

Подано результати наукових досліджень із питань господарського, екологічного, цивільного, кримінального, фінансового, адміністративного права. Окремі статті присвячено питанням теорії держави та права, конституційного та процесуального права.

Для науковців, правників, студентів.

Предлагаются результаты научных исследований по вопросам хозяйственного, экологического, гражданского, уголовного, финансового, административного права. Отдельные статьи посвящены вопросам теории государства и права, конституционного и процессуального права.

Для ученых, правоведов, студентов.

The results of scientific research of economic, ecological, civil, criminal, financial, economic, administrative law questions are proposed to the reader's attention. Some articles are devoted to some questions of state theory and law, constitutional and proceeding law.

The issue is intended for scientists, practicing lawyers and students.

ВІДПОВІДАЛЬНИЙ РЕДАКТОР	І.С. Гриценко, д-р юрид. наук
РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ	Р.А. Майданик, д-р юрид. наук, проф. (заст. відп. ред.); О.В. Клепикова, канд. юрид. наук, доц. (відп. секр.); В.С. Щербина, д-р юрид. наук, проф.; Н.В. Пришва, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Дзера, д-р юрид. наук, проф.; М.І. Іншин, д-р юрид. наук, проф.; С.Я. Фурса, д-р юрид. наук, проф.; М.В. Краснова, д-р юрид. наук, проф.; П.С. Берзін, д-р юрид. наук, проф.; А.М. Мірошниченко, д-р юрид. наук, проф.; О.Л. Копиленко, д-р юрид. наук, проф.; М.А. Погорельський, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Зайчук, д-р юрид. наук, проф.; Ю.С. Шемшученко, д-р юрид. наук, проф.; А.Т. Комзюк, д-р юрид. наук, проф.; Г.П. Середа, д-р юрид. наук, проф.; О.В. Петришин, д-р юрид. наук, проф.; В.М. Бевзенко, д-р юрид. наук, проф.; А.М. Бойко, д-р юрид. наук; П.Б. Стецюк, канд. юрид. наук, проф.; П.П. Андрушко, канд. юрид. наук, проф.; М.Й. Вільгушинський, д-р юрид. наук; М.І. Цуркан, канд. юрид. наук; Я.М. Романюк, канд. юрид. наук; Г.А. Кравчук, канд. юрид. наук
Адреса редколегії	02017, Київ-17, вул. Володимирська, 60, юридичний факультет ☎ (38044) 239 31 67
Затверджено	Вченою радою юридичного факультету 27.03.17 (протокол № 6)
Включено	до Переліку наукових фахових видань України. Міністерство освіти і науки України. Наказ № 747 від 13.07.15
Зареєстровано	Міністерством юстиції України. Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16528-5000Р від 19.04.10
Засновник та видавець	Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет". Свідоцтво внесено до Державного реєстру ДК № 1103 від 31.10.02
Адреса видавця	01601, Київ-601, 6-р Т.Шевченка, 14, кімн. 43 ☎ (38044) 239 31 72, 239 32 22; факс 239 31 28

ЗМІСТ

Боднар Т. Особливості договору про закупівлю	5
Краснова М. Науково-методологічні питання розвитку сучасного екологічного права	7
Позняк Е., Шомпол О. Круглий стіл "Конституційні засади аграрного, земельного та екологічного права України: 20 років розвитку" (2 частина)	11
Маховенко Є., Гришкевич Л. Деякі аспекти реформування судової системи в Литві в 1994–1996 роках	17
Кікалішвілі М. Соціологічні теорії девіантної поведінки (теорії аномії Е. Дюркгейма, Р. Мертон та теорії соціального контролю і регулювання Т. Хірши, К. Реклеса)	22
Попова А. Поняття, ознаки та види професійної фінансової діяльності	25
Клепікова О. Систематика видів транспортної діяльності	29
Апанасенко К. Оборотоздатність прав за документами дозвільного характеру: постановка проблеми	32
Мацелюх І. До проблеми стратифікації церковних правопорушень Руської держави в історіографічній літературі	41
Радченко Л. Трансформація розуміння категорії шлюб за законодавством окремих держав	43
Шатіло В. Поняття та основні ознаки конституційного механізму державної влади	47
Заярний О. До питання щодо формування цілей та завдань адміністративно-деліктної політики України в інформаційній сфері	50
Краснова Ю. Об'єктивні передумови розвитку норм та відносин права екологічної безпеки	55
Булкат М. Система ознак судової влади: теоретико-правова характеристика	59
Кобан О. Правові обмеження та самообмеження державної влади	63
Іскендеров Е. Кримінальні процесуальні гарантії детективів національного антикорупційного бюро України як суб'єктів доказування у досудовому розслідуванні	70
Коваленко Б. Юридична природа джерел екологічного права та їх ознаки	74
Раца В. Документи як джерело інформації, необхідної для належної організації та діяльності судів	78
Іванов О. Політико-правове оформлення інтеграції Кримського Ханства до складу Російської імперії (1783 р. – середина XIX ст.)	82
Леко Б. Особистість медіатора: проблема професійної придатності (у контексті необхідності ухвалення Закону України "Про медіацію")	85
Мельниченко Р. Поняття, сутність і призначення податкового контролю трансфертного ціноутворення в Україні	91
Цірат К. Міжнародно-правова уніфікація форми угоди про вибір права у договірних відносинах	98
Львов Б. Недобросовісне використання добре відомих торговельних марок та комерційних найменувань	104

