства, примусової чи обов'язкової праці і відмовився визнати неоплачувану роботу як примусову працю, а в справі «Штуммер (Stummer) проти Австрії» постановив, що обов'язкова робота, яку заявник виконував як ув'язнений без права участі в системі пенсій за старістю, повинна розглядатися як «робота, яку зазвичай повинна виконувати особа, яка перебуває в ув'язненні» у значенні підпункту «а» пункту 3 статті 4 Конвенції, а не як складова «примусової чи обов'язкової праці» [18; 12].

Проте, в ряді справ Суд відійшов від усталеної практики. Зокрема, в межах згадуваної справи «Човдурі та інші проти Греції» Суд ухвалив, що неоплачувана робота нелегальних мігрантів у Греції належить до сфери примусової праці та торгівлі людьми. Ця заява була подана сорока двома громадянами Бангладеш, які працювали на фермі, збираючи полуницю, під наглядом збройної охорони. Їх вступ у трудові відносини був добровільним, вони були забезпечені харчуванням та житлом, а також могли вільно пересуватися територією. Роботодавець не оплачував їх працю протягом шести місяців і попередив про те, що заробітну плату вони отримають лише у випадку продовження роботи.

Зауважимо, що саме поняття торгівлі людьми у ЄСПЛ не міститься. В той же час, як зазначає професор Роза Паті, «Суд у своїх ранніх рішеннях, зокрема «Ранцев проти Кіпра і Росії» № 25965/04 [19], дійшов висновку, що торгівля людьми підпадає під заборону статті 4 і є однією з форм примусової праці» [20]. В зазначеній справі, складність кваліфікації дій «роботодавця» обумовлювалась тим, що позивачі добровільно погодилися виконувати роботу і мали можливість вільно її покинути. Суд постановив, що початкової згоди на працевлаштування «недостатньо для того, щоб виключити кваліфікацію даних відносин, як примусову працю» [17], а добровільна згода є лише одним із факторів, які слід брати до уваги в розрізі всіх обставин справи. Суд також звернув увагу на вразливе становище працівників з Бангладеш, які, будучи нелегальними мігрантами, не могли скористатися правовими засобами захисту своїх прав, а також на жорсткі умови їх праці та проживання, викладені у рішенні суду Греції (вони проживали в імпровізованих хатинках, зроблених з картону, нейлону та бамбука без вбиральні та водопроводу) [17].

В межах даної справи Судом також були проаналізовані положення Конвенції Ради Європи «Про заходи щодо протидії торгівлі людьми» (ратифікована Україною від 21.09.2010), в результаті чого Суд дійшов наступного важливого висновку: «якщо роботодавець зловживає своїми можливостями або користується вразливістю своїх працівників з метою їхньої експлуатації, то це означає, що вони не погоджуються на роботу добровільно» [17].

На підставі вищевикладеного, можемо зробити висновок, що примусова праця наразі тлумачиться ЄСПЛ в тому числі і як така, що включає не виплату заборгованості із заробітної плати працівникам за умови перебування їх у вразливому становищі. Вразливість працівників в межах даної справи була встановлена Судом на підставі сукупності наступних факторів: 1) вони були позбавлені можливості звернення за правовим захистом; 2) вони були нелегальними мігрантами; 3) відсутність у них коштів та житла. Тобто, в разі відсутності хоча б одного з цих факторів Суд міг би дійти висновку, що дії роботодавця не кваліфікуються як примусова чи обов'язкова праця. Це означає, що сам факт не виплати заробітної плати працівникам не є достатнім доказом наявності примусової чи обов'язкової праці, наприклад в таких справах проти України, як «Внучко проти України» № 1198/04, «Попов проти України» № 23892/03 [18; 22], у яких заявники скаржились на відсутність оплати праці та інших виплат як порушення пункту 1 статті 4 Конвенції.

Не менш цікавим розглядуване рішення є з точки зору виконання державою-відповідачем власних позитивних та процесуальних зобов'язань в ситуації заявника. На думку ЄСПЛ, для виконання позитивного зобов'язання криміналізувати та ефективно переслідувати осіб, винних у скоєнні дій, заборонених статтею 4 Конвенції, держави-члени повинні створити законодавчу та регулятивну базу для заборони та покарання примусової або обов'язкової праці, рабства та підневільного стану. Суд зазначив, що Греція мала на той час правову і законодавчу базу у сфері боротьби з торгівлею людьми і ратифікувала Конвенцію Ради Європи «Про заходи щодо протидії торгівлі людьми», проте заходи, вжиті національною владою на її запобігання, виявилися недостатніми.

Зокрема, Судом було встановлено, що місцевій поліції було відомо про відмову роботодавців від виплати робітника-мігрантам заробітної плати, але адекватні заходи, спрямовані на запобігання торгівлі людьми і захист заявників вжиті не були. Також місцевий відділок поліції вважав, що факт наявності свободи пересування заявників свідчить про відсутність ознак примусової праці. В свою чергу ЄСПЛ постановив, що «ситуація торгівлі людьми може існувати, не зважаючи на наявність у жертви свободи пересування» [17]. Крім цього, національний суд у дуже вузькому ракурсі витлумачив поняття торгівлі людьми, зосередившись на тому, чи прирівнювалася ця ситуація до рабства, внаслідок чого обвинувачені були виправдані. Таким чином, Судом був встановлений факт порушення процесуальних обов'язків держави, що впливають із частини 2 статті 4 ЄКПЛ.

Звісно, це рішення має дуже важливе значення для жертв торгівлі людьми по всьому світу. Для України значення цього рішення важко переоцінити, адже серед випадків трудової експлуатації українських громадян «97 % усіх виявлених жертв торгівлі людьми з метою сексуальної експлуатації – жінки. Щодо жертв примусової праці, то 76 % постраждалих – чоловіки» [23]. Як ми зазначали вище, в межах даного рішення ЄСПЛ було наголошено на необхідності створити правову базу для заборони та покарання примусової чи обов'язкової праці, рабства та підневільного стану, маючи на увазі саме норми кримінального права. В Україні кримінально-правова регламентація протидії торгівлі людьми пройшла декілька етапів еволюції і змінювалася кілька разів. Останню її редакцію було прийнято Верховною Радою України в рамках Закону України «Про внесення зміни до статті 149 Кримінального кодексу України щодо приведення у відповідність з міжнародними стандартами» від 6 вересня 2018 р. [24]. Отже, Україною були реалізовані позитивні зобов'язання, що випливають зі статті 4 ЄКПЛ, зокрема криміналізація примусової праці та ратифікація Конвенції «Про заходи щодо протидії торгівлі людьми», що безумовно сприятиме розширеному тлумаченню національними судами положень статті 149 КК України у світлі актів, прийнятих Радою Європи.

Ще одним прикладом розширеного тлумачення поняття «примусової чи обов'язкової справи» є рішення ЄСПЛ у справі «Хітос (Chitos) проти Греції» [25], в якій Суд дійшов висновку, що виняток, передбачений пп. «б» п. 3 статті 4 ЄКПЛ, слід тлумачити як такий, що розповсюджується лише на обов'язкову військову службу (тобто, не включає в сферу застосування контрактну військову службу).

Ця справа є досить цікавою, адже заявником був офіцер Збройних сил Греції (військовослужбовець медичного корпусу на контрактній основі), який скаржився на те, що обов'язок сплатити відшкодування державі в розмірі 106960 євро, щоб піти у відставку достроково, суперечив статті 4 ЄКПЛ і свідчив про порушення принципу заборони примусової праці. З матеріалів справи було відомо, що Збройні сили оплачували вартість навчання таких офіцерів, виплачували їм грошове утримання та надавали доступ до соціальних пільг, передбачених для кадрових військовослужбовців. В обмін вони вимагали від них прослужити певну кількість років після здобуття відповідної кваліфікації. Розглядаючи справу, ЄСПЛ визнав виправданим прагнення Греції отримати відшкодування коштів, витрачених на підготовку кадрових офіцерів Збройних сил, у тому числі у вигляді покладення обов'язку оплатити витрати на навчання та утримання військовослужбовця. Разом з тим Суд вирішив, що на заявника було покладено непропорційний тягар. Сума, яку влада Греції вимагала від заявника, не могла вважатися розумною та була визнана надмірною. ЄСПЛ постановив, що дії влади Греції порушили заборону примусової праці, закріплену у пункті 2 статті 4 Конвенції. Ця постанова свідчить про те, що ЄСПЛ підкреслює значення принципу пропорційності у відносинах між державою (роботодавцем) та кадровим офіцером (працівником), зобов'язаним відшкодувати витрати, понесені державою на його підготовку. Правові позиції ЄСПЛ, виражені в даній справі, на нашу думку, можуть бути застосовні і в вітчизняній практиці, зокрема до трудових спорів про дострокове розірвання трудових відносин з військовослужбовцем-контрактником. Адже, як видно із матеріалів справи, встановлене порушення статті 4 Конвенції обумовлено саме недоліками процедури дострокового розірвання військового контракту і недосконалістю чинного порядку отримання державою грошового відшкодування за невідпрацьовані роки.

Отже, як показує проведений аналіз, протягом останніх років спостерігається тенденція поступового розширення тлумачення ЄКПЛ в сфері забезпечення прав людини в сфері трудових відносин, включаючи заборону примусової чи обов'язкової праці.

Практика ЄСПЛ є офіційною формою інтерпретації основоположних трудових прав кожної людини, закріплених і гарантованих Європейською Конвенцією з прав людини, яка є частиною

національного законодавства та джерелом законодавчого правового регулювання і правозастосування в Україні. Як джерело трудового права, рішення ЄСПЛ, безпосередньо впливають на трудові відносини, їх зміст, виникнення, зміну чи припинення, сприяють правовій стабільності та впорядкованому розвитку практики застосування Конвенції.

Європейська конвенція з прав людини містить лише заборону примусової праці, що в сучасних умовах господарювання не може охопити усі випадки порушення трудових прав, потреба у захисті яких об'єктивно існує. У зв'язку з цим останніми роками в діяльності ЄСПЛ намітилася тенденція до розширеного тлумачення норм ЄКПЛ задля захисту прав та інтересів особи. Для трудового права розширення змісту норм Конвенції Європейським судом з прав людини має особливе значення, оскільки дозволяє збільшити перелік питань, з яких можливо звертатися за захистом трудових прав.

Таким чином, можемо стверджувати, що Європейський суд з прав людини вчиняє істотний вплив на реалізацію заборони примусової праці. Рішення Суду не тільки визначають напрями подальшого вдосконалення законодавства про працю з питань соціального захисту працівників, забезпечення права на справедливий суд, а й в цілому впливають на створення дієвого механізму реалізації й захисту трудових прав особи відповідно до міжнародних стандартів та сучасних тенденцій розвитку трудових відносин.

REFERENCES

1. ILO says forced labour generates annual profits of \$ 150 billion. International labour organization. URL: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_243201/lang--en/index.htm
2. Sohodni svit vidznachaie Mizhnarodnyi den borotby iz rabstvom. URL: <https://dsp.gov.ua/sohodni-svit-vi-dznachaie-mizhnarodnyi-den-borotby-za-skasuvannia-rabstva/>
3. Pavlenko S. O. Suchasnyi stan torhivli liudmy z metoiu trudovoi ekspluatatsii v Ukraini ta sviti. *Aktualni problemy vitchyznianoï yurysprudentsii*. № 1. 2021. S. 120–126. URL: http://apnl.dnu.in.ua/1_2021/28.pdf
4. Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage / International Labour Organization and Walk Free Foundation. 2017. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf
5. OON: Kozhne tretie roboche mistse v Ukraini znyklo cherez viinu. URL: <https://suspilne.media/238410-oon-kozhne-trete-roboche-misce-v-ukraini-znyklo-cerez-vijnu/>
6. Konstantnyi O. V. Praktyka Yevropeiskoho sudu z prav liudyny yak dzherelo pravozastosuvannia Verkhovnoho Sudu Ukrainy. *Visnyk Verkhovnoho Sudu Ukrainy*. 2012. № 1 (137). S. 33–36. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vvsu_2012_1_14
7. Volokhov O. S. Rishennia Yevropeiskoho Sudu z prav liudyny u systemi dzherel trudovoho prava Ukrainy. *Pravove zabezpechennia efektyvnoho vykonannia rishen i zastosuvannia praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny* : zb. nauk. ct. Mizhnar. nauk.–prakt. konf. (Odesa, 15 veresnia 2012 r.) / za red. S. V. Kivalova; NU “OIuA”. Odesa: Feniks, 2012. S. 462–469. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/9643>
8. Harashchenko L. P. Praktyka Yevropeiskoho sudu z prav liudyny shchodo zakhystu trudovykh prav. *Sudova apeliatsiia*. 2015. № 2 (39). S. 79–86. http://www.library.univ.kiev.ua/ukr/elcat/new_nonjs/detail.php3?doc_id=1665510&title=%D2%F0%F3%E4&div=0&source=1&yearFst=
9. Klietsova N. V., Kazban A. V. Vykorystannia riznykh metodiv naukovykh doslidzhen pid chas analizu sprav YeSPL v sferi porushennia trudovoho zakonodavstva. *Pryvatne ta publichne pravo*. 2020. № 2. S. 118–124. URL: http://pp-law.in.ua/archive/2_2020/25.pdf
10. Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod: mizhnarodnyi dokument vid 04.11.1950 r. iz zmin. № ETS N 005 / Rada Yevropy. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
11. Sprava “Shtummer protyv Avstryi” (Stummer v. Austria) (Zaiava № 37452/02) Postanova vid 7.07.2011: Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny / YeSPL. URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/70058030/70058030.htm>
12. Sprava “Karlkhaints Shmidt proty Nimechchyny” (Karlheinz Schmidt v. Germany) (Zaiava № 13580/88) vid 18.07.94: Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny / YeSPL. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-57880%22%7D>
13. Pro prymusovu chy oboviazkovu pratsiu: Konventsiiia MOP vid 28 chervnia 1930 r. № 29 / Konventsiiia, mizhnarodnyi dokument. № 29. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_136
14. Sprava “Seliaden (Siliadin) proty Frantsii” (Zaiava № 73316/01) vid 26.05.2005: Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny / YeSPL. URL: <http://lawyer.khpg.org/1/1255676674>
15. Sprava “Hratsiani-Weiss (Graziani-Weiss) proty Avstrii” (Zaiava № 31950/06): Postanova vid 18.10.2011 № 31950/06: Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny / YeSPL. URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/32801067/>
16. Pro skasuvannia prymusovoi pratsi: Konventsiiia MOP vid 25 chervnia 1957 r. № 105 / Konventsiiia, mizhnarodnyi dokument. № 105. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_013#Text

17. Sprava “Chovduri ta inshi proty Hretsii” (Zaiava № 21884/15) vid 30.03.2017: Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny / YeSPL. URL: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/chovduri-and-others-v-greece-0_en
18. Sprava “Vnuchko proty Ukrainy” (Zaiava № 1198/04) vid 14.12.2006: Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny / YeSPL. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_148#Text
19. Sprava “Rantsev proty Kipra i rosii” (Zaiava № 25965/04) vid 07.01.2010: Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny / YeSPL. URL: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/rantsev-v-cyprus-and-russia-application-no-2596504_en
20. Pati R. “States” Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in Rantsev v. Cyprus & Russia. *Boston University International Law Journal*. 2011. № 1. P. 79–142. URL: https://www.bu.edu/law/journals-archive/international/documents/pati_79-142.pdf
21. Sprava “Popov proty Ukrainy” (Zaiava № 23892/03) vid 14.12.2006: Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_152
22. Na foni pandemii roste kilkist zhertv torhivli liudmy. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/07/1382961>
23. Pro vnesennia zminy do statti 149 Kryminalnoho kodeksu Ukrainy shchodo pryvedennia u vidpovidnist z mizhnarodnymi standartamy: Zakon Ukrainy vid 06.09.2018 r. № 2539-VIII / Verkhovna Rada Ukrainy. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2539-19#Text>
24. Sprava “Khitos proty Hretsii” (Zaiava № № 51637/12) Postanova vid 4.06.2015: Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny / YeSPL. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=446104#iYia-4TwenZDxxKC>

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. ILO says forced labour generates annual profits of \$ 150 billion. International labour organization. URL: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_243201/lang--en/index.htm
2. Сьогодні світ відзначає Міжнародний день боротьби із рабством. URL: <https://dsp.gov.ua/sohodni-svit-vidznachaie-mizhnarodnyi-den-borotby-za-skasuvannia-rabstva/>
3. Павленко С. О. Сучасний стан торгівлі людьми з метою трудової експлуатації в Україні та світі. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. № 1. 2021. С. 120–126. URL: http://apnl.dnu.in.ua/1_2021/28.pdf
4. Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage / International Labour Organization and Walk Free Foundation. 2017. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf
5. ООН: Кожне третє робоче місце в Україні зникло через війну. URL: <https://suspilne.media/238410-onn-kozne-trete-roboce-misce-v-ukraini-zniklo-cerez-vijnu/>
6. Константний О. В. Практика Європейського суду з прав людини як джерело правозастосування Верховного Суду України. *Вісник Верховного Суду України*. 2012. № 1 (137). С. 33–36. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vvsu_2012_1_14
7. Волохов О. С. Рішення Європейського Суду з прав людини у системі джерел трудового права України. Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 15 вересня 2012 р.) / за ред. С. В. Ківалова ; НУ «ОЮА». Одеса : Фенікс, 2012. С. 462–469. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/9643>
8. Гаращенко Л. П. Практика Європейського суду з прав людини щодо захисту трудових прав. *Судова апеляція*. 2015. № 2 (39). С. 79–86. http://www.library.univ.kiev.ua/ukr/elcat/new_nonjs/detail.php3?doc_id=1665510&title=%D2%F0%F3%E4&div=0&source=1&yearFst=
9. Клецова Н. В., Казбан А. В. Використання різних методів наукових досліджень під час аналізу справ ЄСПЛ в сфері порушення трудового законодавства. *Приватне та публічне право*. 2020. № 2. С. 118–124. URL: http://pp-law.in.ua/archive/2_2020/25.pdf
10. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: міжнародний документ від 04.11.1950 р. із змін. № ETS N 005 / Рада Європи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
11. Sprava «Штуммер против Австрии» (Stummer v. Austria) (Заява № 37452/02) Постанова від 7.07.2011: Рішення Європейського суду з прав людини / ЄСПЛ. URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/70058030/70058030.htm>
12. Sprava «Карлхайнц Шмідт проти Німеччини» (Karlheinz Schmidt v. Germany) (Заява № 13580/88) від 18.07.94: Рішення Європейського суду з прав людини / ЄСПЛ. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22site%22%3A%22001-57880%22%7D>
13. Про примусову чи обов’язкову працю : Конвенція МОП від 28 червня 1930 р. № 29 / Конвенція, міжнародний документ. № 29. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_136
14. Sprava «Селіаден (Siliadin) проти Франції» (Zaiava № 73316/01) від 26.05.2005: Рішення Європейського суду з прав людини / ЄСПЛ. URL: <http://lawyer.khpg.org/1/1255676674>
15. Sprava «Гразіані-Вейсс (Graziani-Weiss) проти Австрії» (Заява № 31950/06): Постанова від 18.10.2011 № 31950/06: Рішення Європейського суду з прав людини / ЄСПЛ. URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/32801067/>
16. Про скасування примусової праці: Конвенція МОП від 25 червня 1957 р. № 105 / Конвенція, міжнародний документ. № 105. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_013#Text

17. Справа «Човдурі та інші проти Греції» (Заява № 21884/15) від 30.03.2017: Рішення Європейського суду з прав людини / ЄСПЛ. URL: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/chowdury-and-others-v-greece-0_en
18. Справа «Внучко проти України» (Заява № 1198/04) від 14.12.2006: Рішення Європейського суду з прав людини / ЄСПЛ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_148#Text
19. Справа «Ранцев проти Кіпра і Росії» (Заява № 25965/04) від 07.01.2010: Рішення Європейського суду з прав людини / ЄСПЛ. URL: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/rantsev-v-cyprus-and-russia-application-no-2596504_en
20. Pati R. (2011) “States” Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in Rantsev v. Cyprus & Russia. *Boston University International Law Journal*. № 1. P. 79–142. URL: https://www.bu.edu/law/journals-archive/international/documents/pati_79-142.pdf
21. Справа «Попов проти України» (Заява № 23892/03) від 14.12.2006: Рішення Європейського суду з прав людини. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_152
22. На фоні пандемії росте кількість жертв торгівлі людьми. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/07/1382961>
23. Про внесення зміни до статті 149 Кримінального кодексу України щодо приведення у відповідність з міжнародними стандартами: Закон України від 06.09.2018 р. № 2539-VIII. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2539-19#Text>
24. Справа «Хітос проти Греції» (Заява № № 51637/12) Постанова від 4.06.2015: Рішення Європейського суду з прав людини / ЄСПЛ. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=446104#jiYia4TwenZDxxKC>

КАТЕГОРІЯ ПУБЛІЧНОГО ІНТЕРЕСУ ПРИ ВИЗНАЧЕННІ МЕЖ АДМІНІСТРАТИВНОГО РОЗСУДУ

УДК 342.92;342.951:351.82

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlrichsjournal-2021-5.04>

ВІТАЛІЙ ВДОВІЧЕН

доктор юридичних наук,

доцент кафедри публічного права

Чернівецького національного університету

імені Юрія Федьковича, Україна

v.vdovichen@chnu.edu.ua

Анотація. У статті проведено дослідження правової категорії «публічний інтерес» з метою визначення її ролі у механізмі реалізації адміністративного розсуду з врахуванням прив'язки задоволення публічних потреб як основної функції держави. Дослідження процесу прийняття рішення уповноваженим суб'єктом, демонструє існування критерію, який здійснює беззаперечний прямий вплив і, водночас, слугує якісним орієнтиром у реалізації власних повноважень суб'єктами – публічний інтерес як фактор, що визначає та встановлює межі застосування адміністративного розсуду. В науці адміністративного права, обговорення змістовності категорій «публічний інтерес» та «адміністративний розсуд» як одні із фундаментальних теоретико-прикладних понять, постійно знаходиться на актуальному рівні. Встановлено, що кореляційний зв'язок категорій «публічний інтерес» та «адміністративний розсуд» носить беззаперечний характер, адже дослідження реалізації адміністративного розсуду не можливе без встановлення й аналізу суб'єктного фактору, і в той же час, врахування публічного інтересу виступає основним якісним критерієм визначення меж застосування суб'єктом публічної адміністрації варіантів можливої поведінки – адміністративного розсуду.