СОДЕРЖАНИЕ

Боднар Т. Особенности договора о закупке	5
Краснова М. Научно-методологические вопросы развития современного экологического права	7
Позняк Э., Шомпол Е. Круглый стол "Конституционные основания аграрного, земельного и экологического права Украины: 20 лет развития" (2 часть)	11
Маховенко Е., Гришкевич Л. Некоторые аспекты реформирования судебной системы в Литве в 1994–1996 годах	17
Кикалишвили М. Социологические теории девиантного поведения (теории аномии Э. Дюркгейма, Р. Мертона и теории социального контроля и регулирования Т. Хирши, К. Реклеса)	22
Попова А. Понятие, признаки и виды профессиональной финансовой деятельности	25
Клепикова О. Систематика видов транспортной деятельности	29
Апанасенко Е. Оборотоспособность прав согласно документам разрешительного характера: постановка проблемы	32
Мацелюх И. К проблеме стратификации церковных правонарушений Русского государства в историографической литературе	41
Радченко Л. Трансформация понимания категории брак по законодательству отдельных стран	43
Шатило В. Понятие и основные признаки конституционного механизма государственной власти	47
Заярный О. К вопросу о формировании целей и заданий административно-деликтной политики Украины в информационной сфере	50
Краснова Ю. Объективные предпосылки развития норм и отношений права экологической безопасности	55
Булкат М. Система признаков судебной власти: теоретико-правовая характеристика	59
Кобан О. Правовые ограничения и самоограничение государственной власти	63
Искендеров Э. Уголовные процессуальные гарантии детективов Национального антикоррупционного бюро Украины как субъектов доказывания в досудебном расследовании	70
Коваленко Б. Юридическая природа источников экологического права и их признаки	74
Раца В. Документы как источник информации, необходимой для надлежащей организации и деятельности судов	78
Иванов А. Политико-правовое оформление интеграции Крымского Ханства в состав Российской империи (1783 г. – середина XIX в.)	82
Леко Б. Медиатор: проблема профессиональной компетентности (в контексте необходимости принятия Закона Украины "О медиации")	85
Мельниченко Р. Понятие, сущность и назначение налогового контроля трансфертного ценообразования в Украине	91
Цират Е. Международно-правовая унификация формы соглашения о выборе права в договорных отношениях	98
Львов Б. Недобросовестное использование торговых марок и коммерческих наименований	104

CONTENTS

Bodnar T. Features of the procurement contract	5
Krasnova M. Scientific and methodological issues of the development of modern environmental law.....	7
Pozniak E., Shompol O. Round table "Constitutional basis of agricultural, land and environmental law of Ukraine: 20 years of development" (Part 2).....	11
Machovenko E., Grishkevich L. Some aspects of reforming the judicial system in Lithuania in 1994–1996.....	17
Kikalishvili M. Sociological theories of deviant behavior (anomie theory of Emile Durkheim, Robert Merton and the theory of social control and regulation of T. Hirsch, K. Relesia).....	22
Popova A. Concept, characteristics and types of professional financial activity	25
Klepikova O. Systematics of types of transport activity	29
Apanasenko K. Tradability of rights providing by permissive documents: definition of the problem	32
Matselyukh I. The problem of stratification of canonical offences of the Rus state in historiographical literature	41
Radchenko L. Transformation of understanding category marriage in the legislation of foreign countries	43
Shatilo V. Concept and main features of the constitutional state power mechanism	47
Zaiarnyi O. Towards the issue of formation of aims and objectives of administrative and tort policy of Ukraine in the information sphere	50
Krasnova J. The objective conditions standards development and relations law environmental safety	55
Bulkat M. The system features the judiciary: theoretical and legal description	59
Koban O. The legal limitations and self-limitation of state power	63
Iskenderov E. Criminal procedural guarantees detectives National Anti-Corruption Bureau of Ukraine as subjects of proof in pre-trial investigation	70
Kovalenko B. The legal nature of the sources of environmental law and their signs	74
Ratsa V. Documents as a source of information necessary for the proper organization and operation of court	78
Ivanov O. Political and legal arrangement of the Crimean Khanate integration into the Russian Empire framework (1783 – mid-XIX century)	82
Leko B. Mediators person: the problem of professional competence (necessary in the context of the Law of Ukraine "On mediation")	85
Melnychenko R. Concept, essence and purpose of transfer pricing tax control in Ukraine	91
Tsirat K. International legal forms of unification agreement choice of law in contractual relations.....	98
Lvov B. Head of the Supreme Economic Court of Ukraine, Kyiv, Ukraine	104

ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВОРУ ПРО ЗАКУПІВЛЮ

Досліджено особливості договору про закупівлю, що стосуються обмеження договірної свободи, зміни істотних умов договору, нікчемності договору, забезпечення виконання зобов'язань за договором.

Зазначені особливості зумовлені тим, що договір про закупівлю опосередковує здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави та територіальної громади.

Ключові слова: *договір про закупівлю, особливості укладання договору про закупівлю, нікчемність договору про закупівлю, забезпечення виконання договору про закупівлю.*

Останнім часом для забезпечення потреб держави та територіальної громади в товарах, роботах і послугах у нашій країні дедалі ширше застосовують публічні закупівлі. За результатами проведення процедури закупівлі між замовником й учасником укладається договір про закупівлю, що передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари.

Визначення поняття договору про закупівлю, закріплене в п. 5 ст. 1 Закону України від 25 лютого 2015 р. "Про публічні закупівлі" [1] (далі – Закон), як договору, що укладається між замовником й учасником за результатами проведення процедури закупівлі та передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари, на наш погляд, є дещо неповним і неточним. Зокрема, ідеться про таку ознаку зазначеного договору як "набуття права власності на товари".

Безумовно, наведене визначення поняття договору про закупівлю ґрунтується на закріпленому в ст. 655 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) визначенні поняття договору купівлі-продажу, згідно з яким за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцю), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму. Проте, якщо виходити з положень ч. 1 ст. 133, ст. 136, 137 Господарського кодексу України (далі – ГК України), що передбачає особливості регулювання майнових зобов'язань, які виникають між учасниками господарських відносин (абз. 2 ч. 1 ст. 175 ГК України), і враховувати існуючі реалії, то постає потреба в доповненні п. 5 ст. 1 Закону після слів "права власності" словами "права господарського відання або права оперативного управління". Так само ст. 655 ЦК України доцільно після слова "власність" доповнити словами "у господарське відання або оперативне управління", оскільки внаслідок виконання договору купівлі-продажу чи договору поставки покупець не завжди набуває саме право власності на проданий (поставлений) йому товар. Таким правом може бути також право господарського відання (для державного комерційного підприємства – ч. 2 ст. 74 ГК України) або право оперативного управління (для казенного підприємства – ч. 3 ст. 76 ГК України). Крім того, на праві господарського відання майно закріплюється, наприклад, за державним або комунальним вищим навчальним закладом (абз. 1 ч. 2 ст. 70 Закону України від 1 липня 2014 р. "Про вищу освіту" [2]), а на праві оперативного управління – за військовими частинами (п. 3 Положення про порядок обліку, зберігання, списання та використання військового майна у Збройних силах, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 4 серпня 2000 р. № 1225 [3]) тощо.

Аналіз змісту Закону дає підстави для висновку про те, що договір про закупівлю не можна кваліфікувати як окремий (самостійний) вид цивільного договору. Правова категорія "договір про закупівлю" служить, на наш

погляд, узагальненою назвою для позначення і, водночас, характеристики цивільно-правових договорів (купівлі-продажу, поставки, будівельного підряду, про надання послуг тощо), що укладаються за результатами процедури закупівлі.