Обґрунтовано, що публічність включає доступність та можливість участі громадян в житті держави як інструмента забезпечення публічних потреб через право вибору відповідних органів виконавчої влади та участь у їхній діяльності; прозорість та відкритість їхнього функціонування; громадський контроль за діяльністю органів публічного управління (адміністрування) та їхніх посадових осіб, за дотриманням конституційно визначених та закріплених інтересів суспільства, прав і свобод громадян. Доведено, що визначальним юридичним значенням індивідуально-правової діяльності, яка здійснюється компетентними органами публічної адміністрації пояснюється належність правозастосування до елементів правової системи, саме ця діяльність дає можливість розмежувати правотворчість та індивідуально-правове регулювання. Вибір дозволеної або необхідної поведінки стає можливим через чітке визначення суб'єктивних прав і суб'єктивних цивільних обов'язків, тобто завдяки змісту публічно-правового правовідношення. Вступаючи в публічно-правові відносини для задоволення публічного інтересу, суб'єкти публічної адміністрації обирають відповідну поведінку, яка б відповідала вимогам закону. Тому, такі суб'єкти зобов'язані застосовувати виключно ті форми адміністративного розсуду, які обумовлені правом (законом), тобто обирати правомірні альтернативи, які входять в їхню компетенцію.

Ключовою ознакою меж адміністративного розсуду в діяльності органів публічної адміністрації є те, що вони є рамками допустимої свободи правозастосування під час вибору варіантів рішення суб'єктом правозастосування. Публічний інтерес в адміністративному розсуді проявляється в прагненні уповноважених суб'єктів забезпечити законну реалізацію їх компетенції, здійснити дії, які спрямовані на задоволення потреб, захист прав і виконання зобов'язань, покладених на них Конституцією та законодавством держави. У разі, якщо публічний інтерес в якості меж застосування адміністративного розсуду не повністю чи не адекватно визначений законодавцем, то це здійснює вплив на весь нормотворчий процес, веде до нестійкої законодавчої політики і до частих змін правових норм.

Ключові слова: інтерес, публічний інтерес, суб'єкт публічної адміністрації, адміністративний розсуд, дискреційні повноваження, адміністративне рішення, правотворчість.

CATEGORY OF PUBLIC INTEREST IN DETERMINING THE BOUNDARIES OF ADMINISTRATIVE REASONING

UDC 342.92;342.951:351.82

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlichsjournal-2021-5.04>**VITAL VDOVICHEN*****LLD, Associate Professor of the Department of Public Law******Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine****v.vdovichen@chnu.edu.ua*

Abstract. The article analyzes the legal category of “public interest” in order to determine its role in the mechanism of administrative discretion. At the same time, it is necessary to take into account the binding of public needs as the main function of the state. Based on the study of the decision-making process by the authorized entity, we demonstrate the existence of a criterion that exerts undeniable direct influence and, at the same time, serves as a qualitative guide in the exercise of their powers – public interest as a factor determining and setting limits of administrative discretion. In the science of administrative law, the discussion of the content of the categories “public interest” and “administrative discretion” are fundamental theoretical and applied concepts that are constantly relevant. It is established that the correlation between the categories of “public interest” and “administrative discretion” is indisputable, because the study of the implementation of administrative discretion is not possible without the establishment and analysis of the subjective factor. At the same time, the public interest is the main qualitative criterion for determining the limits of public administration options for possible behavior – administrative discretion.

The author substantiates that “publicity” includes accessibility and opportunity for citizen participation in the life of the state. The state acts as an instrument for meeting public needs through the right to choose the relevant executive bodies and participate in their activities; transparency and openness of their functioning; public control over the activities of public administration bodies and their officials, over the observance of the constitutionally defined and enshrined interests of society, the rights and freedoms of citizens. The affiliation of law enforcement to the elements of the legal system is explained by the defining legal significance of individual legal activities carried out by the competent public administration. Activities of this kind make it possible to distinguish between lawmaking and individual legal regulation. The choice of permissible or necessary behavior becomes possible through a clear definition of subjective rights and subjective civil obligations, which is due to the content of public law. Entering into public law relations to satisfy the public interest, the public administration chooses appropriate behavior that would meet the requirements of the law. Therefore, such entities are obliged to apply only those forms of administrative discretion that are determined by law (law), to choose legitimate alternatives that fall within their competence.

The key feature of the limits of administrative discretion in the activities of public administration bodies is the framework of permissible freedom of law enforcement in the choice of options by the subject of law enforcement. The public interest in administrative discretion is the desire of authorized entities to ensure the lawful realization of their competence, to take actions aimed at meeting the needs, protection of rights and fulfillment of obligations imposed on them by the Constitution and state legislation. If the public interest as a limit to the application of administrative discretion is not fully or inadequately defined by the legislator, it affects the entire rule-making process, leads to unstable legislative policy and frequent changes in legal norms.

Key words: interest, public interest, subject of public administration, administrative discretion, discretionary powers, administrative decision, law-making.

Публічний інтерес – одне з головних понять у теорії юридичної дійсності. Дана категорія при визначенні змісту правозастосовчої діяльності, на наше переконання, має бути першоосновою щодо інших елементів, що пояснюється не тільки соціальною природою публічного інтересу, а ще й необхідністю підвищення ролі суспільного фактору, визначення людини як головної соціальної цінності, а задоволення публічних потреб як основної функції держави. В організованому громадянському суспільстві людина зобов'язана узгоджувати свої приватні інтереси з публічними інтересами всього суспільства, особливо в сфері публічно-правових відносин. *Пріоритет публічного інтересу* над приватним є характерним для адміністративно-правового регулювання суспільних відносин, оскільки адміністративне право є галуззю публічного права, першочерговий завданням якого є захист публічних інтересів всього українського суспільства та держави вцілому (в сфері дотримання законності та правопорядку, надання адміністративних послуг тощо). Ефективна реалізація повноважень під час публічного адміністрування

безпосередньо залежить від якості прийнятого рішення, яке повинно відповідати як інтересам суспільства, так і не виходити за межі чинного законодавства. Аналізуючи процес прийняття рішення уповноваженим суб'єктом, можна говорити про критерій, що на нього впливає і водночас слугує якісним орієнтиром у реалізації власних повноважень суб'єктами – публічний інтерес як фактор, що визначає та встановлює межі застосування адміністративного розсуду.

В науковому світі увага до публічного інтересу завжди носила та носить актуальний характер, зокрема особливо прискіпливо досліджується *проблематика пошуку балансу між публічними та приватними інтересами*. Така увага до категорії «публічний інтерес» обумовлена її універсальністю та вагомістю для правильного, якісного, оптимального та ефективного правового врегулювання суспільних відносин у всіх сферах суспільного життя. Адже, в основі кожних правових відносин знаходиться визначений інтерес – реальні, життєві потреби їх учасників і саме вони зумовлюють та визначають мету правового регулювання. Як відмічає Л. О. Золотухіна: «... в більшості проаналізованих наукових робіт публічний інтерес розглядається у діалектичній єдності з приватним інтересом, і це є логічним, адже публічні інтереси по суті є концентрацією співпадаючих приватних інтересів» [8, с. 52]; діалектика приватного та публічного в правовому регулюванні досліджувалася в працях В. М. Селіванова та Н. А. Діденко [17, с. 15]; О. Ю. Кондик визначив баланс приватних та публічних інтересів як забезпечення суспільної потреби або необхідність [10, с. 5]. Беззаперечне місце публічного інтересу і у адміністративному праві, що не раз ставало предметом дослідження, зокрема: В. Галунько визначав місце публічного інтересу в адміністративному праві [6]; Л. Золотухіна досліджувала перспективи удосконалення чинного законодавства України з погляду захисту публічного інтересу у адміністративному порядку [7]; М. Кунцевич визначив публічні і приватні інтереси в якості цінностей, що охороняються адміністративним правом [11]. Також, варто відзначити, що наукові дослідження правового регулювання застосування адміністративного розсуду в основному зосереджені на розв'язанні процесуальних проблем діяльності органів публічної адміністрації: О. Семеній визначає ознаки адміністративного розсуду в діяльності суб'єктів публічної адміністрації [18]; І. Стахура досліджує поняття і види меж адміністративного розсуду [19]; Т. Март'янова аналізує чинники і межі розсуду суб'єктів правозастосовної діяльності [12]; Н. Бааджи визначає гарантії законності адміністративного розсуду [3]. Отож, серед правознавців, а особливо вчених-адміністративістів, на науковому рівні постійно обговорюється *змістовність категорій «публічний інтерес» та «адміністративний розсуд»* як одних із фундаментальних теоретичних категорій. Однак, кореляційний зв'язок даних категорій носить беззаперечний характер, адже дослідження реалізації адміністративного розсуду не можливе без встановлення й аналізу суб'єктного фактору, і в той же час, врахування публічного інтересу виступає основним якісним критерієм визначення меж застосування суб'єктом публічної адміністрації варіантів можливої поведінки – адміністративного розсуду.

Дослідження процесу прийняття рішень суб'єктами публічної адміністрації набуває все більшого значення, зокрема і визначення тих факторів, що впливають на встановлення обмежувальних критеріїв при прийнятті таких рішень. Основною метою проведеного дослідження є встановлення необхідності врахування категорії публічного інтересу при визначенні меж адміністративного розсуду.

Визначальним принципом демократичної правової держави, який забезпечує постійний зв'язок із суспільством та громадянами, є публічність. Публічність включає доступність та можливість участі громадян в житті держави як інструмента забезпечення публічних потреб через право вибору відповідних органів виконавчої влади та участь у їхній діяльності; прозорість та відкритість їхнього функціонування; громадський контроль за діяльністю органів публічного управління (адміністрування) та їхніх посадових осіб, за дотриманням конституційно визначених та закріплених інтересів суспільства, прав і свобод громадян. Українська держава чітко визначилась із геополітичним вибором на користь євроінтеграції, тому використання європейського підходу до розуміння сутності держави як механізму реалізації публічних та захисту приватних інтересів є цілком виправданим. Крім того, історія наукових поглядів на державні, публічні та приватні інтереси демонструє нам поступове зародження, трансформацію та посилення соціологічних концепцій у зв'язку із розвитком громадянського суспільства, суспільної свідомості та необхідністю пошуку компромісу між державними та приватними інтересами. Варто і відмітити, що останнім часом увага до дослідження поняття «інтерес» у вітчизняній юриспруденції знову помітно зростає. Це викликано, насамперед, потребою у теоретичному обґрунтуванні

забезпечення справедливого балансу приватних інтересів усіх учасників суспільного життя, а також у гармонічному поєднанні як приватних, так і публічних інтересів з тим, щоб досягти за допомогою державно-правового регулювання суспільних відносин їх балансу. Тому усталене використання та поширення поняття «публічний інтерес» є результатом пошуку такого компромісу. Про поступове посилення позицій «публічного інтересу» в сучасній доктрині адміністративного права свідчить, зокрема, трансформація понятійного апарату і можливостей правозастосування в публічному адмініструванні.

Інтерес в ефективному адміністративному законодавстві полягає в тому, що і приватний, і публічний суб'єкти зацікавлені в простоті, ясності, уніфікованості адміністративного законодавства, а також у тому, щоб у ньому знайшли відбиття конституційні принципи та норми. При цьому, адміністративне законодавство не повинно виходити за межі свого предмета регулювання, не повинно містити норми, які регулюють відносини, віднесені до компетенції інших підгалузей та інститутів права. Підвищенню ефективності адміністративних законів повинна сприяти регламентація та формалізація законодавчого процесу: від розроблення проєктів законів до їхнього обговорення і прийняття. Це і обумовлює відповідь на питання про те, чи надає норма права органу публічної адміністрації розсуд чи ні, необхідно шукати в тексті самої ж норми. В абсолютній більшості випадків текст самої норми дає потрібну відповідь (наприклад, у ньому використовуються такі формулювання, як «може», «має право» або «повинен»). У більш виняткових випадках до надання розсуду веде тлумачення норми (за необхідності навіть з урахуванням конституційно-правових аспектів) [9]. Так, Р. Епштейн висуває терію верховенства права, яка характеризується обмеженням свободи розсуду уряду шляхом оприлюднення загальних правил, які є передбачуваними у їх застосуванні і піддаються досить прямому судовому виконанню [22]. Крім того, часто відмічається, що «адміністративна» держава ставить під загрозу таку версію верховенства права, оскільки вона заохочує широке делегування повноважень з питань законотворчості адміністративним органам. Статути, які надають повноваження публічним органам, містять обмеження на розсуд, однак, який можна застосовувати у разі прогалин в праві або ж задля миттєвої реакції для регулювання конкретних відносин. Таким кроком, які вживають публічні установи для виконання цих статутів, не вистачає загальності та передбачуваності [27].

Звичайно, що реалізуючи право адміністративного розсуду, застосування норм права після правотворчості є другим за значенням фактором, який істотно впливає на правове регулювання. Саме істотним юридичним значенням *індивідуально-правової діяльності, яка здійснюється компетентними органами публічної адміністрації* пояснюється належність правозастосування до елементів правової системи. Діяльність такого роду дає можливість розмежувати правотворчість та індивідуально-правове регулювання. Також варто і відзначити, що правозастосування відображає важливий аспект адміністративного права, де індивідуально-правова діяльність набуває, за ключовими своїми рисами, характеру якраз застосування норм права і, отже, виконує в основному так-звану правозабезпечувальну функцію. І логічно, якщо ж органи правотворчості закладають у правову систему загальні правила поведінки, то органи правозастосування (маючи певний діапазон для самостійного прийняття рішень) покликані забезпечити приведення в життя загальних програмних завдань, конкретизоване їх втілення в реальних життєвих обставинах.

Здійснення адміністративного розсуду уповноваженим суб'єктом під час правозастосування характеризується тим, що реалізація прав і виконання обов'язків не може відбуватись із виходом за межі норм права (а якщо вести мову про орган державної влади – то межі чітко визначенні нормативно-правовим актом). Вступаючи в публічно-правові відносини для задоволення публічного інтересу, суб'єкти публічної адміністрації обирають відповідну поведінку, яка повинна відповідати вимогам закону. Тому, такі суб'єкти (*наділені правом розсуду*) зобов'язані застосовувати виключно ті форми адміністративного розсуду, які обумовлені правом (законом), тобто обирати правомірні альтернативи, які входять в їхню компетенцію [20]. З цією метою А. Фріцше стверджує, що «дискреційне повноваження визначається як компетенція адміністратора вирішувати щодо застосування закону до конкретної фактичної моделі, що є результатом як відсутності точного законодавчого попереднього визначення, так і наступних рішень “*de novo*” за допомогою контролюючих адміністративних судів ... у таких випадках функціональні критерії можуть бути використані для «точного налаштування» інституційного балансу» [23, с. 361]. Вибір дозволеної або необхідної поведінки стає можливим через чітке визначення суб'єктивних прав і суб'єктивних цивільних обов'язків, тобто завдяки змісту публічно-правового

правовідношення. І тому, розуміння держави як організації публічної влади переконує в тому, що і будь-які інтереси держави апріорі є публічними, за винятком тих випадків, коли державними інтересами називають інтереси окремих представників держави (часто використовуючи патерналізм). Як державні, так і публічні інтереси в історичному контексті нерідко вступають в протиріччя з приватними інтересами, адже їх реалізація пов'язана із обмеженням або заборобою (неможливістю) реалізації приватних інтересів. Як відзначає М. Брюховецька: «... для прийняття рішення необхідно виконати кілька кроків: по-перше, визначити проблему, яку потрібно вирішити, та цілі, які необхідно досягти; по-друге, визначити альтернативи, що призводять до досягнення запропонованих цілей, а також оцінити, чи відповідають альтернативи очікуваному результату; по-третє, здійснити всі необхідні заходи для реалізації рішення» [4, с. 6]. Наприклад, дозвільна система, регламентована державою, обумовлена публічним інтересом забезпечення охорони правопорядку, недопущення незаконного обігу предметів та засобів (холодної та вогнепальної зброї – дозвільна система обмежує здійснення приватних інтересів громадян вільно купувати, володіти та носити холодну чи вогнепальну зброю). Проте, в дозвільній системі можна простежити і суто державний інтерес – існування монополії держави на застосування примусу (з використанням вогнепальної зброї) та убезпечення інститутів держави від потенційного збройного нападу з боку окремих верств суспільства, незадоволених політикою держави [8, с. 37–38].

Основною ознакою меж адміністративного розсуду в діяльності органів публічної адміністрації є те, що вони є рамками допустимої свободи правозастосування під час вибору варіантів рішення суб'єктом правозастосування. Можливості адміністративного розсуду уповноваженого суб'єкта публічної адміністрації мають бути врегульовані на законодавчому рівні з огляду на те, що вони є невід'ємною частиною будь-якої управлінської діяльності. Шляхом застосування таких повноважень суб'єкт публічного адміністрування має змогу вибирати найбільш оптимальне рішення щодо конкретної справи з урахуванням її фактичних обставин і при цьому не виходити за межі, що встановлені нормативними актами держави. Реалізація цих повноважень дає здатність оптимізувати діяльність органів публічної адміністрації, а також позитивно впливає на встановлення таких принципів публічного адміністрування, як верховенства права, справедливості та принципів належного адміністрування, що виступають важливими гарантіями забезпечення публічного інтересу та відносин між людиною і державою.

В науковій літературі відзначається, що обсяг повноважень владного органу залежить від *певного типу адміністративного розсуду*: імперативний тип, коли норма передбачає право суб'єкта на свій розсуд ухвалювати конкретне рішення шляхом обрання з двох чи більше можливих варіантів (тут можливо або наявність чітких альтернативних варіантів рішення, або визначення «крайніх» меж (наприклад, санкція позначена словами «від» і «до»); диспозитивний тип адміністративного розсуду виражається у тому, що правова норма уповноважує суб'єкта ухвалювати управлінське рішення на власний розсуд не із варіативного ряду, а за наслідками оцінки конкретних обставин; інтерпретаційний тип адміністративного розсуду застосовується коли суб'єкт приймає рішення на підставі норми, яка оперує оціночними поняттями та категоріями (необхідність, доцільність, ефективність, суспільний інтерес) [14, с. 9–70]. Крім того, не заперечуючи необхідності обмежувального тлумачення положень про компетенцію, слід визнати, що кожне повноваження адміністративного органу має свою конкретну мету. Використання повноважень не в тих цілях, для яких вони спочатку були призначені, призводить до неприпустимого обмеження прав особи. Посилання на пошук мети повноважень, характерне для поняття зловживання владою, не розмиває межі втручання, а навпаки – дозволяє надати їм раціональний сенс [25, с. 478]. Т. Бірнат, досліджуючи правотворчу політику, розсудливість і важливість стандартів верховенства права, намагається дати вичерпну характеристику проблеми правозастосовчого розсуду і в дослідженні використовує два підходи до питання – традиційний та цілісний. Перший розглядає правозастосовчий процес за його суттю як рішення органів, а їх дискреційні повноваження визначаються конституційними нормами та правовими приписами, що приймаються в рамках правотворчого процесу. Останній – ширший погляд, який включає інші етапи (включаючи «передтворчу» стадію), що означає, що дискреційні повноваження повинні охоплювати різних осіб, які приймають рішення. Дотримуючись такого підходу, як відзначає Т. Бірнат, обсяг правозастосовчого розсуду визначається не лише правовими положеннями, а й принципами демократичної правової держави. Хоча ступінь (не)відповідності розглянутим стандартам, очевидно, відрізняється від порушення норм права, це суттєво впливає

на прийнятті закони та функціонування всієї правової системи. Це також є викликом для правозасосовчої практики і впливає на використання дискреційних повноважень [21].

Вираження публічного інтересу в адміністративному розсуді залежить від вчасного й об'єктивного виявлення існуючих суспільних інтересів у сфері публічного адміністрування. Тому, інтерес в адміністративному розсуді проявляється в прагненні уповноважених суб'єктів забезпечити законну реалізацію їх компетенції, здійснити дії, які спрямовані на задоволення потреб, захист прав і виконання зобов'язань, покладених на них Конституцією та законодавством держави. І якщо публічний інтерес в якості межі застосування адміністративного розсуду не повністю чи не адекватно визначений законодавцем, то це здійснює вплив на весь нормотворчий процес, веде до нестійкої законодавчої політики і до частих змін правових норм. Однак, тут варто і згадати про так-званий похідний характер публічних інтересів та їх залежність від приватних. П. Рабінович за ступенем «публічності» виділив такі види інтересів: " приватні інтереси (ті, які задовольняються власними інтелектуальними (нефізичними) діями, операціями; і доки такі дії не проявляються назовні, вони не набувають суспільного («публічного») характеру, а тому й не можуть бути піддані державно-юридичному регулюванню; приватно-публічні інтереси, які безпосередньо задовольняються фізичними діями інших суб'єктів, у тому числі державних органів і організацій; публічні інтереси, тобто інтереси усього суспільства (що адекватно відображають його загальні потреби) як системної єдності, цілісності» [16]. Також в сучасній юридичній літературі визначають три види публічного інтересу: державний, територіальний і суспільний інтерес [13]. Разом з тим, на думку А. А. Нечай: « ... не всі суспільні інтереси набувають ознак публічності і стають різновидом публічного інтересу, що регулюється публічними галузями права, а лише ті з них, які отримали визнання держави або органів місцевого самоврядування, якщо останні мають певну самостійність та незалежність від держави відповідно до законодавства країни ... визнання державою або органами місцевого самоврядування тих чи інших суспільних інтересів відбувається шляхом декларування у нормах законодавства зацікавленості держави або органів місцевого самоврядування у підтримці та задоволенні таких інтересів» [13]. Найчастіше це відбувається шляхом визначення у відповідному законодавстві джерел та правил фінансування заходів, спрямованих на задоволення відповідного суспільного інтересу. Тому, визнані державою суспільні інтереси, в знеособленому вигляді закріплюються в конституційних актах (для прикладу, в Конституції України), а механізми їх здійснення та захисту встановлюються у законах та інших спеціалізованих, галузевих нормативно-правових документах, що закріплюють можливості застосування адміністративного розсуду уповноваженими суб'єктами. І оскільки вони стають офіційно визнаними державою (а також територіальними громадами), то набувають ознак публічності та стають різновидом публічного інтересу. Однак, тут варто враховувати, що *межі адміністративного розсуду під час правозастосування органами публічної адміністрації* не можуть бути ширшими від наявних меж правового регулювання правозастосовної діяльності. Але уже в межах встановленого правового регулювання, легітимне правозастосування має реалізовуватися в повному обсязі, використовуючи весь можливий та наявний арсенал правових засобів для уповноважених суб'єктів з метою ефективного та адекватного регулювання правовідносин. Зарубіжна наукова література часто підтверджує, що «адміністративний розсуд» не слід розглядати як однорідне унікальне поняття, оскільки існують різні форми розсуду, які не вимагають однакового рівня судового контролю. Можна провести відмінність між, з одного боку, «належним розсудом» або «повноваженнями для оцінки», наданими законодавчому органу, і, з іншого боку, «технічним розсудом» або «межею оцінки», що є лише результатом самообмеження з огляду на складність оцінок, які проводить уповноважений суб'єкт [26, с. 339].

Оскільки в правовій державі лише право узаконює публічно-владну діяльність, також і правозастосовну, у той же час виключно за допомогою права публічно-владна діяльність вводиться в чітко визначені рамки юридичних вимог. Вони можуть і повинні передбачати варіативність поведінки посадової особи, однак можливість такого вибору зобов'язана бути чітко окреслена. Лише право може визначити межі публічно-владної діяльності органів публічної адміністрації. Таким чином, діяльність органів публічної адміністрації, у тому числі в частині застосування розсуду при вирішенні адміністративних справ, може реалізовуватися на основі норми права і не може вийти за її рамки. Тому, часто науковцями відзначається, що межі адміністративного розсуду – це встановлений у нормативно-правових актах, з використанням спеціальних правових засобів, вид правових обмежень щодо діяльності

суб'єктів публічної адміністрації, який обумовлює рамки, в яких суб'єкт адміністративного розсуду має здатність та можливість вольового вибору оптимального рішення юридичного питання [2, с. 126–127].

Умовами застосування адміністративного розсуду суб'єктом публічної адміністрації є підстави, за наявності яких, може бути реалізовано право адміністративного розсуду: фактичними підставами застосування адміністративного розсуду виступають суспільні відносини, які підлягають правовому регулюванню та об'єктивно по своїй природі можуть піддаватися нормативно-організаційному впливу та в наявних соціально-політичних умовах вимагають даного впливу, який здійснюється за допомогою інструментів публічного адміністрування суб'єктом публічної адміністрації; нормативними підставами застосування адміністративного розсуду виступає система правових норм, якими закріплено завдання, мету, основні принципи діяльності суб'єкта публічної адміністрації, компетенцію суб'єкта публічної адміністрації (включаючи, повноваження та процедуру їх реалізації) [15, с. 116–117]. Крім того, як відзначає І. Пархомюк, що адміністративний розсуд напряму пов'язаний із зловживанням повноваженнями: «... зловживання владою є одним із класичних понять адміністративного права. Згідно з класичним підходом, ця концепція ґрунтується на припущенні, що обсяг дискреційних повноважень органів державного управління, окрім норм компетенції, процесуальних та правових підстав для дій, визначається також метою, заради якої надані дискреційні повноваження» [25, с. 453].

В науковій літературі зустрічаються різні підходи щодо визначення природи меж застосування розсуду уповноваженими суб'єктами. Досліджуючи межі судового розсуду в кримінальному провадженні, В.В. Вапнярчук відзначив: «... що природа меж дискреції суду в кримінальному провадженні має двоякий характер: з одного боку, вони об'єктивовані приписами нормативно-правових актів та правоположеннями судової практики; з іншого – вони обумовлюються суб'єктивними особистісними особливостями судді, який застосовує розсуд» [5, с. 2]. Дж. Мендес, досліджуючи межі права розсуду, звернула увагу на використання розсуду, турботи та суспільних інтересів в адміністрації ЄС. Вона зауважує, що останні гучні рішення Європейського суду схвалили розширення повноважень виконавчої влади ЄС, включаючи повноваження його адміністрації. Коли такі повноваження надані чи затверджені в судовому порядку, як далеко може досягти закон у структуруванні здійснення дискреційних повноважень адміністративними суб'єктами ЄС? Вона аналізує, як суди ЄС перевіряли адміністративний розсуд у випадках, коли вони ретельно контролювали їх. Вона стверджує, що суди ЄС применшували роль, яку має відігравати закон у структуруванні здійснення адміністративного розсуду, нехтуючи суспільними інтересами, які мають переслідуватися силою правових норм. Навпаки, контроль європейського омбудсмена за дискреційними повноваженнями ілюструє інше і нормативно більш вимогливе розуміння того, як закон може діяти у відношенні дискреційних повноважень [24].

Ще один ракурс дослідження меж адміністративного розсуду, який часто застосовується науковцями – це принципи обмеження та умови застосування. Однак, на нашу думку, тут не варто здійснювати підміну понять, коли ми ведемо мову про *принципи обмеження адміністративного розсуду*, то аж ніяк не говоримо про самі ж ці межі. Оскільки, така підміна носить ірраціональний характер, що призводить до неоднозначного розуміння правової природи самого ж адміністративного розсуду. Так, Н.О. Армаш принципами обмеження дискреційних повноважень виступають: мета дискреційних повноважень, тобто дотримання цілей, для досягнення яких надано відповідне дискреційне повноваження; об'єктивність та неупередженість, тобто рішення та дії уповноваженого суб'єкта мають повністю й точно відповідати об'єктивній дійсності; рівність перед законом (аналог принципу недискримінації), тобто усунення кожних проявів несправедливості, гарантія рівності; пропорційність, тобто досягнення необхідного балансу між потребами в захисті інтересів суспільства загалом та належним захистом індивідуальних прав особи; доцільність, тобто необхідність підпорядкування організаційних, процесуальних та інших сфер публічної служби та діяльності державних діячів їх загальній меті; розумний строк, тобто оптимальний строк розгляду та вирішення справи, який є достатнім для надання своєчасного (без невинуватених зволікань) судового захисту порушених прав, свобод та законних інтересів у відносинах; гласність (відкритість), тобто доступ осіб, які не є суб'єктами владних повноважень, до відкритої публічної інформації; підтримання іміджу та авторитету державної влади, тобто забезпечення результативного здійснення завдань і функцій держави, шляхом сумлінного виконання посадовими особами покладених на обов'язків; підконтрольність, тобто закріплення та реальне здійснення безперервного,

послідовного контролю за всією діяльністю публічної влади в державі, зокрема також і за суб'єктивною дискреційною діяльністю [1, с. 19–4].

Отже, необхідність і можливість застосування адміністративного розсуду пов'язано з визначеним рівнем розвитку права та суспільства. Межі адміністративного розсуду – це встановлений у нормативно-правових актах за допомогою спеціальних правових засобів, вид правових обмежень щодо діяльності суб'єктів публічної адміністрації, який обумовлює рамки, у яких уповноважений суб'єкт має можливість вольового вибору оптимального вирішення юридичного питання. Існування потреби у застосуванні адміністративного розсуду пов'язано з необхідністю суб'єктів публічної адміністрації виконувати завдання, які покладені на них суспільством та які закріплені законом. Визначення та визнання на законодавчому рівні критеріїв реалізації адміністративного розсуду забезпечить однаковий підхід до вирішення аналогічних ситуацій по врегулювання суспільних відносин. Оптимальний (адекватний сучасній дійсності) результат щодо встановлення меж адміністративного розсуду можливо досягнути через визнання та нормативне закріплення публічного інтересу як основоположної категорії правової дійсності, що створює умови для нормального функціонування громадянського суспільства, задоволення публічних потреб, а також адекватного публічного адміністрування в сфері виконання організаційно-виконавчих та розпорядчих функцій органами державної влади.

REFERENCES

1. Armash N.O. Pryntsypy realizatsii dyskretyinykh povnovazhen derzhavnymy politychnymy diiachamy. *Derzhava ta rehiony. Seriya "Pravo"*. 2014. № 4 (46). S. 19–25.
2. Baadzy N. A. Administratyvnyi rozsud v diialnosti orhaniv publichnoi administratsii) : avtoref. dys. ... kand. yuryd. nauk : 12.00.07 / Odes. derzh. un-t vnutr. sprav. Odesa, 2020. 20 s.
3. Baadzy N.A. Harantii zakonnosti administratyvnoho rozsudu. *Vseukrainskyi pravnychi chasopys*. 2016. № 1. S. 140–143.
4. Briukhovetska M. S. Upravlinske rishennia ta faktory, shcho vplyvaiut na protses yoho pryiniattia y realizatsiiu. *Aktualni problemy vitchyznianoï yurysprudentsii*. 2019. № 4. URL: <https://doi.org/10.15421/391901>.
5. Vapniarchuk V.V. Mezhi zastosuvannya sudovoho rozsudu v kryminalnomu provadzhenni. *Teoriia i praktyka pravoznavstva* : zbirnyk naukovykh prats. 2014. Vyp. 1 (5). S. 1–12.
6. Halunko V. V. Publichnyi interes v administratyvnomu pravi. *Forum prava*. 2010. Vyp. 4. S. 178–182. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2010-4/10gvvav.pdf>.
7. Zolotukhina L. O. Zakhyst publichnoho interesu u administratyvnomu poriadku : perspektyvy udoskonalennia chynnoho zakonodavstva Ukrainy. *Pravo i suspilstvo*. 2019. № 4. S. 185–191.
8. Zolotukhina L. O. Publichnyi interes yak administratyvno-pravova katehoriia : dys.... dokt. yuryd. nauk : 12.00. 07. Zaporizhzhia : ZNU. 2019. 486 s.
9. Koval M. Mekhanizm realizatsii sudovoho rozsudu v administratyvnomu sudochynstvi. *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo*. 2016. № 7. S. 64–65.
10. Kondyk O. Yu. Zabezpechennia suspilnoi potreby abo neobkhidnist: balans pryvatnykh ta publichnykh interesiv : avtoref. dys. ... kand. yuryd. nauk : 12.00.03. Kyiv. 2014. 20 s.
11. Kuntsevych M. P. Publichni i pryvatni interesy yak tsinnosti, shcho okhroniautsia administratyvnym pravom. *Pravovyi visnyk Ukrainiskoi akademii bankivskoi spravy*. 2014. Vyp. 2 (11). S. 11–15.
12. Martianova T.S. Chynnyky i mezhi rozsudu subiektiv pravozastosovnoi diialnosti. *Naukovi zapysky Lvivskoho universytetu biznesu ta prava*. 2012. Vyp. 9. S. 44–55.
13. Nechai A. A. Problemy pravovoho rehuliuвання publichnykh finansiv ta publichnykh vydatkiv : monohrafiia. Chernivtsi : Ruta, 2004.
14. Onishchuk M. Do pytannia pro sudovyi kontrol za dyskretyieiu subiekta vladnykh povnovazhen. *Administratyvne pravo i protses*. 2020. № 4 (31). S. 67–76.
15. Panfilov O. Ye., Bilous-Osin T. I. Administratyvnyi rozsud u diialnosti subiektiv publichnoi administratsii. *Prykarpatskyi yurydychnyi visnyk*. 2019. № 2 (26). S. 114–118.
16. Rabinovych P.M. Pryvatne i publichne u pryrodnomu pravi ta ukrainskomu zakonodavstvi. *Yurydychna Ukraina*. 2004. № 6. S. 30.
17. Selivanov V., Didenko N. Dialektyka pryvatnoho ta publichnoho v pravovomu rehuliuванні. *Pravo Ukrainy*. 2001. № 11. S. 15–21.
18. Semenii O. Oznyaky administratyvnoho rozsudu v diialnosti subiektiv publichnoi administratsii. *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo*. 2017. № 6. S. 136–139.
19. Stakhura I.B. Poniattia i vydy mezh administratyvnoho rozsudu. *Chasopys Kyivskoho universytetu prava*. 2018. № 1. S. 99–103.
20. Baadzy N. Correlation of administrative discretion with the notion and essence of the public administration management activity. *European Reforms Bulletin*. 2019. № 1. S. 2–7.

21. Biernat T. On the Lawmaking Policy, Discretion and Importance of the Rule of Law Standards. *Studia Iuridica Lublinensia*. 2020. № 29 (3). P. 67–85.
22. Epstein R. A. Why the Modern Administrative State Is Inconsistent. *With the Rule of Law. N.Y.U. J.L. & Liberty*. 2008. № 3. P. 499–503.
23. Fritzsche A. Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law. *Common Market Law Review*. 2010. № 47. Issue 2. P. 361–403.
24. Mendes J. Discretion, care and public interests in the EU administration: Probing the limits of law. *Common Market Law Review*. 2016. № 53. Issue 2. P. 419–451.
25. Parchomiuk J. Abuse of discretionary powers in Administrative Law. Evolution of the judicial review models: from “administrative morality” to the principle of proportionality. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2018. № 26 (3). P. 453–478.
26. Prek M., & Lefèvre S. “Administrative Discretion”, “Power Of Appraisal” And “Margin Of Appraisal” In Judicial Review Proceedings Before The General Court. *Common Market Law Review*. 2019. № 56. Issue 2. P. 339–380.
27. Shane P. M. The rule of law and the inevitability of discretion. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 2013. Vol. 36. P. 21–28.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Армаш Н.О. Принципи реалізації дискреційних повноважень державними політичними діячами. *Держава та регіони. Серія Право*. 2014. № 4 (46). С. 19–25.
2. Бааджи Н. А. Адміністративний розсуд в діяльності органів публічної адміністрації) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Одес. держ. ун-т внутр. справ. Одеса, 2020. 20 с.
3. Бааджи Н.А. Гарантії законності адміністративного розсуду. *Всеукраїнський правничий часопис*. 2016. № 1. С. 140–143.
4. Брюховецька М. С. Управлінське рішення та фактори, що впливають на процес його прийняття й реалізацію. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. № 4. URL: <https://doi.org/10.15421/391901>
5. Вапнярчук В.В. Межі застосування судового розсуду в кримінальному провадженні. *Теорія і практика правознавства : збірник наукових праць*. 2014. Вип. 1 (5). С. 1–12.
6. Галуцько В. В. Публічний інтерес в адміністративному праві. *Форум права*. 2010. Вип. 4. С. 178–182. URL: <http://www.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2010-4/10gvvvar.pdf>
7. Золотухіна Л. О. Захист публічного інтересу у адміністративному порядку : перспективи удосконалення чинного законодавства України. *Право і суспільство*. 2019. № 4. С. 185–191.
8. Золотухіна Л. О. Публічний інтерес як адміністративно-правова категорія : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07. Запоріжжя : ЗНУ. 2019. 486 с.
9. Коваль М. Механізм реалізації судового розсуду в адміністративному судочинстві. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 7. С. 64–65.
10. Кондик О. Ю. Забезпечення суспільної потреби або необхідність: баланс приватних та публічних інтересів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2014. 20 с.
11. Кунцевич М. П. Публічні і приватні інтереси як цінності, що охороняються адміністративним правом. *Правовий вісник Української академії банківської справи*. 2014. Вип. 2 (11). С. 11–15.
12. Мартянова Т.С. Чинники і межі розсуду суб'єктів правозастосовної діяльності. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2012. Вип. 9. С. 44–55.
13. Нечай А. А. Проблеми правового регулювання публічних фінансів та публічних видатків : монографія. Чернівці : Рута, 2004.
14. Оніщук М. До питання про судовий контроль за дискрецією суб'єкта владних повноважень. *Адміністративне право і процес*. 2020. № 4 (31). С. 67–76.
15. Панфілов О. Є., Білоус-Осін Т. І. Адміністративний розсуд у діяльності суб'єктів публічної адміністрації. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. № 2 (26). С. 114–118.
16. Рабінович П.М. Приватне і публічне у природному праві та українському законодавстві. *Юридична Україна*. 2004. № 6. С. 30.
17. Селіванов В., Діденко Н. Діалектика приватного та публічного в правовому регулюванні. *Право України*. 2001. № 11. С. 15–21.
18. Семеній О. Ознаки адміністративного розсуду в діяльності суб'єктів публічної адміністрації. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 6. С. 136–139.
19. Стахура І.Б. Поняття і види меж адміністративного розсуду. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 1. С. 99–103.
20. Baadzy N. Correlation of administrative discretion with the notion and essence of the public administration management activity. *European Reforms Bulletin*. 2019. № 1. С. 2–7.
21. Biernat T. On the Lawmaking Policy, Discretion and Importance of the Rule of Law Standards. *Studia Iuridica Lublinensia*. 2020. № 29 (3). P. 67–85.
22. Epstein R. A. Why the Modern Administrative State Is Inconsistent. *With the Rule of Law. N.Y.U. J.L. & Liberty*. 2008. № 3. P. 499–503.