Особливість договору про закупівлю полягає в тому, що він є одним з обмежувачів дії принципу свободи договору (договірної свободи), зміст якого розкривається у ст. 627 ЦК України, яка з посиланням на ст. 6 ЦК України, що встановлює співвідношення актів цивільного законодавства і договору, визначає ті елементи принципу свободи договору, щодо яких сторони є вільними. Це укладання договору, вибір контрагента, визначення умов договору.

При цьому обмежувальна дія договору про закупівлю поширюється на всі три зазначені елементи.

Як встановлено ч. 1 ст. 36 Закону, договір про закупівлю укладається відповідно до норм ЦК та ГК України з урахуванням особливостей, визначених зазначеним Законом. Розглянемо деякі із цих особливостей.

Зокрема, як виняток з положення ч. 1 ст. 627 ЦК України "сторони є вільними ... у виборі контрагента", у договорі про закупівлю **замовник обмежений у виборі контрагента**, оскільки договір про закупівлю укладається з переможцем процедури закупівлі, тобто учасником, тендерна пропозиція якого відповідає всім критеріям та умовам, що визначені в тендерній документації, і визнана найбільш економічно вигідною, та якому замовник повідомив про намір укласти договір, або учасником, якому замовник повідомив про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі (п. 15 ст. 1 Закону).

На відміну від положення ч. 1 ст. 627 ЦК України "сторони є вільними в укладанні договору" Закон встановлює **обов'язок замовника укласти договір** про закупівлю з учасником, який визнаний переможцем торгів упродовж терміну дії його пропозиції, не пізніше ніж через 20 днів з дня ухвалення рішення про намір укласти договір про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації та пропозиції учасника-переможця. З метою забезпечення права на оскарження рішень замовника договір про закупівлю не може бути укладено раніше ніж через 10 днів з дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір про закупівлю (ч. 2 ст. 32 Закону).

Обов'язок укласти договір з учасником процедури закупівлі, якого визнано переможцем, покладено Законом (абз. 11 ч. 2 ст. 34 Закону) на замовника і в разі застосування конкурентного діалогу.

Крім того, учасник – переможець процедури закупівлі під час укладання договору має **надати дозвіл або ліцензію** на провадження певного виду господарської діяльності, якщо отримання такого дозволу або ліцензії на провадження такого виду діяльності передбачено законодавством (ч. 2 ст. 36 Закону).

Що стосується закріпленого в ч. 1 ст. 627 ЦК України *вільного визначення умов договору*, то свобода сторін договору про закупівлю теж обмежена, оскільки згідно з абз. 1 ч. 4 ст. 36 Закону умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту тендерної пропозиції за результатами аукціону (у т. ч. ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі або ціни пропозиції учасника в разі застосування переговорної процедури. У зв'язку із цим вважаємо за доцільне внести зміни до ч. 5 ст. 179 ГК України і викласти її в такій редакції:

"5. Зміст договору, що укладається на підставі державного оборонного замовлення, має відповідати цьому замовленню.

Зміст договору про закупівлю повинен відповідати вимогам, встановленим Законом України "Про публічні закупівлі".

Окрім особливостей укладання договору про закупівлю, Законом встановлені також певні *особливості щодо зміни його істотних умов*.

Так, згідно з п. 7 ч. 2 ст. 22 Закону тендерна документація має містити, зокрема, проект договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку змін його умов.

Як встановлено абз. 1 ч. 1 ст. 638 ЦК України, договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору.

Істотними умовами договору згідно з абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів зазначеного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Аналогічну за змістом, хоч дещо відмінну редакційно, норму містить ч. 2 ст. 180 ГК України. При цьому в ч. 3 зазначеної статті уточнюється, що при укладанні господарського договору сторони зобов'язані в будь-якому разі погодити предмет, ціну та термін дії договору.

За загальним правилом, встановленим ч. 4 ст. 36 Закону, істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім випадків:

- зменшення обсягів закупівлі, зокрема з урахуванням фактичного обсягу видатків замовника;
- зміни ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку, за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі;
- поліпшення якості предмета закупівлі за умови, що воно не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі;
- продовження терміну дії договору та виконання зобов'язань щодо передання товару, виконання робіт, надання послуг у разі виникнення документально підтверджених об'єктивних обставин, що спричинили таке продовження, у тому числі непереборної сили, затримки фінансування витрат замовника, за умови, що такі зміни не призведуть до збільшення суми, визначеної в договорі;
- узгодженої зміни ціни в бік зменшення (без зміни кількості (обсягу) та якості товарів, робіт і послуг);
- зміни ціни у зв'язку зі зміною ставок податків і зборів пропорційно до змін таких ставок;
- зміни встановленого згідно із законодавством органами державної статистики індексу споживчих цін, зміни курсу іноземної валюти, зміни біржових котирувань або показників Platts [4], регульованих цін (тарифів) і нормативів, які застосовуються в договорі про закупівлю, у разі встановлення в договорі про закупівлю порядку зміни ціни;
- зміни умов у зв'язку із застосуванням положень частини п'ятої цієї статті, тобто в разі, якщо дія договору про закупівлю продовжується на термін, достат-

ній для проведення процедури закупівлі на початку наступного року, в обсязі, що не перевищує 20 відсотків суми, визначеної в договорі, укладеному в попередньому році, якщо видатки на цю мету затверджено в установленому порядку.

Докладно зміст кожного із випадків розкрито в Роз'ясненні Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 27 жовтня 2016 р. № 3302-06/34307-06 "Щодо зміни істотних умов договору про закупівлю" [5].

Оскільки договір про закупівлю (якщо відволіктися від його конкретного виду – купівлі-продажу, поставки, підяду тощо) є двостороннім правочином, то на нього поширюються положення ЦК України щодо недійсності правочинів. Проте і ці положення доповнені Законом (ст. 37. Недійсність договору про закупівлю), що дозволяє говорити про *нікчемність договору про закупівлю*.

Відповідно до ст. 37 Закону договір про закупівлю є нікчемним у разі:

- його укладання з порушенням вимог ч. 4 ст. 36 цього Закону. Очевидно, що тут йдеться не про всю частину 4, а лише про те, що умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту тендерної пропозиції за результатами аукціону (у т. ч. ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі або ціни пропозиції учасника в разі застосування переговорної процедури;
- його укладання в період оскарження процедури закупівлі відповідно до ст. 18 Закону. Як передбачено ч. 7 зазначеної статті, у разі прийняття скарги до розгляду електронна система закупівель автоматично призупиняє початок електронного аукціону та не оприлюднює договір про закупівлю і звіт про результати проведення процедури закупівлі.