23. Fritzsche A. Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law. *Common Market Law Review*. 2010. № 47. Issue 2. P. 361–403.
24. Mendes J. Discretion, care and public interests in the EU administration: Probing the limits of law. *Common Market Law Review*. 2016. № 53. Issue 2. P. 419–451.
25. Parchomiuk J. Abuse of discretionary powers in Administrative Law. Evolution of the judicial review models: from “administrative morality” to the principle of proportionality. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2018. № 26 (3). P. 453–478.
26. Prek M., & Lefèvre S. “Administrative Discretion”, “Power Of Appraisal” And “Margin Of Appraisal” In Judicial Review Proceedings Before The General Court. *Common Market Law Review*. 2019. № 56. Issue 2. P. 339–380.
27. Shane P. M. The rule of law and the inevitability of discretion. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 2013. Vol. 36. P. 21–28.

АТРИБУТИВНІ ОСНОВИ ІНТЕРПРЕТАЦІЙНОЇ ТА ДИСКРЕЦІЙНОЇ АКТИВНОСТІ СУДДІ ЯК ВИМОГА СЬОГОДЕННЯ

УДК 340.132;34.033;347.93

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlrichsjournal-2021-5.05>

НАТАЛІЯ ГУРАЛЕНКО

доктор юридичних наук,

доцент кафедри людських прав

Чернівецького національного університету

імені Юрія Федьковича, Україна

n.huralenko@chnu.edu.ua

Анотація. У статті аргументується підхід, згідно з яким інтерпретаційна та дискреційна активність судді під час його професійної діяльності є необхідним засобом, за допомогою якого зміст абстрактних, відносно визначених правових норм конкретизується, і вони стають застосовними при вирішенні окремих спірних ситуацій. Суддя моделює пошук оптимального рішення щодо конкретної юридичної ситуації. Узгодження унікальності судової справи та формальності законодавчих приписів, які вирішують при вирішенні цієї справи неможливе без інтерпретаційної та дискреційної активності. Однією з особливостей динаміки інтерпретаційної та дискреційної активності судді є його інтелектуально-творчий характер; не допустимі механічна трансформація норм права в індивідуальні акти та «шаблонне» використання попередніх судових рішень. Інтерпретаційна та дискреційна активність судді поєднує в собі раціонально-технічний та екзистенційно-смысловий рівні, зумовлює необхідність високого рівня особистісної й професійної зрілості в судді.

Суддівська інтерпретація та дискреція – експлікація гносеологічних, орієнтаційних, інтелектуальних та творчих операцій, важливий засіб духовної самореалізації судді, що передбачає не тільки техніко-юридичне, логічне пристосування конкретної ситуації до наявних нормативних актів чи навпаки, але й визначення ним свого правового місця в загальній структурі процесуальних відносин, усвідомлення характеру своєї відповідальності перед суспільством. Суддівський розсуд зводиться не лише до гносеологічного механізму практичного застосування готових мислеформ юридичних норм і принципів права, а й творення потенціалу світоглядних цінностей у формі особистих переконань, досвіду, підсвідомих проєкцій судді.

Суддівська пізнавальна діяльність зводиться не лише до застосування норм права, а й творення світоглядних цінностей у формі особистих переконань, досвіду, підсвідомих проєкцій судді. Проблема тлумачення не зводиться до суто технічної майстерності оперування законодавчими приписами, в ній важливим моментом є «кут зору» на дійсність, що виробляється на основі професійного досвіду й стійко закріплюється у правосвідомості.

Ключові слова: суддівська діяльність, інтерпретація права, дискреція, фактичні обставини справи, норма права, правова аргументація, правова комунікація, правова свідомість.

ATTRIBUTIVE BASIS OF THE JUDGE'S INTERPRETATIVE AND DISCRETIONARY ACTIVITY AS A REQUIREMENT TODAY

UDC 340.132;34.033;347.93

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlrichsjournal-2021-5.05>

NATALY HURALENKO

LLD, Associate Professor of the Department of Human Rights

Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine

n.huralenko@chnu.edu.ua

Abstract. The article deals with the approach according to which the judge; interpretive and discretionary activity during his / her professional occupation is a necessary method of specifying the content of abstract,

relatively defined legal norms; and these norms become applicable in solving certain debatable questions. The judge creates the search for the best solution of a particular legal position. Reconciling the uniqueness of the law case and the formality of the legislative provisions resolving this case is impossible without interpretive and discretionary activity. One of the peculiarities of the dynamics of the interpretive and discretionary activity of the is its intellectual and creative nature; mechanical transformation of the norms of law into individual acts and quot; stereotype and quot; application of previous court decisions are not admissible. The judge interpretive and discretionart activity combines rational-technical and existential-semantic levels, which necessitates a high level of personal and professional maturity of the judge.

Judicial interpretation and discretion is an explication of epistemological, intellectual and creative operations, an important means of spiritual self-realization of a judge, which involves not only the technical-legal, logical adaption of a specific situation to existing normative acts or vice versa, but also the determination by him of his legal place in the general structure procedural relations, awareness of the nature of one's responsibility to society. Judicial discretion is reduced not only to the epistemological mechanism of the practical application of ready-made thought forms of legal norms and principles of law, but also to the creation of the potential of worldview values in the form of personal beliefs, experiences and subconscious projections of the judge.

The judicial cognitive activity is reduced not only to the application of the norms of law, but also to the creation of ideological values in the form of personal beliefs, experience, subconscious projections of the judge. The problem of interpretation is not only technical skills in legislative provisions; it covers an important "standpoint" of the reality based on the professional experience and legal consciousness.

Key words: judicial activity, interpretation of law, discretionary, factual circumstances of the case, norm of law, decision of the judge, legal argumentation, legal communication, legal consciousness.

Узгодження унікальності і своєрідності конкретних фактичних обставин судової справи та формальності загальних приписів закону, які застосовуються судом при вирішенні цієї справи неможливе без інтерпретаційної та дискреційної складових. Герменевтична та дискреційна константи в процесі правозастосовної діяльності спроможні надавати нового імпульсу розвитку думки судді для вирішення сучасних нагальних проблемних питань, що не завжди нормативно чітко визначені законом.

Прогресивне динамічне суспільне життя постійно модифікується, ускладнюється й вимагає релевантної правової детермінації. Здатність законодавчої норми змінюватися разом зі зміною суспільних відносин становить головну ознаку її ефективності та визначає її спроможність слугувати надійним регулятором суспільних відносин. Натомість закон не завжди в силах передбачити нескінченну кількість можливих стихійно мінливих соціальних ситуацій, спрогнозувати все розмаїття випадків свого практичного застосування.

Узгодження загальності норми закону та індивідуальності фактичних обставин конкретної справи – складний пізнавальний процес, в якому особлива роль відводиться судді. Досвідчений суддя знаходить «золоту середину» між формальністю, загальністю закону й індивідуальними, особливими ознаками конкретного випадку, що й становить найважливіший момент суддівського пізнання: інтерпретувати загальну законодавчу норму кожен раз з врахуванням особливостей конкретної ситуації. Роль судді у процесі застосування права полягає в тому, що, інтерпретуючи абстрактну норму закону, він водночас виступає творцем її смислу в кожному конкретному випадку, «тут і зараз». Саме в процедурі застосування правової норми інтелектуальна складова інтерпретатора-судді має вирішальне значення, а його мислення є тим ключовим механізмом, який дає можливість зінтерпретувати зміст закону, оцінити суть останнього, його відповідність під кутом зору конкретної ситуації.

Метою дослідження є комплексний аналіз проблеми інтерпретаційної та дискреційної активності судді з позиції пізнання суддею у такому процесі незмінного дуалізму фактичних обставин справи й норми закону.

Стан вивчення окресленої у дослідженні проблематики засвідчує, що спроби реконструювання напрацювань і формування новітніх концептуальних підходів щодо характеристики ефективних засобів організаційного, процесуального, методологічного забезпечення пізнавальної інтерпретаційної та дискреційної активності судді були означені у правовій доктрині. Аналіз основних напрямів правової думки таких як, школи «вільного права» (Є. Ерліх, Ф. Жені, Г. Канторович), прагматичного інструменталізму (Р. Паунд), правового реалізму (К. Ллевелін, К. Олівекрона, Дж. Френк, О. Холмс), екзистенціально-феноменологічної герменевтики (Г.-Г. Гадамер, П. Рікер, А. Кауфманн), які у пізнанні істинної природи суддівської діяльності типово акцентували увагу на проблемах суддівського вільного правознаходження, суддівської правоінтерпретації, неспіврозмірності нормативності права і багатогранності

соціального життя, критиці механічного прийняття судового рішення, дозволив зробити висновок щодо взаємодії концептуальних проєкцій вищезгаданих напрямів. Водночас кожна концептуальна проєкція як універсальна логічна конструкція залишається по суті спекулятивною системою, що базується на низці фундаментальних положень, припущень, сумнівів чи заперечень, пропонує свій погляд на суддівську діяльність у контексті правоінтерпретаційного та дискреційного функціонування, претендуючи на універсальне пояснення її буттєвих основ, виокремлення та розкриття окремих пластів такої діяльності.

Значну актуалізацію проблем суддівського правознаходження у цьому процесі здійснив засновник сучасного соціологічного напрямку в праві австрійський юрист *Євген Ерліх* (*O. Ehrlich*), який наголошував на потребі створення нового підходу, що спрямував би зусилля законодавства на судову практику, усунув би розрив між законом і фактичними суспільними відносинами, спромігся би пристосувати право до життєвих реалій. Віра в те, що всі правові судження й судові рішення, зокрема, дедуктивно й безпристрасно виводимі із системи абстрактних правових концепцій, концептуальних формалізмів, ілюзорна. Закон ніколи не буває повним і адекватним; зміна соціальних умов неминуче приводить до того, що він починає застосовуватися в дусі нового часу. Тільки «живе право» відповідає на перманентно змінні запити дійсності, саме змінюється відповідно до життєвих потреб, органічно розвивається і вдосконалюється в контексті суспільних відносин [6].

На засадах універсального герменевтичного методу проаналізовані основи взаємозумовленості судової практики та юридичної інтерпретації у працях *Ганса Георга Гадамера* (*H.-G. Gadamer*). Гадамерівська герменевтика – це філософія розуміння як засіб існування людини, що пізнає, оцінює і діє. Найважливіша мета, яку Г.-Г. Гадамер поставив перед герменевтичною філософією, полягала в тому, щоб досягнути теоретичного визнання герменевтичного досвіду [2]. Для аналізу даного поняття автор використовував модель відношень між читачем і текстом, яка виступає прототипом для моделі відношень між суб'єктом пізнання і пізнаним ним об'єктом. З допомогою цієї моделі він показав нерозривність трьох складових компонентів досвіду – розуміння, тлумачення та застосування (аплікація). Як вважає філософ, витлумачення – це не якийсь окремий акт, заднім числом і при нагоді доповнюючий розуміння; розуміння – завжди витлумачення, а останнє відповідно є експліцитною формою розуміння, застосування є такою ж частиною герменевтичного процесу, як розуміння й витлумачення. Не обмежуючи проблему релевантності герменевтичної рефлексії філософською теорією, Г.-Г. Гадамер вказує на можливість її практичного застосування у сфері правосуддя. Німецький учений зазначає, що юридичний текст реалізує себе лише через тлумачення. Сам по собі, закон – це «мертва» матерія з нульовою цінністю, яка оживає та знаходить своє існування лише у виконанні.

Порівнює тлумачення загальних норм із пошуком справедливого вирішення юридичного конфлікту *Поль Рікер* (*P. Ricoeur*). Французький філософ виходить із того, що багатство змісту щоденних життєвих відносин, які започатковують справжнє («неписане») право, неможливо відобразити в абстрактних нормах, а тому судді слід «відшукати», «вилучити» це право з суспільного змісту самої справи, керуючись розумом, совістю, уявленнями про справедливе в сучасному житті. Законодавчі тексти – своєрідні дорожівкази в пошуках справедливого рішення, вихідні точки, а не завершення пізнання. Розуміння багатозначних висловлювань є водночас і моментом саморозуміння, тому інтерпретація завжди потребує рефлексії, однак суб'єкт, який здійснює критичне осмислення не є чистою субстанцією, оскільки задовго до свого самовизначення в цьому акті він уже визначений екзистенцією [9].

Правову герменевтику як оригінальний засіб знаходження права розкриває *Артур Кауфманн* (*A. Kaufmann*). «Справжнє» право, глибоко переконаний учений, поєднує в собі взаємодоповнюючі елементи сутності (справедливості як природного стану людини) та існування (екзистенції). У поєднанні в герменевтичному колі структурованих елементів сутності та існування досліджується право в розвитку. Цей процес не обмежується рівнем законодавства й головно відбувається на рівні судового рішення. Розуміння «справжнього» права дає герменевтичний метод, а основу його знаходження складає дещо «онтологічне» – свобода як природний стан людини, яке неможливо вилучити безпосередньо з абстрактної юридичної норми і яким суддя не може «розпоряджатися на свій розсуд», – це «річ-право». Онтологічне «річ-право» – це не щось «речово-субстанційне», а сама людина як особистість [7].

Різноманітність життєвих обставин, їх непередбачуваність, а також складність самого права, розуміння його сутності не дозволяють з абсолютною точністю, «математично» вирішити будь-яку юридичну ситуацію. Таке абстрагування неминуче зіштовхнеться із труднощами реалізації при наявності

нетипових, одиничних, неординарних життєвих обставин. Усі життєві обставини різні, й визначити їх властивості в одній абстрактній нормі закону неможливо.

Інтерпретаційна та дискреційні складові в судовій діяльності як мисленнєві процеси одержання суддею істиннісного знання про фактичну сторону справи здійснюються у площині раціонально-технічного та екзистенційно-смыслового методологічних рівнів.

Прийнявши раціоналізм як методологічний рівень інтерпретації, як основну гносеологічну настанову, пошук матеріально-правового рішення ситуації (рішення ситуації по суті), для якої треба знайти істинне вирішення, також зводиться до максимальної логічності й несуперечливості. Об'єктивна істина досягаються в результаті раціонального пізнання, для якого характерна опора на логічну переконливість мислення, віддання переваги несуперечливості зовнішній правдоподібності, конструювання спеціального категоріального апарату, моделювання понятійних конструкцій. Атрибутивні ознаки раціональної інтерпретації – аналіз (процедури розрізнення, розділення, диференціації), синтез (процедури узагальнення, установлення подібності, об'єднання, інтеграції), послідовність, понятійність, рефлексивність, логічна строгість і переконливість, системність, дискурсивність, критичність, обґрунтованість, емансипація думки й апеляція до розуму всупереч показанням почуттів.

Розумова діяльність, пов'язана з оцінкою наявної інформації, не завжди може бути підпорядкована законам логіки, в яких умовиводи передбачають строгу послідовність. Часто навіть найкращі прийоми техніки, найсучасніший логіко-поняттєвий апарат не можуть гарантувати достеменність досягнення істинності знання. Якщо у стабільному світі атрибутивних ознак раціональності достатньо, оскільки, виявивши типові ситуації, можна розробити для них стандартні рішення, то в інформаційному суспільстві, темпоральному, плюралістичному, спонтанному, нестабільному, інтегративному, що набуває все більше й більше глобальних проблем, виникає потреба в дещо іншому мисленні.

Весь досвід раціонального пізнання матиме тільки службовий характер. Надмірне захоплення логікою неодмінно призведе до схематизації та спрощення мінливого соціального життя, а не до досягнення його глибинних основ. У процесі своєї діяльності суддя не тільки керується розумінням й тлумаченням права з погляду юридичних понять і конструкцій юридичної логіки, але й вдається до інтуїтивного проникнення у зміст норми права, відшукує її зв'язок з реальним життям. У зв'язку з тим, що правове мислення глибоко герменевтичне за своєю суттю й постійно поповнюється за рахунок одиничних випадків, які це знання зумовлюють, сьогодні суддя не тільки застосовує закон, але і сам своїм вироком робить внесок у розвиток права [1, с. 45]. Інтерпретація ним права не обмежується пошуком того, що встановив колись законодавець і що міститься в законі, а на противагу цьому, стає актом «нового креативного правотворення». Чим більший проміжок часу між датою видання норми закону і моментом її застосування, тим більшою допустима для добудови норми свобода суддівського розсуду і тим сильнішою необхідність урахування зміни соціально-етичних уявлень і зміни під впливом цієї необхідності тієї початкової цілі, яку ставили перед собою колись автори закону. Як результат – інтерпретація не зводиться лише до встановлення того, що вже має юридичну силу, а в окремих випадках стає актом пошуку та творення нового права.

Правова позиція, згідно з якою інтерпретація права не обмежується пошуком того, що встановив законодавець і що міститься в законі, а, на противагу цьому, є актом «креативного правотворення», нині абсолютно переважає у діяльності Європейського суду з прав людини. Інтерпретація, яку у своїх рішеннях здійснює Європейський суд з прав людини – це не лише акт пізнання фактичних обставин справи, встановлення того, що вже має юридичну силу, але акт ефективного й динамічного творення нового права.

Сформульована Європейським судом з прав людини у справі «Ейрі проти Ірландії» правова позиція – «Конвенція гарантує не теоретичні та ілюзорні права, а права, які мають практичний вплив і є ефективними», – зіграла вирішальну роль у визначенні його ролі в європейській системі захисту прав людини [10]. Саме потреба здійснення на практиці дійового захисту прав і свобод людини обумовила застосування Судом такого підходу до тлумачення норм Конвенції, який дозволяє йому постійно розширювати встановлені Конвенцією гарантії. З огляду на це, принцип ефективного та динамічного тлумачення конвенційних норм у практиці Страсбурзького суду фактично перетворився на спосіб «експлуатації» потенційних можливостей Конвенції. У спробах тлумачення Конвенції Суд базується скоріше на самому її духові, ніж на її букві, та розглядає передусім майбутні перспективи її застосування, а не її значущість для минулого.

Рішення Європейського суду з прав людини прийняті із метою забезпечення «живучості» Конвенції про захист прав людини і основних свобод, підтримування її ефективності. Результативність принципу ефективності тлумачення Конвенції виявляється в тому, що він дозволяє найкращим чином пристосувати положення Конвенції до соціальних умов, які постійно змінюються. Цей принцип обумовлює так звану «динамічну» або «еволюційну» інтерпретацію конвенційних норм, що застосовуються Страсбурзьким судом. У його прецедентному праві вкоренилося положення про те, що Конвенція є «живим інструментом», який повинен тлумачитись «у світлі умов сьогодення».

У своїй діяльності Європейський суд з прав людини сповідує так звану модель переконливого прецеденту, тобто Суд додержується свого попереднього тлумачення в усіх випадках, якщо нема належної підстави (*good reason*) від нього відмовитись.

Інтерпретація Європейським судом з прав людини правових положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод характеризується невизначеною динамікою, наявністю соціокультурної детермінантної спонтанності виникнення нових соціальних ситуацій, існуванням можливих різномовірних траєкторій руху їх вирішення, в результаті виникнення «зазору» між абстрактним змістом положень Конвенції та їх розумінням Судом.

Будь-який нормативно-правовий акт характеризується загальністю, він не може бути справедливим у кожному окремому випадку. Процес інтерпретації норми закону творчий, співавторський, і, по суті, суддя виступає співзаконодавцем, створює нову норму, здійснюючи акт підведення конкретного випадку під загальну норму закону. Цей процес може бути розглянутий як «здатність думки», практичний силогізм, що передбачає наявність творчого компонента при вирішенні практичних питань. Відповідно до такого методологічного підходу, інтерпретація відбувається за допомогою почергового переходу від аргументації, що використовується в ситуації, до аргументації, яка стосується положень закону. Такий перехід від аргументації норми закону до аргументації ситуації, яка потребує правового розв'язку, завжди є спробою інтерпретації цієї норми, спробою зрозуміти її й так скоригувати відповідно до обставин її зміст, щоб забезпечити справедливе вирішення справи.

Центральним моментом у такому процесі стає гадамерівська концепція, згідно з якою внаслідок певної «еластичності» правового регулювання «фактично правотворча сила випадку постійно підготовляє нову кодифікацію», а загальність нормативного акта та конкретність факту залишає поле дій для інтерпретатора, основна проблема якого полягає в тому, щоб «мінімізувати розрив між законом і випадком».

У процесах тлумачення та дискреції завжди присутнє особистісне знання, яке не може бути однозначно виражене формальними засобами, наявні світоглядні настанови, які для самого судді сприймаються як аксіоми. Якби спеціально розроблені об'єктивні методи інтерпретації фактів у процесі суддівського пізнання могли однозначно забезпечувати їхнє осягнення, то проблема правозастосування та правоінтерпретації зводилася до суто технічної майстерності оперування юридично значущою і спеціальною юридичною термінологією. Але ж інтерпретація та дискреція не є чисто технічними процесами, у них задіяні всі духовні потенціали особистості.