Замовнику забороняється вчиняти будь-які дії та приймати будь-які рішення щодо закупівлі, у тому числі укладання договору про закупівлю, крім дій, спрямованих на усунення порушень, зазначених у скаргі.

У будь-якому разі укладання договору про закупівлю під час оскарження забороняється;

в) його укладання з порушенням термінів, передбачених ч. 2 ст. 32 та абз. 8 ч. 3 ст. 35 Закону, крім випадків зупинення перебігу термінів у зв'язку з розглядом скарги органом оскарження відповідно до ст. 18 цього Закону.

Згідно із ч. 2 ст. 32 Закону замовник укладає договір про закупівлю з учасником, який визначений переможцем торгів упродовж терміну дії його пропозиції, не пізніше ніж через 20 днів від дня ухвалення рішення про намір укласти договір про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації та пропозиції учасника-переможця. З метою забезпечення права на оскарження рішень замовника договір про закупівлю не може бути укладено раніше ніж через 10 днів від дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

Абзац 8 ч. 3 ст. 35 Закону встановлює, що замовник має право укласти договір про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі у термін не раніше ніж через 10 днів (п'ять днів – у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених п. 3 ч. 2 цієї статті, а також у разі закупівлі нафти, нафтопродуктів сирих, електричної енергії, послуг із її передання та розподілу, централізованого постачання теплової енергії, централізованого постачання гарячої води, послуг із централізованого опалення, послуг поштового зв'язку, поштових марок і маркованих конвертів, телекомунікаційних послуг, у тому числі з трансляції радіо- та телесигналів, послуг із централізованого водопостачання та/або водовідведення та послуг із перевезення залізничним транспортом загального користування) від дня оприлюднення на

веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі.

Ще одна особливість стосується *забезпечення виконання зобов'язань* за договором про закупівлю.

Статтею 26 Закону встановлено новий, досить своєрідний [не має власної назви. – Т. Б.], вид забезпечення виконання договору про закупівлю – *внесення учасником-переможцем не пізніше дати укладання договору про закупівлю забезпечення виконання* такого договору (якщо внесення такого забезпечення передбачено тендерною документацією), розмір якого не може перевищувати 5 відсотків вартості договору.

Замовник повертає забезпечення виконання договору про закупівлю після виконання учасником – переможцем договору, а також у разі визнання судом результатів процедури закупівлі або договору про закупівлю недейсними та у випадках, передбачених ст. 37 цього Закону [нікчемність договору про закупівлю. – Т. Б.], а також згідно з умовами, зазначеними в договорі, але не пізніше ніж упродовж п'яти банківських днів від дня настання зазначених обставин.

Кошти, що надійшли як забезпечення виконання договору (у разі, якщо вони не повертаються), підлягають перерахуванню до відповідного бюджету, а в разі здійснення закупівлі юридичними особами (їхніми об'єднаннями) не за бюджетні кошти – перераховуються на рахунок таких юридичних осіб (їхніх об'єднань).

Вважаємо, що такий вид забезпечення цілком узгоджується з положеннями ч. 2 ст. 546 ЦК України, відповідно до якої договором або законом можуть бути вста-

новлені інші, крім зазначених у ч. 1 ст. 546 ЦК України, види забезпечення виконання зобов'язання. Водночас із метою уніфікації застосування термінології було б доцільно у ст. 26 Закону слова "забезпечення виконання договору про закупівлю" замінити словами "забезпечення виконання зобов'язань за договором про закупівлю".

Проведене дослідження дозволяє стверджувати, що договір про закупівлю, як узагальнююча правова категорія договору, що укладається між замовником й учасником за результатами проведення процедури закупівлі, має свої особливості, зумовлені, на нашу думку, його публічним характером: договір опосередковує здійснення закупівель товарів, робіт і послуг *для забезпечення потреб держави та територіальної громади*.

Особливості договору про закупівлю стосуються: обмеження договірної свободи (укладання договору, вибору контрагента, визначення умов договору); зміни істотних умов договору; нікчемності договору; забезпечення виконання зобов'язань за договором.

Список використаних джерел

1. Відомості Верховної Ради. – 2016. – № 9. – Ст. 89.
2. Відомості Верховної Ради. – 2014. – № 37–38. – Ст. 2004.
3. Офіційний вісник України. – 2000. – № 32. – Ст. 1366.
4. У ст. 14 Податкового кодексу України зазначено, зокрема, що Platts – міжнародна, глобальна уніфікована система інформаційного моніторингу за динамікою ринку та ціноутворенням у галузі добувної та паливно-енергетичної промисловості. Показники Platts – індекси, що офіційно визначені світовим інформаційним агентством Platts і є базою для використання суб'єктами господарської діяльності.
5. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.ua-tenders.com.

Надійшла до редколегії 04.12.16

Т. Боднар, д-р юрид. наук, проф.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ОСОБЕННОСТИ ДОГОВОРА О ЗАКУПКЕ

Исследуются особенности договора о закупке, касающиеся ограничения договорной свободы, изменения существенных условий договора, ничтожности договора, обеспечения исполнения обязательств по договору.

Указанные особенности обусловлены тем, что договор о закупке опосредует осуществление закупок товаров, работ и услуг для обеспечения потребностей государства и территориальной громады.

Ключевые слова: договор о закупке, особенности заключения договора о закупке, ничтожность договора о закупке, обеспечение исполнения договора о закупке.

T. Bodnar, Doctor of Law, Professor

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

FEATURES OF THE PROCUREMENT CONTRACT

In the article the features of the procurement contract relating to the contractual limitations freedom, change essential terms of the contract, nullity of contract, enforcement of obligations under the contract.

These features are due to the fact that the purchase agreement mediates the procurement of goods, works and services to meet the needs of the state and territorial communities.

Key words: procurement contract, peculiarities of conclusion of the procurement contract, the nullity of the procurement contract, the enforcement of the procurement contract.

УДК 349.6

М. Краснова, д-р юрид. наук, проф.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

НАУКОВО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ РОЗВИТКУ СУЧАСНОГО ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА

Проаналізовано еволюційні шляхи формування національного екологічного права як науки та навчальної дисципліни, окреслено можливі шляхи його майбутнього розвитку в контексті перегляду його науково-методологічних засад.

Ключові слова: правові форми взаємодії суспільства і природи, еволюція екологічного права, пріоритети розвитку екологічного права.

Вступ. Нещодавно українська правова наука відзначила 95-літній ювілей одного із фундаторів земельного, аграрного, екологічного та природоресурсного права – Василя Лук'яновича Мунтяна, чия професійна діяльність, наукова творчість та життєва позиція є взірцем для людської гідності, фаховості, поваги до ближнього та до Батьківщини [1]. Більшість своїх праць уче-

ний присвятив питанням правової охорони природи, окремих природних компонентів, забезпечення раціонального використання природних ресурсів і юридичний відповідальності за порушення вимог законодавства про охорону природи. На засадах його вчення про основні форми взаємодії суспільства і природного середовища та їх опосередкування у праві за останні десяти-

титіття в Україні розвинулася потужна галузь правової науки та навчальної дисципліни – екологічне право. Із цієї позиції цікавими є питання шляхів формування та розвитку його науково-методологічних засад.

Актуальність теми дослідження обумовлена поглибленням розуміння об'єктивних процесів у взаєминах суспільства і природи на засадах надбав дотичних до правових наук галузей – філософії, екології, соціології та інших, що присвячені перегляду ціннісних орієнтирів у процесах світової глобалізації, зумовлених сучасними викликами, у тому числі погіршенням екологічної ситуації, та які допомагають пошукам ефективних правових механізмів їх урегулювання.

Рівень розробленості зазначених питань традиційно вважають досить високим. В Україні сформовано за останні десятиліття кілька шкіл екологічного права [2], доробком яких є переважно спільні підходи до його предмета, методів, системи, об'єктів та джерел, викладені в найвищій формі наукового опосередкування – у підручниках з екологічного права [3]. Водночас, як і для будь-якої правової науки та навчальної дисципліни, для екологічного права концептуальними залишаються питання її становлення як системи обґрунтованих поглядів, підходів до того типу правовідносин, що підлягають регулюванню його правовими нормами, до еволюції їх формування та розвитку, до об'єкта цієї галузі права, до методів правового регулювання правовідносин, на які спрямовані її норми, до системи, джерел, структурних елементів, політичних, суспільних, економічних та інших соціальних чинників, що впливають на її сучасний стан та шляхи вдосконалення. З таких міркувань відповідний інтерес представляють питання еволюції екологічного права та пріоритетів у його розвитку.

Виклад основного матеріалу. Так, *еволюція*, як відомо, це наукова категорія, що розглядається переважно в біології (від лат. *evolutio* – *розгортання*) та означає процес незворотних змін у будові та функціях живих організмів упродовж їхнього історичного розвитку [4]. Вважають, що її наслідком є пристосованість організмів до умов середовища життя. Як відомо, еволюційну гіпотезу висунув видатний французький учений Жан-Батіст Ламарк (1744–1829) – людина енциклопедичних знань і великого таланту. Саме він стояв біля витоків сучасної екології, перший хто запропонував термін *біологія* (1802), обґрунтував уявлення про окрему "сферу життя" на Землі, згодом названу біосферою, уперше проводив спостереження за психічною діяльністю тварин, заснував палеонтологію безхребетних. За Ламарком, еволюція – це процес набуття корисних ознак, які успадковуються потомством.

Водночас, термін *еволюція* застосовують і в інших, окрім біології, науках, для дослідження, у тому числі, багатьох соціальних явищ у значенні вивчення процесів їх розвитку. Зокрема, ідеться про еволюцію людини, еволюцію суспільства, держави, права, науки тощо. З огляду на це, розглядаючи еволюцію науки та галузі екологічного права у значенні процесу набуття ними корисних ознак, доцільно встановити, чи ж набули вони відповідних якісних ознак з погляду власне їх ефективності, значимості для суспільства, держави й окремої особи.

Загальновідомо, що основи сучасного екологічного права виникають на засадах уже існуючих цивільного, земельного права, у межах яких урегульовували передусім правовідносини права власності на окремі компоненти довкілля, особливо земель, надр. При цьому право власності на природні ресурси розглядали безальтернативно, тобто, усією системою законодавства захищали власність вельмож, потім держави, меншою мірою – власність громад чи суспільства. Очевидно, що

питання корисності, як основної риси еволюції, мали місце тут лише тоді, коли йшлося про використання корисних властивостей природних ресурсів, отримання при цьому надприбутків від такого використання природи, та коли від таких надприбутків розпочинається так званий науково-технічний прогрес, який призводить до техногенного впливу на навколишнє природне середовище та до значного його забруднення виробничими відходами, скидами, відходами. Відтак розвиток науково-технічного прогресу як ідеологія переважає в розумінні еволюційного розвитку суспільства.

Водночас, *пріоритет* – це наукове поняття, яке в семантичному значенні розглядають, по-перше, як *першість* у часі при здійсненні будь-якої *діяльності*, по-друге, як *перевагу*, переважне, першочергове значення чого-небудь (наприклад об'єкта), по-третє, як *ціль*, якій надається перевага в чому-небудь [5]. З огляду на це, пріоритетами у праві доцільно розглядати: а) цілі і завдання відповідного законодавства; 2) направленість цієї галузі на відповідні об'єкти права і, відповідно, 3) види діяльності щодо таких об'єктів, внаслідок чого формується відповідний тип суспільних відносин, що потребують урегулюванню нормами такого законодавства.

Очевидно, що пріоритети в екологічному праві визначаються передусім положеннями його законодавства. Так, уже у Преамбулі Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" (далі – Закон) визначається пріоритетність сфери правового регулювання – охорона навколишнього природного середовища, раціональне використання природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки життєдіяльності людини як невід'ємної умови сталого економічного та соціального розвитку України. У такий спосіб законодавець визначає *цілі* цієї галузі та конкретизує їх у *завданнях* законодавства, закріплених у ст. 1 Закону.

З-поміж зазначених напрямів правового регулювання виокремлюється пріоритетна сфера. Зокрема, тут такі, у Преамбулі Закону проголошується, що наша держава із цією ціллю здійснює на своїй території екологічну політику, спрямовану на *збереження безпечного для існування живої і неживої природи навколишнього середовища*, захист життя і здоров'я населення від негативного впливу, зумовленого забрудненням довкілля, досягнення гармонійної взаємодії суспільства і природи, раціональне використання та відтворення природних ресурсів. Відповідно, пріоритети визначаються передусім у предметі екологічного права, тобто в тих *напрямах суспільної діяльності, що підлягають регулюванню нормами екологічного права та законодавства*.