Вагому роль у процесі тлумачення законодавчих текстів відіграє правосвідомість суб'єктів, які здійснюють інтерпретацію. Від рівня правосвідомості та професіоналізму юристів-практиків залежить якість стану реалізації вимог правових приписів, їх практичне утвердження відповідно до наявних ідеалів і цінностей права. Світоглядні прояви у формі особистих переконань, уявлень та намірів судді, опосередковані ціннісними орієнтаціями, є аксіологічними основами, що визначають внутрішній, суб'єктивний аспект процесів інтерпретації та дискреції.

Сьогодні суддя не може залишатися безликим виконавцем букви закону, він мусить творчо застосовувати діюче законодавство, опираючись у своїй роботі на правосвідомість, життєвий і професійний досвід [3, с. 189]. Підмінюючи «дух» права «буквою» закону в процесі судового правозастосування, суддя фактично зводить право й закон до набору технічних прийомів для провадження певної кількості судових справ, тим самим дезорієнтуючи громадян стосовно суті правосуддя. Подолання цієї негативної й істотної за ступенем громадського впливу тенденції передбачає чітке й недвозначне розуміння суддями особистої відповідальності, дотримання кожним правил професійної етики, чесне й добросовісне виконання своїх обов'язків, прояв потрібної турботи про збереження як особистих честі й достоїнства, так і достоїнства й авторитету судової влади в цілому.

Суддівська діяльність покликана розв'язувати проблеми комунікації, з'ясування та пояснення різних, а іноді протилежних точок зору з того чи іншого досліджуваного питання, знаходячи спільний ґрунт для обміну думками, дискурсу, розуміння суті справи.

Судовий процес – це завжди змагання протилежних або навіть суперечливих інтерпретацій однієї і тієї ж групи юридично-значущих фактів. Для суду розв'язати конфлікт юридичними засобами – означає внести в ситуацію дещо таке, чого не існувало раніше, – авторитетну й таку, що має соціальні наслідки, інтерпретацію. І вироблення цієї інтерпретації часто постає як «спір про слова», котрий виявляється водночас «спором по суті». Одне й те саме явище правової реальності може бути по-різному інтерпретоване. Одним із найбільш надійних критеріїв «проникної здатності» того чи іншого варіанта інтерпретації є її текстова форма – сукупність тих якостей, які надають їй особливу якість смислової імперативності.

Яскраво виражену ігрову семантику можна спостерігати в судовому процесі, в якому потенціал герменевтичної константи постійно зростає, коли йдеться про юридичний дискурс, правову комунікацію стосовно прав і обов'язків, переконань у своїй правоті й невинуватості. У судовому процесі чітко виражена сфера перетину думок сторін, в якій обвинувачення дивиться на справу з висоти «букви закону», загальності норм права, а захист намагається показати його своєрідність, нетотожність іншим справам, непідводимість під пропоновані обвинуваченням абстрактні приписи закону конкретних фактичних обставин справи. Беручи участь у такому дискурсі, породженому сторонами справи, суддя намагається прийняти справедливе рішення.

За таких умов інтерпретаційна та дискреційна активність судді зводиться до пошуку істинного смислу права і закону під час правового дискурсу. Унаслідок актуалізації певних інтерпретаційних смислів у свідомості судді в процесі цієї комунікації формується розуміння. Суддя знаходиться на перетині найрізноманітніших дискурсивних континуумів, тому в ньому постійно розгортається «конфлікт інтерпретацій», що виливається в «конфлікт мотивацій». І перемагає те смислове поле, яке володіє найбільшим потенціалом обґрунтування з позиції співвідношення загальності норми й індивідуальності фактичних обставин судової справи [5, с. 89].

Вирішальне значення в процесах інтерпретаційної та дискреційної активності судді відіграють індивідуальні характеристики судді [4, с. 88–91]. Лише високоморальна людина з найвищим рівнем аксіоінтенцій правової свідомості та адекватним мисленням гідна виносити на власний розсуд судові вердикти з позиції розширювального правотлумачення. Відтак судове реформування потрібно розпочинати не з дискусій про ідеальну структуру судової системи, а з реального підвищення якісного рівня морального та професійно-кваліфікованого потенціалу судових кадрів. Суддівська еліта покликана мислити системно, поєднуючи «дух» права і «букву» закону, мати диферентні почуття значущості виконуваних посадових функцій і максимум відповідальності за їхнє неправомірне здійснення.

Враховуючи все вищесказане можна констатувати, що розмаїття та складність правових ситуацій вимагають відповідної оцінки – визначення масштабу «загального» в кожному конкретному випадку. Однак для того, щоб «побачити» загальне в окремому, недостатньо здатності визначати алгоритмічні начала. Відтак адекватне осмислення правової ситуації суддею неминує передбачати поєднання індивідуальності, неповторності й унікальності фактичних обставин судової справи із загальністю, універсальністю норми закону.

Інтерпретаційна та дискреційна активність судді – діяльність, яка поєднує в собі раціонально-технічний та екзистенційно-смисловий рівні, зумовлює необхідність високого рівня особистісної зрілості і ставить певні вимоги до розвитку в судді як спеціаліста професійно-значимих якостей. При такому акцентуванні питань про буттєві основи професійної правотлумачної діяльності актуалізується важлива площина проблеми – першоджерельність суддівської діяльності слід шукати не тільки у сфері об'єктивної формалізації – у законі, але й у самому судді, його мисленні, бажанні досягти справедливості, активній позиції щодо непорушності конституційних прав і свобод та гарантування захисту загальнолюдських цінностей.

Інтерпретаційна та дискреційна активність судді – процес, у якому, крім суто логіко-нормативних механізмів, детермінованих специфікою самої правозастосовної діяльності, діють також механізми ціннісно-ірраціональні, зумовлені гносеологічними і світоглядними особливостями мислення судді. Аналіз правової ситуації суддею не можна вважати суто об'єктивістським, в ньому відображаються

як розумові здібності судді, так і сповідуванні ним суспільні цінності, розуміння мети та смислу своєї діяльності. Важливу роль у такому процесі відіграють інтенціональні структури свідомості, і жодні намагання держави піддати через закон нормативному врегулюванню формування внутрішнього переконання судді не досягнуть своєї цілі, подібно до того, як не може бути успішною будь-яка схожа спроба «зовнішнього» підпорядкування собі «внутрішнього».

REFERENCES

1. Bihun V. S. *Filosofia pravosuddia: ideia ta zdiisnennia* : monohrafiia. Kyiv, 2011. 303 s.
2. Hadamer H.-H. *Pro istynnist slova. Hermenevtyka i poetyka: vybrani tvory* / per. z nim. Kyiv : Yunivers, 2001. S. 28–50.
3. Huralenko N. A. *Suddivske pravopiznannia: prakseolohichnyi vymir* : monohrafiia. Chernivtsi : Tekhnodruk, 2013. 352 s.
4. Denysenko L., Syroid O., Fadieieva I., Shapovalova O. *Buty suddeiu*. Kyiv, 2015. 216 s.
5. *Pravosuddia : filosofske ta teoretychne osmyslennia* : kolektyvna monohrafiia / vidp. red. V. S. Bihun. Kyiv : Referat, 2009. 316 s.
6. Ehrlich E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München und Leipzig : Duncker & Humblot, 1913. 409 s.
7. Kaufmann A. *Ontologische Struktur des Rechts. Rechtsphilosophie im Wandel*. Frankfurt am Maine : Stationeines Weges, 1972. P. 104–134.
8. Kaufmann A. Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations. *Law, Interpretation and Reality*. Dordrecht, 1990. P. 104–123.
9. Ricoeur R. *Appropriation. Hermeneutics and the human sciences: Essays on Language, Action and Interpretation*. Cambridge : Cambridge University Press, 1981. P. 182–196.
10. Airey v. Ireland : rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny vid 09.10.1979. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_332#Text

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Бігун В. С. *Філософія правосуддя: ідея та здійснення* : монографія. Київ, 2011. 303 с.
2. Гадамер Г.-Г. *Про істинність слова. Герменевтика і поетика*: вибрані твори ; пер. з нім. Київ : Юніверс, 2001. С. 28–50.
3. Гураленко Н. А. *Суддівське правопізнання: праксеологічний вимір* : монографія. Чернівці : Технодруk, 2013. 352 с.
4. Денисенко Л., Сироїд О., Фадєєва І., Шаповалова О. *Бути суддею*. Київ, 2015. 216 с.
5. *Правосуддя : філософське та теоретичне осмислення* : колективна монографія / відп. ред. В. С. Бігун. Київ : Реферат, 2009. 316 с.
6. Ehrlich E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München und Leipzig : Duncker & Humblot, 1913. 409 s.
7. Kaufmann A. *Ontologische Struktur des Rechts. Rechtsphilosophie im Wandel*. Frankfurt am Maine : Stationeines Weges, 1972. P. 104–134.
8. Kaufmann A. Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations. *Law, Interpretation and Reality*. Dordrecht, 1990. P. 104–123.
9. Ricoeur P. *Appropriation. Hermeneutics and the human sciences: Essays on Language, Action and Interpretation*. Cambridge : Cambridge University Press, 1981. P. 182–196.
10. Airey v. Ireland : рішення Європейського суду з прав людини від 09.10.1979 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_332#Text

КОЛІЗІЇ ТА ПРОГАЛИНИ В ПРАВІ, СПОСОБИ ЇХ ПОДОЛАННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

УДК 342.95

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlrichsjournal-2021-5.06>

ВАЛЕРІЙ КОЛПАКОВ

*доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри адміністративного та господарського права
Запорізького національного університету, Україна
v.kolpakov@gmail.com*

Анотація. Стаття присвячена дослідженню питань колізій та прогалин в праві, способам їх подолання в адміністративному судочинстві. Акцентовано увагу, що від забезпечення належної якості адміністративного законодавства залежить рівень захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень. Визначено прогалини в праві як повну чи часткову відсутність регламентації суспільних відносин, яку можна подолати за допомогою нормотворення, аналогії права чи закону, а колізії у праві – суперечності між нормами права, що закріплені в законодавстві, які можна подолати за допомогою тлумачення уповноваженим суб'єктом, скасування, внесення змін та прийняття нового нормативного акту, їх систематизація тощо. Констатовано, що ефективність правового регулювання залежить від зведення прогалин як одного з дефектів законодавства до мінімального рівня. Доведено, що ефективність застосування аналогії права в адміністративному судочинстві, так само як і в інших видах вітчизняного судочинства, безпосередньо залежить не лише від суто професійних якостей особистості судді, а й від рівня його моральної свідомості. Адже зміст конституційних принципів і загальних засад права, які покладені в основу поняття аналогії права, не обмежується тільки правовими рамками. У статті здійснено класифікацію прогалин та колізій у праві та розкрито її прояви у судовій практиці. Акцентовано увагу, що дієвим засобом усунення колізій в адміністративному судочинстві є систематизація нормативно-правового матеріалу. При цьому зауважено, що така систематизація має корелюватися із темпами та обсягами нормотворчої діяльності суб'єктів систематизації нормативно-правових актів. Планування та інтенсивність юридичної нормотворчості, обсяги навантаження нею відповідного органу публічної влади мають корегуватися у бік зменшення або взагалі виключати паралелізм із проведенням систематизації нормативно-правових документів. Поряд з цим наголошено, що запорукою зменшення правових колізій є постійний моніторинг законодавства, насамперед, у нормотворчому процесі.

Ключові слова: колізії в праві, прогалини в праві, адміністративне судочинство, правове регулювання, адміністративні правові відносини, систематизація права, аналогія права, моніторинг законодавства, нормотворчий процес.

COLLISIONS AND GAPS IN THE LAW, WAYS TO OVERCOME THEM IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION

UDC 342.95

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlrichsjournal-2021-5.06>

VALERIAN KOLPAKOV

*PhD, Professor of the Department of Administrative and Economic Law
Zaporizhzhia National University, Ukraine
v.kolpakov@gmail.com*

Abstract. The article is devoted to the study of conflicts and gaps in the law, ways to overcome them in administrative proceedings. Emphasized attention that the level of protection of the rights, freedoms and interests of natural persons, and the rights and interests of legal entities against violations by subjects of authority depends on ensuring the proper quality of administrative legislation. Gaps in the law are defined as a complete or partial lack of regulation of social relations, which can be overcome with the help of rulemaking, analogy of law, conflicts in the law – contradictions between the norms of law enshrined in the legislation, which can be overcome with the help of interpretation by an authorized entity, cancellation, amendment and adoption of a new normative act, their systematization. It was established that the effectiveness of legal regulation of gaps

as one of the defect of the legislation to the minimum level. It is proved that the effectiveness of the application of the analogy of law in administrative proceedings, as well as in other types of domestic proceedings, directly depends not only on the purely professional qualities of the judge's personality, but also on the level of his moral consciousness. After all, the content of constitutional principles and general principles of law, which are the basis of the concept of analogy of law, is not limited only to legal frameworks. The article classifies gaps and conflicts in the law and discloses their manifestations in judicial practice. It is emphasized that an effective means of eliminating conflicts in administrative proceedings is the systematization of regulatory and legal material. At the same time, it was noted that such systematization should be correlated with the pace and scope of the rule-making activity of the subjects of the systematization of regulatory and legal acts. The planning and intensity of legal rule-making, the volume of its burden on the relevant public authority should be adjusted downwards or altogether exclude parallelism with the systematization of regulatory and legal documents. Along with this, it was emphasized that the key to reducing legal conflicts is constant monitoring of legislation, primarily in the rule-making process.

Key words: conflicts in law, gaps in law, administrative proceedings, legal regulation, administrative legal relations, systematization of law, analogy of law, monitoring of legislation, rule-making process.

Сучасний стан та розвиток суспільних відносин зумовлює прийняття нових законодавчих актів, які не завжди повно та точно їх регламентують. Однією з вагомих проблемних питань на цьому фоні є забезпечення належної якості такого законодавства, яке пов'язано з чіткістю побудови норм, повнотою регулювання, відсутністю колізійних положень та прогалин. Такі ж вимоги пред'являються й до норм Кодексу адміністративного судочинства України, на підставі якого здійснюється правосуддя в адміністративних справах. Від дотримання цих правил залежить рівень захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

Науково-теоретичну основу аналізу колізій та прогалин в праві під час розгляду адміністративних справ формують результати дослідницьких пошуків таких учених, як В. Авер'янов, В. Бевзенко, Ю. Битяк, І. Голосніченко, Є. Додін, В. Доненко, Т. Коломоєць, О. Кузьменко, Д. Лученко, О. Остапенко, М. Смокович, М. Цуркан, А. Школик та ін. Варто зазначити, що вказані вчені здійснювали дослідження колізій та прогалин в праві лише дотично, в основному, зосереджували свою увагу на окремих інститутах адміністративного судочинства. У зв'язку з наведеним, метою даної статті є всестороннє дослідження прогалин та колізій в праві під час розгляду справи адміністративним судом задля надання пропозиції щодо їх подолання, а завданням – проаналізувати погляди вчених та судову практику щодо вказаної проблематики.

Прогалина у праві – це повна або часткова відсутність законодавчої регламентації певних суспільних відносин, що потребують правового регулювання. Прогалини в законодавстві традиційно розглядаються правовою наукою як один із найпоширеніших видів дефектів права. Наявність прогалин нівелює внутрішню узгодженість системи права і, як наслідок, призводить до збоїв у правовому регулюванні. Тож ефективність останнього залежить, насамперед, від зведення прогалин як одного з дефектів законодавства до мінімального рівня, від того, наскільки оперативно вони можуть бути подолані в процесі реалізації норм права [9, с. 4].

У загальному розумінні прогалина являє собою «пусте», «незаповнене місце», «пропуск»; у переносному – це хиба, недогляд, недолік. При цьому хиба характеризується як невиконання належного, недогляд, як помилка з необережності, а недолік – як недосконалість, неповнота. Традиційно актуальною для юридичної науки та практики залишається проблема подолання прогалин у законодавстві та праві, яка передбачає визначення дій суб'єкта правозастосування, що уможливлюють прийняття рішення в конкретній справі за відсутності відповідної норми права [11].

Прогалина в праві являє собою повну або часткову відсутність у джерелах права норм конкретного змісту, необхідних для регулювання фактів, що підлягають правовому регулюванню. Ознаками прогалини в праві є така сукупність властивостей конкретної ситуації, за якої: відповідні правовідносини входять до сфери правового регулювання, чинні норми права не дозволяють винести однозначне рішення зі спірних правовідносин у зв'язку з повною відсутністю правового припису конкретного змісту чи неповнотою чинної правової норми [5, с. 96].

Прогалини у праві можуть виражатися в неохоплені правовими нормами життєвої ситуації, після опублікування нормативного акту. В умовах, коли виникли суспільні відносини, які ним не регулюються, прийняті відсилочні норми до іншого акту, який не ухвалений, відсутності правової норми тощо.

Узагальнюючи наявні види прогалин, С. Завальнюк пропонує їх класифікувати за такими критеріями: залежно від погляду на необхідність врегулювання правовідносин розрізняють уявні (несправжні, тобто прогалини поза законом) і реальні (справжні, тобто в законі) прогалини; залежно від ступеня врегульованості правовідносин виділяють повні і неповні прогалини; залежно від моменту прийняття нормативно-правового акту прогалини поділяють на первинні і вторинні; залежно від причин виникнення прогалини можуть бути формальними (суб'єктивними, технічними) і матеріальними (об'єктивними, законодавчими); залежно від способу усунення прогалини поділяються на законодавчі і технічні. Також є прогалини, які не поділені на класи, але виділені в окремі види, оскільки вони мають специфічні ознаки, притаманні саме даному виду. Саме такі прогалини називають «колізійними прогалинами», або «кваліфікований дефект», оскільки вони утворюють нормативний вакуум в акті законодавства та зумовлюють неповноту нормативно-правового акту. З'ясування вищенаведених класифікацій та видів прогалин дає можливість зрозуміти природу їх виникнення та надати наукове підґрунтя для визначення, дослідження та створення умов для розвитку практики застосування способів їх подолання [4, с. 15].

Розкрити зміст зазначених прогалин можна наступним чином. Так, уявні прогалини передбачають, що суспільні відносини можуть бути врегульовані нормами моралі, реальні – відсутність норми права, яка б врегульовувала певні суспільні відносини; повні – коли норми повністю не врегульовують суспільні відносини та неповні – норми врегульовують суспільні відносини лише частково; первинні – з часу прийняття нормативно-правового акту виникають прогалини, вторинні – виникнення нових суспільних відносин, які потребують правової регламентації; формальні або суб'єктивні, або ж інколи їх називають технічні прогалини – недотримання правил законодавчої техніки, об'єктивні або матеріальні прогалини – неповнота або відсутність норм права; колізійні прогалини – суперечність норм права чи законодавства; кваліфіковані прогалини – певна вада в законі, яка може бути скоригована лише в процесі законодавчої діяльності.

Белкіна Д. узагальнила наукові позиції та підходи до сутності прогалин в праві та дійшла висновку, що під прогалинами в праві слід розуміти повну або часткову відсутність законодавчої регламентації тих чи інших суспільних відносин, що потребують правового регулювання нормотворчої техніки та принципів нормотворчості. До системоутворюючих ознак вона відносить наступні:

1. Повну відсутність у законодавстві правових норм, які мали б регулювати певну сферу суспільних відносин.
2. Часткова відсутність (врегульованість) у законодавстві відповідних положень, норм та інститутів права.
3. Правові прогалини у законодавстві стосуються процесу законодавчої регламентації.
4. Предметом усунення правових прогалин є суспільні відносини, що потребують правового регулювання.
5. При усуненні прогалин і колізій у законодавстві України слід враховувати вимоги нормотворчої техніки та принципи нормотворчості [1, с. 79].

Для переборення прогалин в законодавстві використовуються такі способи: усунення і подолання [16, с. 25].

Усунення відбувається через нормотворчу діяльність шляхом внесення змін і доповнень у закони, видання нових, досконаліших юридичних актів чи створення юридичного прецеденту, або укладання нормативного договору. Подолання здійснюється в процесі правозастосовної діяльності за допомогою аналогії закону й аналогії права, а також субсидіарного застосування права [13, с. 248].

Субсидіарне застосування – це застосуванням до певних відносин норми права, яка регулює подібні за суттєвими ознаками відносини в суміжних галузях.

Зауважимо, що відповідно до ч. 6 ст. 7 Кодексу адміністративного судочинства України, у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права). Аналогія закону та аналогія права не застосовується для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади та місцевого самоврядування [6].