З позиції згаданої взаємодії суспільства і природи, у науці екологічного права її традиційно розглядають еволюційно в єдності кількох її історичних форм, опосередкованих у праві: економічна (природокористування), екологічна або охоронна (природоохоронна сфера), захисна (сфера по забезпеченню екологічної безпеки). Доцільно звернути й на поступальний характер предмета екологічного права в контексті еволюції зазначених правових форм взаємодії суспільства і природи: до 60-х рр.в минулого століття переважала сфера правового регулювання використання природних ресурсів; із 60-х до початку 90-х рр. цього ж століття – сфера регулювання природокористування та правової охорони природи; з кінця 90-х рр. донині – регулювання зазначених вище трьох сфер. Водночас з урахуванням згаданої у Преамбулі Закону сфери *відтворення природних ресурсів*, у науці екологічного права України свого часу запропоновано цю тріаду доповнити таким типом суспільно корисної діяльності як відносини з відновлення (відтворення) природного середовища, які відобра-

жають таку сучасну форму взаємодії суспільства і природи як *компенсаційну*, у межах якої реалізуються засади сталого розвитку [6].

Про характер еволюційних процесів в екологічному праві та законодавстві наголошують й у спеціальній літературі. Зокрема, на думку В.І. Андрейцева еволюцію наукових доктрин екологічного права розглянуто як відповідний внесок окремих персоналій у розробку конкретних доктрин і концепцій, що сформувалися під впливом аналізу відповідного законодавства, та яке було актуальним у той чи інший історичний проміжок часу на теренах України [7].

Звичайно, ставлення Людини до Природи завжди опосередковується суспільними відносинами і структурами, насамперед політичною і правовою системою, станом виробничих відносин. Ось із таких міркувань і виникає питання: чи пройшли еволюційні процеси складові екологічного права, такі як його предмет, методи, система законодавства та суспільний і державний інтерес щодо ефективного регулювання екологічних правовідносин, здатного забезпечити виконання і дотримання законів Природи? Чи набули вони корисних, еволюційних ознак у розумінні їх представниками науки екологічного права?

Напевно, відповіді на ці запитання доцільно знаходити в розумінні спрямованості екологічних правовідносин на конкретні об'єкти правового регулювання (природні ресурси, природне середовище, життя і здоров'я людини в цьому середовищі), однак не в усіх видах цими правовідносинами реально охороняється і захищається саме Природа. Отож, з урахуванням вище викладеного, доцільно визначитися з таким значенням пріоритету як *пріоритетність об'єктного складу* екологічних правовідносин. Наприклад, якщо брати до уваги завдання законодавства, визначені ст. 1 Закону, то такими завданнями є регулювання відносин щодо охорони, використання і відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки, запобігання та ліквідації негативного впливу господарської та іншої діяльності на довкілля, збереження природних ресурсів, генетичного фонду живої природи, ландшафтів й інших природних комплексів, унікальних територій і природних об'єктів, пов'язаних з історико-культурною спадщиною. І усього наведеного випливає, що основним об'єктом екологічного права є *природа* і все, що з нею пов'язано. Такий же контекст зафіксовано і в ч. 1 та 2 ст. 5 Закону, які визначають об'єкти охорони навколишнього природного середовища. Іншими словами, пріоритет в об'єкті екологічного права Законом чітко визначений – це природа. Хоча більшість фахівців не поділяє таку думку, стверджуючи, що природи в її первісному стані не існує, є певною мірою перетворений її варіант у значенні навколишнє природне середовище, чи навколишнє середовище.

Крім зазначеного, відповідно до ч. 3 ст. 5 Закону, державній охороні від негативного впливу несприятливої екологічної обстановки підлягає також *здоров'я і життя людей*. Таке законодавче положення дозволило в еколого-правовій літературі наполягати на так званій гуманістичній спрямованості сучасного екологічного права [7]. При цьому така позиція посилюється положенням ст. 3 Конституції України, що визначає людину найвищою соціальною цінністю, хоч гуманістична спрямованість пронизує все національне право і законодавство (а не лише екологічне) як соціальне явище. Зазначений антропоцентричний науковий підхід є підтвердженням помилковості розуміння концептуальних засад фактичної взаємодії Суспільства і Природи, схилянням до позиції так званого панування Людини над Природою, спробою виправдати існуючі наслідки людської

діяльності, розвитком науково-технічного прогресу, які й призводять до незворотних процесів у самій Природі, тим, що, мовляв, Природі байдуже до цих процесів, адже це є наслідком існування Людини як частини самої Природи, як власне і самій Людині не цікаво, що буде після того, як її самої не стане.

На мою думку, життя та здоров'я людини, які начебто підлягають охороні екологічним правом, – це лише природні атрибути правового статусу людини і громадянина, який визначається, охороняється та захищається всією системою національного законодавства. Адже не даремно забезпечення середовища життєдіяльності людини як невід'ємної умови сталого економічного та соціального розвитку України, про що згадується у преамбулі Закону, безпосередньо врегульовується законодавством про охорону здоров'я, конкретизується Законом України "Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення", де власне право на безпечне для життя та здоров'я навколишнє природне середовище є складовою частиною до конституційного права на життя та на охорону здоров'я.

Водночас, якщо брати до уваги значення *пріоритетів як першість у здійсненні в екологічній сфері діяльності*, яка підлягає регулюванню екологічним правом, то в сучасних умовах пріоритет доцільно надати сфері забезпечення екологічної безпеки. Для обґрунтування такого твердження можна брати до уваги теоретичні положення про норми-пріоритети, тобто ті конкретні правові норми, які своїм змістом встановлюють правові переваги, зокрема в галузі екології. Такою нормою можна вважати ст. 3 Закону, що визначає основні принципи галузі, а саме: *пріоритетність вимог екологічної безпеки*, обов'язковість дотримання екологічних стандартів, нормативів і лімітів використання природних ресурсів при здійсненні господарської, управлінської та іншої діяльності (п. "а"); *гарантування екологічно безпечного середовища* для життя та здоров'я людей (п. "б"); *попереджувальний характер заходів* з охорони навколишнього природного середовища (п. "в").

Зазначені принципи відображають законодавче визначення *"екологічної безпеки"* як такого *стану навколишнього природного середовища*, при якому забезпечується *запобігання* погіршенню екологічної обстановки і виникненню небезпеки для здоров'я людей. Екологічна безпека гарантується громадянам України здійсненням широкого комплексу взаємопов'язаних політичних, економічних, технічних, організаційних, державно-правових та інших заходів" (ст. 50 Закону). Очевидно, що такі заходи доцільно визнати заходами екологічної безпеки, які за своєю суттю та характером є компенсаційними, тобто такими, що спрямовані як на відтворення (відновлення) раніше порушеного природного середовища, так і на впровадження новітніх екологічних безвідходних виробництв і безпечних сфер господарювання, здатних унеможливити виникнення екологічної небезпеки для всього живого.

З таких міркувань проблеми науки та галузі екологічного права споглядаються в багатьох питаннях, особливо у підходах до її оптимальної назви – право довкілля чи довкільне право, право навколишнього середовища чи екологічне право, а також до їх предмета, об'єктів, джерел та системи.