В. Соколов робить висновок про існування в адміністративному судочинстві двох видів процесуальних аналогій. Перший вид можна умовно позначити як зовнішню або міжгалузеву аналогію, що

передбачає застосування у процесі здійснення адміністративного судочинства норм інших процесуальних кодексів, зокрема ЦПК України. Другу аналогію можна позначити як внутрішню і вона передбачає застосування в процесі здійснення адміністративного судочинства норм КАС України, які регламентують провадження в іншій інстанції [14, с. 2].

Н. Оніщенко та С. Сунегін переконані, що аналогія права в адміністративному судочинстві – це застосування до спірних правовідносин конституційних принципів і загальних засад права, повинна застосовуватися не лише у тих випадках, коли відсутній відповідний закон, а й при кожному розгляді адміністративної справи. При цьому застосування таких конституційних принципів і загальних засад права «цементує» аргументацію судового рішення, надаючи його змісту значно переконливішого характеру. Ефективність застосування аналогії права в адміністративному судочинстві, так само як і в інших видах вітчизняного судочинства, безпосередньо залежить не лише від суто професійних якостей особистості судді, а й від рівня його моральної свідомості. Адже зміст конституційних принципів і загальних засад права, які покладені в основу поняття аналогії права, не обмежується тільки правовими рамками. Водночас реально досягти такої ефективності можливо лише в тому державно організованому суспільстві, в якому функціонує цілісна та збалансована система соціально нормативного регулювання [10, с. 79–80].

Колізія – це стан і дія кількох правових актів чи їх норм, як правило, нормативного характеру, що прийняті одним або різними суб'єктами правотворчості, які спрямовані на регулювання одних і тих же суспільних відносин, а застосування кожного з них окремо дає різний, зокрема протилежний, результат. Колізійні правові акти і норми є контрверзними, бо впливають за результатами їх регулятивної дії на суспільні відносини [8, с. 20].

Колізія у праві – це розбіжності (суперечності) між нормами права, які закріплені в законодавстві та регулюють однорідні правовідносини. Характеризуються помилками в тексті нормативно-правового акту, недосконалістю законів тощо.

Неузгодженість між чинними нормативно-правовими актами, їх протиріччя з одного й того ж предмета регулювання, а також суперечність між двома або більше формально чинними нормами права, прийнятими з одного й того ж питання, в теорії права відомі як колізія норм права.

Поняття «колізія» в праві використовується в широкому й вузькому розумінні. На думку О. Скакун, юридична колізія – це загальний термін у якому визначаються формальні суперечності або розбіжності всередині юридичної системи держави, супроводжені уповноваженими суб'єктами нормотворчості, правозастосування, правотлумачення та заважають злагодженому її функціонуванню, під юридичними колізіями «розуміють розходження чи суперечність між окремими нормативно-правовими актами, що регулюють одні й ті ж або суміжні суспільні відносини, а також суперечності, що виникають у процесі правозастосування та здійснення компетентними органами й посадовими особами своїх повноважень» [13, с. 424].

Таким чином, до широкого розуміння колізій відносять колізії між нормативними актами чи нормами, в правотворчості, правозастосуванні тощо.

Поняття юридичної колізії у вузькому змісті більш доцільно щодо використання в практичній юридичній діяльності. Юридична колізія у більш вузькому розумінні – як розбіжності «змісту двох або більше чинних законодавчих актів, прийнятих з одного й того ж питання» [18, с. 6].

Розкривши поняття юридичної колізії, як у широкому так і вузькому розуміннях можна виділити основні її ознаки: «розбіжності» або «суперечки» всередині правової системи держави; «зіткнення» двох тотожних юридичних норм; необхідність вирішення юридичних колізій шляхом усунення суперечностей між двома колізійними нормами. Для позначення формальних суперечностей здебільшого використовуються терміни «юридична колізія» або «колізія в праві». До них зараховують, зокрема, колізії між різними нормами права й актами тлумачення, колізії між окремими актами тлумачення, а також суперечності між законодавством та іншими джерелами. У юридичній науці існує дві концепції розуміння юридичної колізії: між нормами права і між нормативно-правовими актами. Т. Шевченко схиляється до визначення юридичної колізії між нормами права [17, с. 15].

Колізії можна поділити за юридичною силою правових актів (колізії між конституційними й звичайними законами, колізії між законом і кодексом, між галузевими законами тощо); за дією нормативно-правових актів у часі (колізії між старим і новим законом з одного й того ж предмету); за місцем

в правову регулюванні (колізії між загальними та спеціальними нормами); залежно від форми державного устрою (колізії між нормами загальнодержавними й локальними). Крім того, можливо є класифікація за суб'єктивними й об'єктивними факторами, по «горизонталі» й «вертикалі», залежно від повноважень органів, якості нормативно-правового акту тощо [7, с. 46].

Певний інтерес для даного дослідження становлять погляди Г. Чувакової, яка вважає, що колізії у законодавстві можуть розглядатися як аномалії права, проте важливо наголосити, що лише деякі види колізій у законодавстві, на її думку, є аномаліями права. Так, темпоральні (часові, тобто видання в різний час з одного і того ж питання двох чи більше норм права) та ієрархічні (це колізії, що виникають через регулювання одних фактичних обставин нормами, які знаходяться на різному рівні в ієрархічній структурі законодавства) колізії можна віднести не до аномалій права, а до порушень логіко-структурної побудови системи законодавства. Одночасну чинність приписів рівної юридичної сили науковець відносить до правових аномалій [15, с. 53].

Правові колізії також знаходять відображення і в судовій практиці. Так, у справі № 9901/72/19 позивач оскаржував до Верховного Суду рішення про оголошення конкурсу на зайняття вакантної посади державної служби.

Ухвалюючи рішення, суд дійшов висновку, що «відповідачем процедура ухвалення оскаржуваного рішення дотримана, а наявність спору у даній справі викликана, зокрема, колізією правових норм Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та Закону України «Про державну службу». За загальним правилом, норми права мають забезпечувати однозначні орієнтири правомірності поведінки як суб'єктів приватного, так і публічного права, а також не повинні суперечити одна одній та мають взаємно узгоджуватись. Разом із тим, негативним явищем є наявність протиріч між нормами права. Юридичною практикою вироблено декілька підходів до розв'язання протиріччя у застосуванні конкуруючих між собою норм, основними з яких є використання змістовного та темпорального (часового) способу подолання колізій.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 58 Конституції України закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії у часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Це конституційне положення свідчить про те, що за загальним правилом норма права діє щодо відносин, які виникли після набрання чинності цією нормою, а тому до певних юридичних фактів застосовується той закон (інший нормативно-правовий акт), під час дії якого вони настали.

Позицію щодо незворотності дії в часі законів та інших нормативно-правових актів неодноразово висловлював Конституційний Суд України. Так, згідно з висновками щодо тлумачення змісту ст. 58 Конституції України, викладеними у рішеннях Конституційного Суду України від 13.05.1997 № 1-зп, від 09.02.1999 № 1-рп/99, від 05.04.2001 № 3-рп/2001, від 13.03.2012 № 6-рп/2012, закони та інші нормативно-правові акти поширюють свою дію тільки на ті відносини, які виникли після набуття законами чи іншими нормативно-правовими актами чинності; дію нормативно-правового акта в часі треба розуміти так, що вона починається з моменту набрання цим актом чинності і припиняється із втратою ним чинності, тобто до певного юридичного факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або мали місце; дія закону та іншого нормативно-правового акта не може поширюватися на правовідносини, які виникли і закінчилися до набрання чинності цим законом або іншим нормативно-правовим актом. Єдиний виняток з цього правила, закріплений у ч. 1 ст. 58 Конституції України, складають випадки, коли закони та інші нормативно-правові акти пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

Змістовні колізії – це колізії, що виникають як частковий збіг обсягів регулювання правовідносин різними нормами права, обумовлені специфікою суспільних відносин та пов'язані з поділом норм права на загальні, спеціальні та виняткові.

За наявності розбіжностей загальних і спеціальних (виняткових) норм необхідно керуватися принципом *Lex specialis* (лат. – спеціальний закон, спеціальна норма), відповідно до якого при розбіжності загального і спеціального закону діє спеціальний закон, а також принципом *Lex specialis derogat generali*, суть якого зводиться до того, що спеціальна норма має перевагу над загальною.

У разі якщо норми нормативних актів рівної юридичної сили містять різні моделі правового регулювання, перевагу при застосуванні слід надавати тій нормі, яка регулює вужче коло суспільних відносин, тобто є спеціальною.

Саме такий підхід застосував Верховний Суд у постанові від 29.01.2019 р. у справі № 807/257/14. Крім того, про перевагу норм *lex specialis* над іншими загальними нормами зазначає у своїх рішеннях і Європейський суд з прав людини (п. 69 рішення у справі «Ніколова проти Болгарії» № 7888/03, пункт 15 рішення у справі «Баранкевич проти Росії» № 10519/03 тощо).

Відповідно до рішення Конституційного Суду України від 18.06.2020 р. № 5-р(П)/2020 принцип верховенства права (правовладдя) вимагає суддівської дії у ситуаціях, коли співіснують суперечливі норми одного ієрархічного рівня. У таких ситуаціях до судів різних видів юрисдикції висунуто вимогу застосовувати класичні для юридичної практики формули (принципи): «закон пізніший має перевагу над давнішим» (*lex posterior derogat priori*); «закон спеціальний має перевагу над загальним» (*lex specialis derogat generali*); «закон загальний пізніший не має переваги над спеціальним давнішим» (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*). Якщо суд не застосовує цих формул (принципів) за обставин, що вимагають від нього їх застосування, то принцип верховенства права (правовладдя) втрачає свою дієвість.

Тому, зважаючи на встановлені у цій справі обставини, а також на те, що Закон України «Про судоустрій і статус суддів» був прийнятий пізніше (02 червня 2016 р.), ніж Закон України «Про державну службу» (10 грудня 2015 р.), колегія суддів дійшла висновку, що у спірних правовідносинах підлягають застосуванню положення Закону України «Про судоустрій і статус суддів», який був спеціально прийнятий парламентом з метою визначення організації судової влади та здійснення правосуддя в Україні.

З огляду на вищевикладене, положення щодо порядку призначення на адмінпосади встановлені у п. 35 Розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про судоустрій і статус суддів», є спеціальною нормою права, яка підлягає застосуванню у спірних правовідносинах.

Під способами вирішення юридичних колізій розуміються конкретні прийоми, засоби, механізми, процедури їх усунення. Залежно від характеру колізії застосовується той чи інший метод, використовується та чи інша форма, обирається той чи інший шлях зняття протиріччя або виходу з правового глухого кута [2, с. 207].

Можна погодитись з тими дослідниками, які вважають, що дієвим засобом усунення колізій є систематизація нормативно-правового матеріалу. При цьому вона має корелюватися із темпами та обсягами нормотворчої діяльності суб'єктів систематизації нормативно-правових актів. Планування та інтенсивність юридичної нормотворчості, обсяги навантаження нею відповідного органу публічної влади мають корелюватися у бік зменшення або взагалі виключати паралелізм із проведенням систематизації нормативно-правових документів. Поряд з цим запорукою зменшення правових колізій є постійний моніторинг законодавства, насамперед, у нормотворчому процесі. У залежності від юридичних наслідків, до яких призводить роз'яснення, розрізняють неофіційне і офіційне тлумачення. Перше – це роз'яснення норм права, яке дається неуповноваженими на це суб'єктами і тому позбавлене юридичної сили і майбутніх юридичних наслідків. Але його значення – в обґрунтуванні, науковості, авторитетності тих суб'єктів, якими воно дається. Друге – офіційне тлумачення – це різновид тлумачення, який здійснюється уповноваженими на те суб'єктами – державними органами, посадовими особами, та закріплюється у спеціальному акті загальнообов'язкового характеру для всіх суб'єктів, які реалізують ці норми права [3, с. 985, 989].

Отже, прогалини в праві – це повна чи часткова відсутність регламентації суспільних відносин, яку можна подолати за допомогою нормотворення, аналогії права чи закону. Колізія у праві – це суперечності між нормами права, що закріплені в законодавстві, які можна подолати за допомогою тлумачення уповноваженим суб'єктом, скасування, внесення змін та прийняття нового нормативного акту, їх систематизація тощо.

REFERENCES

1. Bielkina D. Pravovi prohalyny i kolii u kryminalno-vykonavchomu zakonodavstvi Ukrainy: poniattia ta zmist. *Natsionalnyi yurydychnyi zhurnal*. 2020. S. 7–82.
2. Hordieiev V. V. Poniattia yurydychnykh faktiv v administratyvnomu sudochynstvi Ukrainy : monohrafiia. Odesa : Helvetyka, 2021. 324 s.
3. Zhuliaiev V. Pravovi kolizii v ukrainskomu molodizhnomu zakonodavstvi. *Topical issues of modern science, society and education : the 1st International scientific and practical conference – (August 8–10, 2021). SPC – Sciconf.com.ua*. Kharkiv. Ukraine. 2021. S. 984–990.
4. Zavalniuk S. Kласифікації і види прогалин в тсвилному законodavstvi. *Chasopys tsyvilistyky*. 2020. S. 5–17.
5. Kaptsova T. Prohalyna v pravi yak peredumova zastosuvannia yurydychnoi analogii. *Hospodarske pravo i protses*. 2021. № 4. S. 90–98.

6. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy vid 06.07.2005. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. № 35–36, 37. St. 1358.
7. Lenher Ya. Klasyfikatsiia kolizii v munitsypalnomu pravi. *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu*. 2017. S. 46–48.
8. Lylak D. Koliziia i konkurentsiiia zakoniv. *Pravo Ukrainy*. 2001. № 4. S. 19–21.
9. Matat Yu. Prohalyny v zakonodavstvi ta zasoby yikh podolannia v pravozastosovni diialnosti : monohrafiia. Kharkiv : Pravo, 2015. 176 s.
10. Onishchenko N., Suniehin S. Zastosuvannia analohii prava v administratyvnomu sudochynstvi: deiaki analitychni rozdumy. *Pravo Ukrainy*. 2016. № 2. S. 75–81.
11. Pohrebniak S. Prohalyny v zakonodavstvi ta zasoby yikh podolannia. *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy*. Kharkiv : Pravo, 2013. № 1 (72). S. 44–56.
12. Rishennia Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 26 zhovtnia 2020 r. v spravi za pozovom OSOBA_2, OSOBA_3 do Vyshchoi rady pravosuddia, tretii osoby, yaki ne zaiavliaiut samostiinykh vymoh shchodo predmeta sporu: Komisiia z pytan vyshchoho korpusu derzhavnoi sluzhby v systemi pravosuddia, OSOBA_4, pro vyznannia protypravnym, nechynnym ta skasuvannia rishennia, stiahnennia moralnoi shkody. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92566043>
13. Skakun O. Teoriia derzhavy i prava : pidruchnyk. Kyiv : Alerta. 2011. 520 s.
14. Sokolov V. Zastosuvannia protsesualnoi analohii pry zdiisnenni administratyvnoho sudochynstva. *Pravovyi visnyk Ukrainiskoi akademii bankivskoi spravy*. 2012. № 2 (7). S. 37–41.
15. Chuvakova H. Anomalii normotvorchoi diialnosti. *Chasopys Kyivskoho universytetu prava*. 2019. № 4. S. 51–57.
16. Shevchenko T. Prohalyny v zakonodavstvi, sposoby usunennia i podolannia. *Pravo i suspilstvo*. 2013. № 1. S. 23–26.
17. Shevchenko T. Yurydychna koliziia: teoretyko-pravovyi aspekt. *Pravo i suspilstvo*. 2013. № 3. S. 13–18.
18. Shemshuchenko Yu. Teoretychni zasady podolannia kolizii u zakonodavstvi Ukrainy. *Kolizii u zakonodavstvi Ukrainy: problemy, teorii i praktyky*. Kyiv : Henez. 1996. S. 6–7.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Белкіна Д. Правові прогалини і колії у кримінально-виконавчому законодавстві України: поняття та зміст. *Національний юридичний журнал*. 2020. С. 7–82.
2. Гордєєв В. В. Поняття юридичних фактів в адміністративному судочинстві України : монографія. Одеса : Гельветика, 2021. 324 с.
3. Жуляєв В. Правові колізії в українському молодіжному законодавстві. *Topical issues of modern science, society and education : the 1st International scientific and practical conference – (August 8–10, 2021)*. SPC – Sciconf.com.ua. Kharkiv. Ukraine. 2021. S. 984–990.
4. Завальнюк С. Класифікації і види прогалин в цивільному законодавстві. *Часопис цивілістики*. 2020. С. 5–17.
5. Капцова Т. Прогалина в праві як передумова застосування юридичної аналогії. *Господарське право і процес*. 2021. № 4. С. 90–98.
6. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. *Відомості Верховної Ради України*. № 35–36, 37. Ст. 1358.
7. Ленгер Я. Класифікація колізій в муніципальному праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2017. С. 46–48.
8. Лилак Д. Колізія і конкуренція законів. *Право України*. 2001. № 4. С. 19–21.
9. Матат Ю. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в правозастосовній діяльності : монографія. Харків : Право, 2015. 176 с.
10. Оніщенко Н., Сунегін С. Застосування аналогії права в адміністративному судочинстві: деякі аналітичні роздуми. *Право України*. 2016. № 2. С. 75–81.
11. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України*. Право. Харків, 2013. № 1 (72). С. 44–56.
12. Рішення Верховного Суду України від 26 жовтня 2020 р. в справі за позовом ОСОБА_2, ОСОБА_3 до Вищої ради правосуддя, треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору: Комісія з питань вищого корпусу державної служби в системі правосуддя, ОСОБА_4, про визнання протиправним, нечинним та скасування рішення, стягнення моральної шкоди. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92566043>
13. Скакун О. Теорія держави і права: підручник. Київ : Алерта. 2011. 520 с.
14. Соколов В. Застосування процесуальної аналогії при здійсненні адміністративного судочинства. *Правовий вісник Української академії банківської справи*. 2012. № 2 (7). С. 37–41.
15. Чувакова Г. Аномалії нормотворчої діяльності. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 4. С. 51–57.
16. Шевченко Т. Прогалини в законодавстві, способи усунення і подолання. *Право і суспільство*. 2013. № 1. С. 23–26.
17. Шевченко Т. Юридична колізія: теоретико-правовий аспект. *Право і суспільство*. 2013. № 3. С. 13–18.
18. Шемшученко Ю. Теоретичні засади подолання колізій у законодавстві України. *Колізії у законодавстві України: проблеми, теорії і практики*. Київ : Генеза. 1996. С. 6–7.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА НА ДОСТУП ДО СУДУ (НА ПРИКЛАДІ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА)

УДК 342.9

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlrichsjournal-2021-5.07>

АУРІКА ПАСКАР

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри процесуального права

Чернівецького національного університету

імені Юрія Федьковича, Україна

a.pascar@chnu.edu.ua

Анотація. Стаття присвячена дослідженню питань правового регулювання права на судовий захист в адміністративному судочинстві. Наводиться аналіз норм міжнародних та національних джерел адміністративного процесуального права, які передбачають право на судовий захист та визначають порядок й умови його реалізації. Вивчається практика Європейського суду з прав людини у справах щодо порушення права на судовий захист з метою встановлення змісту даного права та способів оцінки законодавчо допустимих його обмежень. Визначається, що ефективність правового механізму захисту прав особи залежить від якості правового регулювання права на судовий захист у разі їх порушення, оспорування чи невизнання.

Автором зазначається, що змістом доступності правосуддя є законодавчо врегульована, гарантована і реально забезпечена можливість прямого і безперешкодного звернення особи до суду. Це право особи звернутися з позовом до суду, якому кореспондує обов'язок держави, в особі компетентного суду, розглянути і вирішити правовий спір.

Вивчається специфіка реалізації права на доступ до суду та захисту прав у порядку адміністративного судочинства. Обґрунтовується, що дієвість судового захисту обумовлена необхідністю дотримання порядку звернення до суду адміністративної юрисдикції та виконання інших вимог передбачених адміністративним процесуальним законодавством. Уточнюється, що законодавчо встановлені процесуальні фільтри виконують превентивну функцію недопущення зловживань правом на судовий захист.

Підсумовано, що у вітчизняних нормативно – правових актах, які передбачають право на судовий захист у порядку адміністративного судочинства втілені засади справедливого судового розгляду та стандарти належного, ефективного та доступного правосуддя. Основним орієнтиром є дієвість та результативність судового захисту оскаржуваних прав та свобод особи.