На мою думку, вирішити низку кардинальних науково-методологічних питань науки екологічного права можна шляхом урахування сучасних підходів до історії, філософії та методології соціальних наук [8], серед яких виокремлюють так звані *концепти*, тобто складові будь-якої теорії, найбільш змістовними серед яких називають *принципи*, на другому місці ставлять *закони*, і

лише потім розглядають *поняття* [8, с. 15]. З таких міркувань, для розуміння сутнісних характеристик екологічного права та законодавства як галузі права, наука екологічного права має розглядати насамперед основні засади або ж принципи екологічного права, які базуються передусім на науково-методологічних засадах екології як соціальної науки, лише потім – на міжнародно-правових началах, визначених у міжнародно-правових документах, та які відображають спільні суспільні прагнення людства щодо свого екологічного розвитку й існування. Якщо предметом екології є взаємодія людей із природою, то предметом екологічного права стає сама екологія, що розглядається як сукупність умов забезпечення відповідних прав людей при їх взаємодії із природою.

З урахуванням зазначеного в літературі порушується питання *концепту* *Природи* в сучасному екологічному праві [9], коли природу розглядають через сукупність економічних, екологічних і духовних її атрибутів, які й формують основи, або ж принципи взаємодії людства із природою. Недарма в сучасних умовах найбільшу увагу приділено духовному атрибуту природи, про що прямо зазначається в цілях державної екологічної політики України [10], особливо щодо наукового та правового обґрунтування підвищення рівня екологічної свідомості, а в її межах – еколого-правової освіти і виховання.

Для підтвердження таких підходів доцільно звернутися до положень екологічної філософії (філософії екології), які наголошують, що "найвищим досягненням еволюції на Землі є людський розум, яким досягнуті існуючі закони *Природи* та які людина прагне пов'язати в єдину логічну схему з метою чогось передбачити. Насправді мудрою є лише сама Природа, яка й дотримується відповідних законів у якійсь, на погляд неосвяченої людини, ірраціональній, зовнішньо зовсім не логічній формі. У важких умовах сучасної екологічної кризи взагалі навряд чи можна передбачити щось серйозне.... Адже скільки разів Природа доводила нам неспроможність наших найоптимістичніших логічних умовиводів. Якщо придивитися до перемог Людини над Природою, то можемо виявити, що кожна перемога, крім тих наслідків, на які ми розраховували, має непередбачувані наслідки. Ми належимо Природі, перебуваємо в її лоні, і панування над нею може означати те, що ми можемо, пізнаючи її закони, лише правильно їх застосовувати" [11].

З огляду на вищезазначене гуманістична спрямованість екологічного права має відображати світові тенденції до захисту усього живого на планеті Земля, передусім об'єктів біологічного різноманіття, об'єктів тваринного і рослинного світу як необхідних компонентів у єдиній екологічній системі, адже за даними деяких прогнозів лише глобальні кліматичні зміни можуть призвести до одночасної загибелі великої кількості тварин і рослин, співмірних із загибеллю динозаврів. А вирішальним чинником еволюції соціуму пропонується визнати правову людину як цілісно-екотворчу особистість, становлення якої пов'язується з екологізацією її правосвідомості, духовним оновленням на засадах набуття знань про гармонізацію соціальних відносин загалом і правовідносин, зокрема, де вирішальна роль відводиться чиннику визнання індивідом відповідальності щодо Природи як своєї колиски та годувальниці, джерела власного життя [12].

У такому випадку особистість, що формується як екологічна правова людина, здатна взяти на себе відповідальність за своє життя, майбутнє соціуму і Природи. У зв'язку із цим підкреслюється, що історія людства надає підстави для розуміння того, що перетворення індивіда на цілісну екологічну правову особистість та те знання, яке він розвинув у напрямі екофобної раціоналістичності,

дозволить йому сконцентрувати на необхідному обсязі інформацію для вирішення творчих завдань і забезпечити головну мету свого призначення – удосконалити себе як творця екогармонійного правового соціуму [12].

У науці екологічного права вже пропонувалося переглянути підходи до місця людини, її життя та здоров'я в системі об'єктів екологічного права [13]. Це дозволить змінити антропоцентричний підхід на екоцентричний у розумінні сучасних взаємин суспільства та природи, переосмислити теоретичні проблеми реалізації екологічної функції держави, кардинально змінити сутність цієї функції як сталій основний напрям діяльності держави, який здійснюється в цілях збереження та примноження потенціалу природи – світового універсуму – у всьому її різноманітті при одночасному створенні екологічно безпечних умов життєдіяльності людини та суспільства [14].

І тому, констатуємо незворотні зміни у стані природного середовища, що сталися під впливом людської господарської діяльності, вимушено й робиться наголос на "необхідності забезпечення безпеки людства, що стає більш важливим, ніж подальший технічний прогрес. Пріоритетною спрямованістю стає не подальше нарощування виробничого потенціалу, або ж науково-технічного прогресу, а забезпечення його екологічності, реконструкція з урахуванням екологічних наслідків його здійснення" [15].

Висновки. Отже, урахувавши значимість еволюції як поступального та водночас якісного процесу з упорядкування стану природного середовища, наука екологічного права має переглянути підходи передусім до основного об'єкта свого дослідження – до Природи, і на її економічних, екологічних і соціальних характеристиках запропонувати суспільству сучасні ефективні правові моделі застосування та дотримання її законів, які дозволять здійснити перехід до більш природного, менш споживацького способу життя та до екотехнічного типу економіки, який і буде враховувати потребу відновлення (відтворення) та збереження природи.

З позиції історичного методу дослідження проблем екологічного права в науці можна розглядати існуючі доктрини та концепції, однак із позиції об'єктивної критичної оцінки шляхів їх становлення, нинішнього стану екологічного законодавства, з тим, щоб спонукати молоде покоління вчених до вироблення підходів до розуміння та пояснення нових форм взаємодії Суспільства і Природи, особливо до відновлювально-компенсаційної, як такої, що стає актуальною нині і відображає прагнення людства привести планету Земля, як місце свого існування, у належний безпечний стан. За умови, коли наука екологічного права виробить нові концептуальні засади свого формування і подальшого розвитку, особливо в контексті свого сучасного пріоритетного напрямку – екологічної безпеки, то й називатиметься вона може *право екологічної безпеки*. В основі такої науки може лежати вчення про правове забезпечення охорони і відтворення Природи й екологічної безпеки громадян, насамперед, при здійсненні природокористування як основного фактора екологічного ризику.