Ключові слова: право на доступ до суду, доступність правосуддя, адміністративне судочинство, ефективні засоби правового захисту

LEGAL REGULATION OF THE RIGHT OF ACCESS TO COURT (ON THE EXAMPLE OF ADMINISTRATIVE JUDICIARY)

UDC 342.9

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlrichsjournal-2021-5.07>

AURIC PASCAR

PhD, Associate Professor of the Department of Procedural Law

Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine

a.pascar@chnu.edu.ua

Abstract. The article is devoted to the study of the legal regulation of the right to access to justice in administrative proceedings. The author argues that the European integration process and ratification of sources of international law require from Ukraine to implement many European standards in all spheres of socio-political life of the state, including the judiciary. First of all, it concerns the provision and guarantee of the mechanism of protection of individual rights by establishing effective remedies in case of violation of the rights, freedoms and interests of individuals before a national authority.

It is noted that the case law of the European Court of Human Rights has developed basic guidelines for determining the content of the right to access to justice, possible and permissible restrictions on this right, the conditions of access to justice, etc.

It is pointed that access to justice should be seen as the right of any person to litigate. It corresponds to the obligation of the state, represented by the competent court, to consider and resolve the case. The right of access to justice is one of the fundamental rights of the individual, guaranteed both at the international and national levels. In Ukraine, the right of a person to unimpeded access to justice is a constitutional right that cannot be restricted even during martial law.

It is argued that access to justice is a requirement enshrined in international norms and national law which reflects generally accepted factors in the administration of justice that states are encouraged or committed to. For the practical realization of the right to judicial protection, it is necessary to have the appropriate will of the person (appeal to the court) and certain conditions enshrined in the procedural codes (procedural legal personality, compliance with the procedure for appeal to the court, etc.). The proper exercise of the right of access to court has as a consequence the opening proceedings, the beginning of procedural activities of the court and parties, consideration and resolution of the case.

The author concludes that the national legislation should provide not only the possibility of appealing the violation, but also the existence of an effective and efficient mechanism for reviewing this appeal, making a competent decision in the case and, if necessary, restoration of the violated right.

Key words: right of access to court, access to justice, administrative proceedings, effective remedy.

Євроінтеграційні процеси в яких бере участь Україна та ратифікація низки міжнародно-правових документів зумовлюють зобов'язання імплементації та дотримання багатьох європейських стандартів у всіх галузях суспільно-політичного життя держави, в тому числі і у діяльності органів судової влади. У першу чергу це стосується забезпечення та гарантування механізму захисту прав особи шляхом встановлення ефективних засобів правового захисту у разі порушення прав, свобод та інтересів осіб.

Дослідження теоретичних та практичних аспектів доступності правосуддя, шляхів підвищення ефективності судового захисту прав і свобод особи завжди було актуальним серед науковців. Доктринальне осмислення поняття «доступність правосуддя» відображає еволюційність поглядів на нього, що виявляється у виникненні й розвитку напрямків руху «Доступ до правосуддя» завдяки акцентуації уваги на певних проблемах, пов'язаних з можливістю безперешкодного звернення особи до суду та процедурою подальшого розгляду її справи [1, с. 214].

В Україні доступність правосуддя у загальній системі прав людини, гарантії та проблеми її реалізації у галузевих видах судочинства досліджували В. Головченко, Ю. Грошевий, О. Дроздов, В. Комаров, В. Кройтор, Н. Сакара, В. Маляренко, О. Овчаренко, М. Погорецький, В. Погоріло, П. Рабінович, О. Хотинська-Нор, І. Шепітько, С. Шевчук, В. Шибіко, О.Г. Шило та ін. У розрізі адміністративного судочинства вивчення питань доступності правосуддя ускладнюється тим, що Кодекс адміністративного судочинства України (далі – КАС України) не містить поняття «доступність правосуддя». Правовій регламентації піддається «право на звернення до суду». Зважаючи на це чимало вчених розрізняють і проводять дослідження двох окремих понять «доступність правосуддя» і «доступність судового захисту». Виходячи з того, що вищезазначені розбіжності розуміємо як наслідки відсутності чіткого законодавчого регулювання та визначення поняття «доступності правосуддя», метою даного дослідження є розкриття особливостей правового регулювання права на доступ до суду у джерелах адміністративного процесуального права. Адже, право на звернення та доступ до суду як нормативно закріплена, гарантована і реально забезпечена можливість безперешкодного звернення до суду і є змістом доступності правосуддя.

За своєю правовою сутністю, *доступність правосуддя* уявляється ключовою засадою, яка визначає загальну спрямованість організації демократичного судочинства і, водночас, фундаментальне право особи, яке закріплене на міжнародному та національному рівнях. Практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) розробила основні орієнтири для визначення змісту права на доступ до правосуддя, можливі та допустимі обмеження цього права, умови доступності правосуддя тощо.

Доступ до правосуддя є фундаментальним правом, за відсутності якого було б хибно говорити про належне судочинство та справедливий судовий розгляд. Розглядаючи сутність права на доступ до правосуддя представники загальної теорії права виключають його із загальної системи прав людини і громадянина та відносять до юридичних гарантій реалізації та захисту конституційних прав і свобод особи [2, с. 269–271; 3, с. 44–45]. З критикою даного положення виступила Н. Сакара, яка вважає, що ця позиція є спірною, оскільки є незрозумілим, чому, якщо право на доступ до правосуддя є гарантією реалізації інших прав, у судовому порядку розглядаються питання про порушення ст. 55 Конституції

України, п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), тобто права на доступ до правосуддя як самостійного права [4, с. 45].

Доступ до правосуддя слід розглядати як право будь-якої особи подавати позов до суду та обов'язок держави, в особі компетентного суду розглянути і вирішити цю справу. На міжнародному рівні право на доступ до суду та судового захисту порушених прав закріплено у Загальній декларації прав людини, положення якої проголошують, що кожна людина має право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами у разі порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом [5, ст. 8]. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права у ч. 3 ст. 23. проголошує обов'язок держав на рівні законодавства закріплювати і розвивати можливості судового захисту порушених прав особи. Більш того, акцентується на тому, що забезпечення ефективних засобів правового захисту повинно мати місце навіть тоді, коли це порушення було вчинене особами, що діяли як офіційні особи [6]. Наведене твердження має пряме відношення до адміністративного судочинства, адже серед його завдань є справедливий, неупереджений та своєчасний вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень [7, ч. 1 ст. 2].

Про важливість забезпечення права на *ефективні засоби правового захисту*, навіть від порушень вчинених особами, які здійснювали свої офіційні повноваження, йдеться також у ст. 13 Конвенції. Зміст даної норми гарантує кожній особі ефективність звернення до компетентного державного органу у випадках стверджуваних порушень її конвенційних прав і свобод [8]. Національне законодавство повинно передбачати не тільки саму можливість оскарження допущеного порушення, але й наявність дієвого та ефективного механізму розгляду даного звернення, винесення компетентного рішення у справі та у разі потреби, відновлення порушеного права.

Право на наявність ефективних засобів правового захисту у поєднанні з *правом доступу до безстороннього суду* передбачені ст. 47 Хартії основних прав Європейського Союзу. Зокрема зазначається, що кожна особа, права і свободи якої гарантовані Європейським Союзом, були порушені, має право на справедливий, публічний та своєчасний розгляд його справи незалежним та неупередженим судом, створеним на підставі закону [9].

Не будучи прямо передбаченим, *право на доступ до правосуддя*, виводиться зі змісту п. 1 ст. 6 Конвенції відповідно до якого, кожна особа має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення [8]. При буквальному тлумаченні, зміст даної статті поширює право на справедливий суд тільки на справи цивільної та кримінальної юрисдикції. Однак ЄСПЛ у своїх рішеннях вказує на те, що під дією конвенційних гарантій підпадають і справи *адміністративної юрисдикції*. Вирішальними у цьому аспекті є рішення ЄСПЛ у справі *Енгель та інші проти Нідерландів* (*Engel and others v. The Netherlands*) де було визначено, що термін «кримінальне провадження» для цілей Конвенції має *автономне визначення*, яке може й не співпадати з національним правом. У наведеному рішенні було напрацьовано три основних критерії, наявність яких є підставою поширення конвенційних гарантій справедливого судового розгляду на конкретну справу. Вони отримали назву «*критерії Енгеля*» і включають оцінку наступних аспектів справи: а) класифікація правопорушення у національному законодавстві відповідної держави; б) характер правопорушення; в) суворість покарання (стягнення), до якого може бути притягнута особа [10, п. 82]. При вирішенні питання юрисдикції справи для ЄСПЛ не є вирішальною класифікація правопорушення як кримінального або спору як цивільного в національному законодавстві окремої держави. Прийнятність заяв та ухвалення рішення про поширення конвенційних гарантій на спори інших юрисдикцій (адміністративне, дисциплінарне, господарське тощо) вирішується шляхом оцінки ступеня відповідності обставин справи критеріям Енгеля.

У Рекомендації № R (93) Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам про ефективний доступ до закону і правосуддя для найбільш вразливих верств населення звертається увага на те, що *право на доступ до суду*, як складова права на справедливий суд, втрачає свою ефективність, якщо економічні, соціальні та культурні права не мають рівного захисту [11]. Ідея розвитку вітчизняного правосуддя шляхом забезпечення його доступності визначена пріоритетною для України та закріплена серед завдань

окреслених Концепцією вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів [12, роз. І].

В Україні право безперешкодного доступу особи до правосуддя відноситься до конституційних прав, які не можуть бути обмежені навіть у період воєнного стану. За своєю сутністю та практичним спрямуванням дане право є основою справедливого та ефективного судочинства. Так, ст. 55 Конституції України встановлює, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Більш того, відповідно до правових висновків Конституційного Суду України, забороняється відмова у правосудді, якщо особа звертається до суду з питань порушення її прав і свобод, створення перешкод для їх реалізації або наявності інших обмежень прав та свобод [13]. При такому підході відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, які оформлені відповідно до вимог чинного законодавства, є прямим порушенням *права на судовий захист*, яке, згідно з конституційними положеннями, не може бути обмежене. За своєю сутністю та призначенням правова держава, якою проголошена Україна, повинна передбачати гарантії судового захисту порушених прав і свобод та на законодавчому рівні закріплювати процесуальний порядок їх захисту.

При правовому регулюванні *права на доступ до суду* Конституцією України встановлено, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (ст. 55). Згідно з правовими висновками Конституційного Суду України зміст даного положення слід розуміти так, що кожен, тобто громадянин України, іноземець, особа без громадянства, має гарантоване державою право оскаржити в суді загальної юрисдикції рішення, дії чи бездіяльність будь-якого органу державної влади, органу місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх рішення, дія чи бездіяльність порушують або обмежують права і свободи громадянина України, іноземця, особи без громадянства чи перешкоджають їх здійсненню, а тому потребують правового захисту в суді [14]. У змісті конституційного принципу встановленого Основним Законом України стосовно вільного доступу до правосуддя міститься можливість будь-якої особи звернутися прямо і безпосередньо до суду з метою захисту її прав, свобод та законних інтересів.

Відповідно до положень ст. 55 Конституції України до суду можуть бути оскаржені також рішення суб'єктів владних повноважень, дії, вчинені ними під час здійснення управлінських функцій, а також невиконання повноважень, встановлених законодавством (бездіяльність). Для реалізації кожним конституційного права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності вказаних суб'єктів у сфері управлінської діяльності в Україні утворено *систему адміністративних судів* [15]. Наведені офіційні тлумачення права на звернення до суду підкреслюють роль та гарантування можливості захисту прав і свобод у судовому порядку.

Положення подібні до Конституції України містяться в статті 7 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», де передбачено, що кожній особі гарантується захист її прав, свобод та інтересів у розумні строки незалежним, безстороннім і справедливим судом, утвореним законом [16]. Правом на судовий захист в Україні також наділені іноземці, особи без громадянства та іноземні юридичні особи.

Норми адміністративного процесуального законодавства України вказують на те, що кожній особі надається *право звернення до адміністративного суду* у разі порушення її прав, свобод чи законних інтересів рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень [7, ст. 5]. Таке звернення безпосередньо на підставі Конституції України гарантується.

Право на звернення до суду з позовом прямо закріплено у п. 1 ст. 6 Конвенції. Одним з аспектів права на суд є право доступу, тобто право на порушення провадження в суді [17, п.п. 35–36]. Згідно з практикою ЄСПЛ дане право включає в себе не тільки право ініціювати провадження у справі, але й право розраховувати на розгляд і вирішення спору судом [18, п. 25]. У той же час, право на звернення до суду не є абсолютним і може підлягати *законним обмеженням*. У Рішенні у справі «Стаббінгс та інші проти Сполученого Королівства» (Stubbings and Others v. the United Kingdom) ЄСПЛ вказує на те, що такими обмеженнями можуть бути передбачені законом вимоги щодо дотримання строків давності, заходи забезпечення позову, нормативне регулювання такого права стосовно неповнолітніх та психічно хворих осіб тощо [19, п.п. 51–52]. У разі *обмеження доступу до суду*, необхідно з'ясувати, чи не порушило встановлене обмеження саму суть цього права і, зокрема, чи переслідувало це обмеження законну мету, і чи було дотримано пропорційне співвідношення між застосованими засобами і поставленою метою [20, п. 57].

У контексті тлумачення змісту права на суд ЄСПЛ у своїх рішеннях розмежовує поняття «юридичний доступ» та «фактичний доступ», особливо в контексті спорів між юрисдикціями. Так, на думку ЄСПЛ, право на доступ до суду, під яким розуміють право порушити провадження у судах щодо прав та обов'язків цивільного характеру – становить тільки один з його аспектів [17, п. 36]. Ефективність права на доступ до суду залежить від наявності у особи чіткої фактичної можливості оскаржити порушення її прав [21, п. 36].

Практична реалізація права на судовий захист обумовлена наявністю відповідного волевиявлення особи (звернення до суду) та закріплених у процесуальних кодексах певних умов (процесуальна правосуб'єктність, дотримання порядку звернення до суду тощо). Не будь яке звернення особи до суду має наслідком відкриття провадження у справі. Питання про відкриття провадження у справі вирішується суддею на етапі прийняття заяви і включає перевірку дотримання встановлених процесуальним законодавством сукупності вимог. Наприклад, ч. 1 ст. 168 КАСУ встановлює, що позов пред'являється шляхом подання позовної заяви в суд першої інстанції, де вона реєструється та не пізніше наступного дня передається судді. Також адміністративне процесуальне законодавство передбачає чіткі та однозначні вимоги щодо змісту та форми позовної заяви, переліку документів, які додаються до заяви, необхідності наявності адміністративної процесуальної правосуб'єктності, щоб стати учасником справи та ін. (ст.ст. 43, 160, 161 КАС України).

Дотримання вимог чіткості, прогнозованості та правової визначеності при правовому регулюванні права на доступ до суду та закріплення механізму реалізації даного права є запорукою ефективності та результативності судового захисту порушених прав та свобод особи. Суддя, виключною компетенцією якого є здійснення правосуддя, перевіряє чи особа дотрималась належного порядку звернення до суду та чи наявні інші *передумови реалізації права на судовий захист*. Приміром, норми КАС України передбачають, що суддя відкриває провадження в адміністративній справі на підставі позовної заяви, якщо відсутні підстави для залишення позовної заяви без руху, її повернення чи відмови у відкритті провадження у справі. При цьому перераховується чіткий перелік питань, які повинен з'ясувати суддя: чи наділена адміністративною процесуальною дієздатністю особа, яка подала позовну заяву; чи є належні повноваження у представника особи (у випадку подання ним позовної заяви); чи оформлена позовна заява відповідно до вимог процесуального закону; чи дотримані правила щодо юрисдикції та підсудності спору; чи дотримані строки звернення до суду; чи відсутні інші підстави для залишення позовної заяви без руху, її повернення або відмови адміністративного суду у відкритті провадження у справі [7, ст. 171].

Виходячи з того, що право на судовий захист не є абсолютним, закріплені законодавцем умови звернення до суду не слід розглядати як штучно створені перепони або ускладнення в його реалізації. Вищезазначені умови мають роль своєрідних *процесуальних фільтрів* та є засобом попередження подання безпідставних та необґрунтованих звернень до суду та зловживанням правом на судовий захист. Про це, зокрема, зазначено в Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, де зазначена необхідність посилення відповідальності за недобросовісне користування процесуальними правами [12].

У цілому, умови реалізації права на звернення та доступ до суду класифікуються на дві групи: 1) суб'єктивні передумови (визначаються особливостями суб'єктів правового спору); 2) об'єктивні передумови (визначаються особливостями предмета правового спору).

Суб'єктивними передумовами звернення до адміністративного суду є адміністративна процесуальна правосуб'єктність особи, права якої порушено та особи, яка є потенційним відповідачем у справі. Адміністративна процесуальна правосуб'єктність включає адміністративну процесуальну правоздатність та адміністративну процесуальну дієздатність. Під адміністративною процесуальною правоздатністю розуміють здатність особи мати права та обов'язки в адміністративному судочинстві (ч. 1 ст. 43 КАС України). Так, правом звернення до суду та захисту порушених прав у порядку адміністративного судочинства наділені громадяни України, іноземці, особи без громадянства, органи державної влади, інші державні органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, їх посадові й службові особи, підприємства, установи, організації (юридичні особи), адміністратори за випуском облігацій.

Адміністративна процесуальна дієздатність є здатністю фізичних осіб здійснювати свої адміністративні процесуальні права та обов'язки. Враховуючи специфіку суб'єктного складу справ адміністративної юрисдикції, адміністративною процесуальною дієздатністю також наділені органи

державної влади, інші державні органи, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, їх посадові й службові особи, підприємства, установи, організації (юридичні особи).

Об'єктивними передумовами реалізації права на звернення до суду є правовий характер спору та належність справи до юрисдикції адміністративних судів. Тобто, до адміністративного суду можуть звертатися особи з приводу захисту їх прав у публічно-правових спорах. Детальний перелік публічно-правових спорів, які підпадають під юрисдикцію адміністративних судів наведений у ч. 1 ст. 19 КАС України.

Отже, право на доступ до адміністративного суду є одним з ключових та фундаментальних прав особи, гарантії якого закріплені на рівні міжнародних актів, Конституції України та галузевого процесуального законодавства. В адміністративному судочинстві реалізація права на доступ до суду детерміноване активним волевиявленням особи у формі звернення до судової інстанції та наявністю передбачених процесуальним законодавством суб'єктивних та об'єктивних передумов. Відкриття провадження в адміністративній справі обумовлені належною реалізацією права на звернення до суду за судовим захистом та дотриманням вимог передбачених адміністративним процесуальним законодавством. Ці вимоги одночасно є дієвим засобом попередження та недопущення зловживань правом на доступ до адміністративного суду з боку недобросовісних осіб.

Правове регулювання права на доступ до адміністративного суду в Україні відображає загальноновизнані правила відправлення правосуддя та міжнародні стандарти справедливого судового розгляду. Адміністративно-процесуальний механізм реалізації права на доступ до суду є якісно і результативно орієнтованим, сприяючи ефективному захисту та поновленні порушених прав та свобод особи.

REFERENCES

1. Tkach K. V. Rukh «dostup do pravosuddia» – zahalna peredumova reformuvannia tsyvilnoho sudochynstva v yevropeiskyykh krainakh. *Problemy zakonnosti*. Vyp. 109. Kharkiv : Nats. yuryd. akad. Ukrainy im. Ya. Mudroho, 2010. S. 212–222.
2. Rabinovych, P. M. Prava liudyny i hromadianyn : navch. posib. Kyiv : Atika, 2004. 464 s.
3. Pohorilo V. F. Prava i svobody liudyny i hromadianyna v Ukraini. Kyiv : In Yure, 1997. 52 s.
4. Sakara N. Yu. Problema dostupnosti pravosuddia u tsyvilnykh spravakh : monohrafiia. Kharkiv : Pravo, 2010. 256 s.
5. Zahalna deklaratsiia prav liudyny OON : Mizhnarodnyi dokument vid 10.12.1948. Dokument 995_015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text
6. Mizhnarodnyi pakt pro hromadianski i politychni prava OON : Mizhnarodnyi dokument vid 16.12.1966. Dokument 995_043. Ratyfikatsiia vid 19.10.1973. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text
7. Kodeks administrativnoho sudochynstva Ukrainy vid 06.07.2005 № 2747-IV. Redaktsiia vid 18.05.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>
8. Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod (z protokolamy) vid 04.11.1950. Redaktsiia vid 01.08.2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
9. Khartiia osnovnykh prav Yevropeiskoho Soiuzu vid 07.12.2000. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524#Text
10. Case of Engel and others v. The Netherlands. Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. Judgment from 8 June 1976. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57479>
11. Rekomendatsii № R (93) Komitetu Ministriv Rady Yevropy derzhavam-chlenam pro efektyvnyi dostup do zakonu i pravosuddia dlia naibidnishykh verstv naselennia vid 8 sichnia 1993 roku. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/pd07072014_4.pdf
12. Pro Kontseptsiiu vdoshkonalennia sudivnytstva dlia utverdzhennia spravedlyvoho sudu v Ukraini vidpovidno do yevropeiskyykh standartiv vid 10.05.2006 № 361/2006. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361/2006#Text>
13. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym zvernenniam hromadian Protzenko Raisy Mykolaivny, Yaroshenko Poliny Petrivny ta inshykh hromadian shchodo [...] vid 25.12.1997 № 9-zp. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-97#n54>
14. Rishennia Konstytutsiinoho sudu Ukrainy vid 25.11.1997 r. № 6-zp u spravi za konstytutsiinym zvernenniam hromadianky Dziuby Halyny Pavlivny shchodo ofitsiinoho tlumachennia chastyny druhoi statii 55 Konstytutsii Ukrainy ta statii 248-2 Tsyvilnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy (sprava hromadianky Dziuby H.P. shchodo prava na oskarzhennia v sudi nepravomirnykh dii posadovoi osoby) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-97#Text>
15. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym zvernenniam hromadianyna Osetrova Serhiia Volodymyrovycha shchodo ofitsiinoho tlumachennia polozhen chastyny [...] vid 14.12.2011 № 19-rp/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-11#Text>

16. Pro sudoustrii i status suddiv : Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 № 1402-VIII. Redaktsiia vid 22.03.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>
17. Case of Golder v. The United Kingdom. Application no. 4451/70 Judgment from 21 February 1975. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57496>
18. Case of Kutić v. Croatia. Application No. 48778/99. Judgment from 1 March 2002. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60174>
19. Rishennia u spravi «Stabbings ta inshi proty Spoluchenoho Korolivstva» (Stubbings and Others v. the United Kingdom) vid 22 zhovtnia 1996 roku. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-117765>
20. Case of Ashingdane v. the United Kingdom vid 28 travnia 1985 roku. Seriiia A. № 93. S. 24–25. P. 57. Application no. 8225/78. Judgment from 28 May 1985. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57425>
21. Case of Bellet v. France. Application no. 23805/94. Judgment from 4 December 1995. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57952>

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Ткач К. В. Рух «доступ до правосуддя» – загальна передумова реформування цивільного судочинства в європейських країнах. *Проблеми законності*. Вип. 109. Харків : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 2010. С. 212–222.
2. Рабінович, П. М. Права людини і громадянин : навч. посіб. Київ : Атіка, 2004. 464 с.
3. Погоріло В. Ф. Права і свободи людини і громадянина в Україні. Київ : Ін Юре, 1997. 52 с.
4. Сакара Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах : монографія. Харків : Право, 2010. 256 с.
5. Загальна декларація прав людини ООН : Міжнародний документ від 10.12.1948. Документ 995_015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text
6. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права ООН : Міжнародний документ від 16.12.1966. Документ 995_043. Ратифікація від 19.10.1973. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text
7. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV. Редакція від 18.05.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text> (дата звернення: 24.05.2022).
8. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (з протоколами) від 04.11.1950. Редакція від 01.08.2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
9. Хартія основних прав Європейського Союзу від 07.12.2000. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524#Text
10. Case of Engel and others v. The Netherlands. Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. Judgment from 8 June 1976. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57479>
11. Рекомендації № R (93) Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам про ефективний доступ до закону і правосуддя для найбільш вразливих верств населення від 8 січня 1993 року. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/pd07072014_4.pdf
12. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів від 10.05.2006 № 361/2006. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361/2006#Text>
13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадян Проценко Раїси Миколаївни, Ярошенко Поліни Петрівни та інших громадян щодо [...] від 25.12.1997 № 9-зп. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-97#n54>
14. Рішення Конституційного суду України від 25.11.1997 р. № 6-зп у справі за конституційним зверненням громадянки Дзюби Галини Павлівни щодо офіційного тлумачення частини другої статті 55 Конституції України та статті 248-2 Цивільного процесуального кодексу України (справа громадянки Дзюби Г.П. щодо права на оскарження в суді неправомірних дій посадової особи) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-97#Text>
15. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Осетрова Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положень частини [...] від 14.12.2011 № 19-рп/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-11#Text>
16. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. Редакція від 22.03.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>
17. Case of Golder v. The United Kingdom. Application no. 4451/70 Judgment from 21 February 1975. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57496>
18. Case of Kutić v. Croatia. Application No. 48778/99. Judgment from 1 March 2002. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60174>
19. Рішення у справі «Стаббінгс та інші проти Сполученого Королівства» (Stubbings and Others v. the United Kingdom) від 22 жовтня 1996 року. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-117765>
20. Case of Ashingdane v. the United Kingdom) від 28 травня 1985 року. Серія А. № 93. С. 24–25. П. 57. Application no. 8225/78. Judgment from 28 May 1985. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57425>
21. Case of Bellet v. France. Application no. 23805/94. Judgment from 4 December 1995. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57952>

ДО УВАГИ АВТОРІВ FOR AUTHORS

ВИМОГИ ДО ПУБЛІКАЦІЙ

Тематичні вимоги.

Журнал приймає до друку матеріали, які стосуються: творчої спадщини Євгена Ерліха та її впливу на сучасне праворозуміння, правопізнання і правозастосування; соціологічного і антропосоціокультурного підходів до праворозуміння, правопізнання і правозастосування; нових гіпотез і концепцій природи права, які заявили про себе наприкінці XX – у XXI столітті; людської гідності і людських прав; судового та альтернативних методів вирішення правових спорів; історії і сучасної діяльності правничого факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича, на якому майже два десятиліття у період піку своєї творчості працював Євген Ерліх.

Наукові вимоги.

Журнал приймає до публікації рукописи статей, есе, лекцій, рецензій на книги та переклади праць Євгена Ерліха англійською та українською мовами.

У статтях окреслюються авторські аргументи в ході обширного аналізу наукової проблеми. Есе мають вузькі рамки, їх головна мета – започаткувати нову наукову дискусію. До публікації приймаються рецензії на книги, що опубліковані протягом останніх двох років. В останньому випадку потрібно надіслати опубліковане видання, що рецензується.

Рукопис повинен бути створений особисто тією особою (особами), що вказана як автор (автори); не повинен бути опублікований (повністю або частково) чи перебувати на розгляді щодо опублікування у будь-якому іншому виданні.

Рукопису повинен бути властивий науковий стиль викладу матеріалу (точність, лаконічність, логічність, зрозумілість) та його високий науковий рівень.

Рукопис наукової статті має містити такі структурні елементи:

а) постановку проблеми та визначення її зв'язку з важливими науковими чи практичними проблемами;

б) оцінку ступеня наукової розробки проблеми із зазначенням невирішених попередниками аспектів загальної проблеми, розв'язанню котрих присвячується стаття;

в) мету дослідження;

г) конкретні задачі дослідження;

г) обґрунтування методології дослідження (в тому випадку, якщо вона містить новизну і може зацікавити читача, зважаючи на предмет статті);

д) виклад основного матеріалу дослідження та здобутих автором (авторами) наукових результатів;

е) висновки, у яких стисло зазначається, в чому саме полягає досягнення поставленої мети та вирішення конкретних задач дослідження.

Дані елементи у тексті рукопису виділяти не потрібно. Проте доцільно (за потреби) виділяти курсивом ключову термінологію та основні положення статті.

Кожен рукопис надсилається редколегією журналу на подвійне «сліпе» рецензування провідним фахівцям Європи та світу з відповідної тематики.

Щоб забезпечити анонімність рецензування не вказуйте своє ім'я чи будь-які ідентифікуючі дані в рукописі. Ці відомості слід зазначити в окремому документі «Довідка про автора», в котрому вказати:

1. Ім'я та прізвище автора, науковий ступінь, вчене звання, посаду, назву наукової установи, країну (українською та англійською мовами).

2. Електронну адресу, ідентифікатори ORCID (Єдиний міжнародний реєстр учених можна отримати на сайті <http://orcid.org/>) та ResearcherID.

3. Індекс Гірша (Google Scholar) із вказівкою посилання на профіль автора в Google Scholar.

4. Фото автора у форматі jpeg (обсягом не менш як 100 kb, 300 dpi).

5. Поштову адресу та номер телефону.

Рукописи, повернуті авторам на доопрацювання, належить у доопрацьованому вигляді повернути редакційній колегії у рекомендований термін.

Редакційна колегія зберігає за собою право редагувати рукописи, а після публікації розміщувати їх на веб-сайті журналу.

Етичні вимоги.

Журнал суворо дотримується принципу чистоти та чесності в науковій діяльності, слідуючи рекомендаціям Комітету з етики видавничої справи (COPE) щодо шляхів реагування на можливі акти неетичної поведінки авторів.

Плагіат та самоплагіат не допускаються.

Технічні вимоги.

Рукописи приймаються українською та англійською мовами. Для подання матеріалів на розгляд редколегії авторам потрібно зареєструватися на сайті ehrlichsjournal.chnu.edu.ua. У випадку виникнення питань щодо вищевикладеного звертайтеся за адресою ehrlich_journal@chnu.edu.ua.

Рукописи мають включати українською та англійською мовами:

1. Назву (не більше 15 повнозначних слів), котра повинна точно відображати зміст праці, містити ключові слова.

2. УДК.

3. Анотацію (обсягом не менш як 1800 знаків) – коротку стислу характеристику змісту праці і результатів досліджень, що дозволяє читачеві зрозуміти, чи може зацікавити його повний текст рукопису. Анотація повинна містити усі без винятку структурні елементи, які містяться у рукописі статті.

4. Ключові слова. Сукупність ключових слів повинна відповідати основному змісту статті, відображати результати дослідження і забезпечувати їх тематичний пошук. Ключові слова потрібно подавати у називному відмінку через крапку з комою.

Рекомендований обсяг тексту рукопису: статті – 4000–7000 слів, есе – 2500–4000 слів; рецензії – 1500–2500 слів.

Усі аббревіатури та скорочення, за винятком загальноприйнятих, повинні бути розшифровані при першому використанні у тексті. Необхідно точно вказувати джерело згадуваних у рукописі цитат, цифрових і фактичних даних. Бібліографічні посилання в тексті оформлюються за допомогою квадратних дужок двома цифрами. Перша – порядковий номер праці в списку літератури, друга – сторінка цитованої праці (наприклад [2, 148], або [4, ст. 26] – якщо посилання на статтю закону).

5. Список літератури подається в кінці рукопису (в алфавітному порядку або в порядку згадування) під назвою «Використані матеріали». При оформленні бібліографічних посилань та списку літератури слід дотримуватись ДСТУ ГОСТ 7.1:2006 та ДСТУ 8302:2015. Також подається список літератури, оформлений латиницею – References. Даний список оформлюється у відповідності зі стилем APA. В разі необхідності «Рекомендації до оформлення References» будуть надіслані авторам для ознайомлення.

Гонорар за публікацію не сплачується.

Відповідальність за зміст і достовірність рукопису несе автор.

REQUIREMENTS FOR MANUSCRIPTS

Thematic requirements.

Ehrlich's Journal admits for publication the papers related to the creative heritage of Eugen Ehrlich and its influence on legal cognition, understanding of law and enforcement of law; sociological and anthroposociocultural approach to legal cognition, understanding of law and enforcement of law; new hypotheses and concepts of the nature of law, which declared themselves at the end of the 20th century – in the 21st century; human dignity and human rights; judicial and alternative methods of resolving legal disputes; the history and modern activity of the law faculty of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, where Eugen Ehrlich worked for almost two decades during the peak of his career.

Scientific requirements.

Ehrlich's Journal admits for publication Articles, Essays, Book Reviews and translations of Eugen Ehrlich's papers in English and Ukrainian.

The articles outline the author's arguments in the course of extensive analysis of the scientific problem, while Essays have a narrower scope, but the subject matter is of general scholarly interest. The main goal of the Essays is to start a new scientific conversation. *Ehrlich's Journal* also admits reviews of books that have been published within the past two years. In this case reviewed Book has to be sent to the Editorial Board either.

The paper must be created individually by the person(s) indicated as the author (authors). The paper should not have been published, and should not be reviewed for publication elsewhere.

The manuscript must be written in a scientific style of presentation of the material (accuracy, conciseness, logic, clarity) and have a high scientific level.

The article sent to the Journal should include the following elements:

1. Scientific issue statement and its connection with important scientific or practical tasks.
2. Assessment of the degree of scientific development of the problem with the indication of the unresolved aspects of the general problem to which this article is devoted.
3. The purpose of the research.
4. Specific objectives of the research.
5. The justification of the research methodology (in the case if it contains novelty and may interest the reader, taking into account the subject of the article).
6. Presentation of the main research material with full scientific substantiation of the received scientific results.
7. Conclusions which summarize briefly, what exactly is the achievement of the goal and the solution of specific research tasks.

These elements are not required to be highlighted in the text. However, it is expedient (if necessary) to highlight in italics the key terminology and the main provisions of the article.

Each manuscript is sent by the Editorial Board of the *Journal* for a double-blind review to leading scientists of Europe and the world on relevant topic.

To ensure the anonymity of the review, do not provide your name or any identifying information in the manuscript. This information should be noted in a separate document "Information about Author", which should indicate:

1. The first name, initial(s) and surname of each author, academic degree, position, name of scientific institution (including department), country (in Ukrainian and English).
2. E-mail address, ORCID and ResearchID identifier (if any).
3. The Google Scholar index with link to the author profile.
4. Photo of the author in jpeg format (not less than 100 kb size and 300 dpi resolution).
5. Postal address and telephone number.

Papers, returned to authors for revision, should be reinstated to the Editorial Board within the recommended time.

The Editorial Board reserves the right to edit the papers, and to display them on the web page of the *Journal* after the publication.

Ethical requirements.

The Editorial Board of the Ehrlich's Journal commits to the internationally accepted principles of publication ethics expressed in the recommendations of the Committee on Publication Ethics (COPE) on ways to respond to possible acts of unethical behaviour of the authors.

Plagiarism and self-plagiarism are not allowed.

Technical requirements.

Manuscripts are accepted in electronic form in Ukrainian and English. To submit the materials authors need to register on our website ehrichsjournal.chnu.edu.ua. If you have any question as to the foregoing, please contact us to the email ehrich_journal@chnu.edu.ua.

Manuscript should include in Ukrainian and English:

1. The title should reflect the content of the paper and contain keywords, but no more than 15 full-wording words.

2. UDC.

3. Abstract of no less than 1800 symbols (summarizes the paper and research results and allows thereader to understand, whether it's full text is interesting). The abstract should contain all the structural elements contained in the manuscript of the article, without exception.

4. Key words. The set of keywords should correspond to the main content of the article, reflect the results of the research and provide the thematic search. Keywords must be submitted in the nominal case through a semicolon.

Length of the manuscript: article – 4000–7000 words, essay – 2500–4000 words, review – 1500–2500 words.

All abbreviations, except for common, may be introduced when first occurred in the text. It is necessary to indicate precisely the source of citations quoted in the manuscript, numerical and factual data. Bibliographic references in the text are made using square brackets with two numbers. The first is the number of the sources in the list of literature (References), the second is the number of the page of the quoted source (for example, [2, 148] or [4, art. 26] – if reference to the article of the legal material).

5. If the paper is in Ukrainian, the References should be given in the end of the paper in two formats: 1) USED MATERIALS (in Cyrillic), presented according to the national standards 8302:2015 and 7.1:2006; 2) REFERENCES (in Latin), presented according to the APA Style. If necessary, the “Recommendations for References” will be sent to the authors. If the paper is in English, only REFERENCES are required.

Fee for publishing is not paid.

The author is responsible for the content and authenticity of the manuscript.

ПОЛІТИКА РЕЦЕНЗУВАННЯ

Процес рецензування.

«Ерліхівський журнал» публікує лише ті матеріали, що успішно пройшли процедуру рецензування. Усі матеріали, які надходять до редакції «Ерліхівського журналу», проходять «подвійне 'сліпе' рецензування». Воно здійснюється двома незалежними рецензентами, котрі діють окремо, не знають про оцінки один одного. Імена рецензентів та авторів приховані один від одного.

Матеріал, що надсилається на розгляд «Ерліхівського журналу», перш за все має відповідати тематичним та технічним вимогам. Якщо матеріал не відповідає вимогам журналу, він одразу повертається автору для виправлення. Рецензування та публікація рукописів є настільки оперативною, наскільки це можливо. Як правило, рецензентам пропонується надати відповідь до 2 тижнів.

Рецензування передбачає співпрацю з експертами в конкретній (вузькій) галузі, які є кваліфікованими і здатні забезпечувати об'єктивний розгляд.

Остаточне рішення щодо публікації приймає редакційна колегія та головний редактор, зокрема.

На підставі рішення, котре приймається із врахуванням отриманих рецензій, авторам надсилається лист електронною поштою, який містить загальну оцінку статті і остаточне рішення щодо прийняття до публікації чи відхилення рукопису.

Інструкція для рецензентів.

Оцінювання включає два етапи: попередній огляд та детальний огляд.

Обґрунтованість і достовірність отриманих результатів – є ключовими аспектами, які повинні бути відзначені в рецензії (форма рецензії додається).

Попередній огляд дає можливість рецензенту дослідити загальну цінність матеріалу і повинен містити відповіді на питання:

- Чи є актуальною наукова проблема, обрана автором?
- Чи чітко сформульовано мету та завдання дослідження?
- Чи відповідає стиль і логіка викладу тексту науковій природі матеріалу?
- Чи містяться посилання на актуальну літературу з обраної проблеми?

Детальний огляд ґрунтується на розгорнутому дослідженні рукопису і включає наступні питання:

- Чи має місце особистий внесок автора у вирішення поставленої проблеми?
- Чи використовуються в дослідженні новаторський та творчий підходи?
- Чи чітко представлено отримані результати?
- Чи містяться в роботі значимі результати?
- Чи мають отримані результати теоретичне значення?
- Чи мають отримані результати прикладне значення?
- Чи можна вважати рукопис цінним внеском для галузі?

Рецензенту також пропонується надати коментарі щодо рукопису із зазначенням обов'язкових та рекомендованих змін.

І, насамкінець, рецензент підводить *підсумок* щодо рецензованої роботи:

- 1) рекомендувати рукопис до друку;
- 2) рекомендувати рукопис до друку після відповідних виправлень та вдосконалень;
- 3) відхилити рукопис.

Політика рецензування «Ерліхівського журналу» покликана забезпечувати найвищі стандарти опублікування рукописів. Добір рецензентів проводиться із врахуванням їх спеціальних знань та наукового досвіду.

THE REVIEW POLICY

Review Process.

«Ehrlich's Journal» publishes only those materials that have successfully passed the review process. All materials submitted to the «Ehrlich's Journal» are double-blind reviewed. It is carried out by two independent reviewers who operate separately and don't know about each other assessments. The names of the reviewers and authors are hidden from each other.

The material sent to the «Ehrlich's Journal» primarily should correspond to the thematic and technical requirements. If the material does not correspond to requirements of the Journal, it is being immediately returned to the author to make corrections. Reviewing and publishing of manuscripts are as prompt as possible. Reviewers are proposed to give an answer within 2 weeks.

Reviewing involves collaboration with experts in specific (narrow) field, who are qualified and able to provide an objective review.

The final decision on paper is made by the Editorial Board and Editor-in-Chief.

On the basis of the decision, which was adopted with taking into account the received reviews, the authors are sent an email, containing an overall assessment of the manuscript and the final decision in relation to an acceptance to the publication or rejection of the manuscript.

Instructions for Reviewers.

Evaluation involves two stages: a preliminary overview and a detailed review.

Validity and authenticity of the results – are key aspects that should be noted in the review (The Review Form added).

Preliminary review of the manuscript gives an opportunity to the reviewer to investigate the overall value of the material and should contain the answer to the questions:

- Is the scientific issue, chosen by the author, relevant?
- Are the purpose and objective of the research properly formulated?
- Do the style and the logics of rendering correlate with the scientific nature of the material?
- Are the references to the relevant literature on the issue, present?

Detailed review of the manuscript based on an expanded study of the manuscript and includes the following items:

- Does the author personally contribute to solving the designated issue?
- Are the innovative and creative approaches being used in the research?
- Are the achieved results clearly presented?
- Does the work include significant results?
- Do the achieved results have a theoretical value?
- Do the achieved results have a practical value?
- Can the manuscript be considered as a valuable contribution to the sphere?

The reviewer is also suggested to present comments to the paper and to suggest mandatory and recommended amendments.

Finally, the reviewer is asked to present the conclusion:

1. Recommend the manuscript to be published.
2. Recommend the manuscript to be published after appropriate amendments and improvements.
3. Reject manuscript.