До розв'язання глобальних екологічних проблем мають долучатися всі галузеві правові науки, особливо відповідно до принципу екологізації матеріального виробництва на основі комплексності рішень у питаннях охорони навколишнього природного середовища, використання та відтворення відновлюваних природних ресурсів, широкого впровадження новітніх технологій (п. "г" ст. 3 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища").

Список використаних джерел

1. Від правової охорони природи Української РСР до екологічного права України: зб. тез Всеукраїнської наук.-практ. конф., присвяченої

пам'яті д-ра юрид. наук, проф. Василя Лук'яновича Мунтяна з нагоди 95-ти річчя від Дня народження, 26 травня 2017 р., м. Київ / укл. В.В. Носік [та ін.]; Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – Чернівці: Кондратьєв В.А., 2017. – 352 с.

2. Андрейцев В.І. Наукові та науково-правові школи: стан та проблеми правового регулювання / В.І. Андрейцев. – К.: Знання, 2009. – С. 148–187.

3. Андрейцев В.І. Екологічне право: курс лекцій: навч. посіб. для юрид. Ф-тів вузів / В.І. Андрейцев. – К.: Вентурі, 1996. – 207 с.; Екологічне право України. Академічний курс: підруч. – 2 вид. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К.: ТОВ "Видавництво "Юридична думка", 2008. – 720 с.; Екологічне право України: [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / за ред. А.П. Гетьмана та М.В. Шульги. – Х.: Право, 2009. – 328 с.; Екологічне право України: підруч. для студ. вищих навч. закладів / за ред. І.І. Каракаша. – О.: Фенікс, 2012. – 788 с.; Екологічне право: Особлива частина: підруч. для студ. юрид. вузів і фак.: Повний акад. курс/ за ред. акад. АПРН В.І. Андрейцева. – К.: Істина, 2001. – 544 с.; Право довкілля (екологічне право): навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / П.Д. Пилипенко, В.І. Федорович, М.Я. Ващишин [та ін.]; за ред. П.Д. Пилипенка. – К.: Ін Юре, 2010. – 401 с.

4. Основи еволюційного вчення. URL: zno.academia.in.ua/mod/book/tool/print/index.php?id=2370&chapterid=529.

5. Викисловарь. URL: <https://ru.wiktionary.org/wiki/%D0%BF%D1%80%D0%B8%D0%BE%D1%80%D0%B8%D1%82%D0%B5%D1%82>.

6. Краснова М.В. Проблеми компенсації шкоди за екологічним законодавством України: дис. д-ра юрид. наук зі спец. 12.00.06 – земельне право; аграрне право; екологічне право; природодресурсне право / М.В. Краснова. – К.: Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка, 2010. – 519 с.

7. Андрейцев В.І. Еволюція наукових доктрин екологічного права / В.І. Андрейцев // Правова доктрина України: у 5 т. – Х.: Право, 2013. – Т. 4: Доктринальні проблеми екологічного, аграрного та господарського права / Ю.С. Шемшученко, А.П. Гетьман, В.І. Андрейцев та ін.: за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – С. 97–129.

8. Канке В.А. История, философия и методология социальных наук: учеб. для магистров / В.А. Канке. – М.: Изд. Юрайт, 2014. – 532 с.

9. Лю Хунянь. Концепт и взгляды на природу в экологическом праве / Лю Хунянь // Государство и право. – 2010. – № 3. – С. 90–99.

10. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року: Закон України від 21 грудня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 26 – Ст. 218.

11. Экология, естествознание и философия экологии. URL: www.nuclphys.msu.ru/ecology/ecol/ekol1.htm.

12. Бургарт Т.І. Екософія права як методологічне завдання формування екоправової культури в Україні / Т.І. Бургарт // Проблеми законності. – 2008. – С. 209–214.

13. Краснова М.В. Стан та перспективи розвитку вчення про об'єкти екологічного права: науково-методологічні аспекти / М.В. Краснова // Вісник Київського нац. ун-ту імені Тараса Шевченка: Юридичні науки. – 2 (96) / 2013. – С. 8–12.

14. Карпович Н.І. Теоретические проблемы реализации экологической функции государства: автореф. дисс. д-ра юрид. наук: спец. 12.00.06 – природодресурсное право; аграрное право; экологическое право / Н.І. Карпович. – Минск, БГУ, 012. – 29 с.

15. Чижов П.Г. Философия и экологические проблемы / П.Г. Чижов // Вызовы современности и философия: мат. "круглого стола", посвященного Дню философии ЮНЕСКО. Кыргыз.-Росс. славян. ун-т / под общ. ред. И.И. Ивановой. – Бишкек, 2004. – С. 97–102.

Надійшла до редколегії 04.12.16

M. Krasnova, Doctor of Law, Professor
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

SCIENTIFIC AND METHODOLOGICAL ISSUES OF THE DEVELOPMENT OF MODERN ENVIRONMENTAL LAW

This article analyzes the evolutionary path of formation of national environmental law as a science and discipline, outlines possible ways of its further development in the context of the review of its scientific and methodological grounds.

Key words: Legal forms of interaction between society and nature; evolution of environmental law; priorities of environmental law.

M. Краснова, д-р юрид. наук, проф.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

НАУЧНО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ СОВРЕМЕННОГО ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ПРАВА

Анализируются эволюционные пути формирования национального экологического права как науки и учебной дисциплины, определены возможные пути его дальнейшего развития в контексте пересмотра его научно-методологических основ.

Ключевые слова: правовые формы взаимодействия общества и природы, эволюция экологического права, приоритеты развития экологического права.

УДК 349.6

Е. Позняк, канд. юрид. наук, доц.,
О. Шомпол, канд. юрид. наук, асист.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

КРУГЛИЙ СТИЛ "КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ АГРАРНОГО, ЗЕМЕЛЬНОГО ТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА УКРАЇНИ: 20 РОКІВ РОЗВИТКУ" (2 ЧАСТИНА)

Здійснено огляд виступів учасників круглого столу, присвячених актуальним проблемам розвитку аграрного, земельного й екологічного права в контексті конституційної реформи в Україні та подолання наслідків Чорнобильської катастрофи. Подано висновки та пропозиції з удосконалення чинного законодавства і розвитку аграрно-, земельно- та еколого-правової науки в Україні.

Ключові слова: аграрне право, екологічна політика, екологічне право, земельне право, конституційна реформа, наукові школи, правове регулювання, Чорнобильська катастрофа.

Доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри земельного й аграрного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого **М.В. Шульга** в доповіді "Охорона земель як конституційно-правова категорія" [2, с. 62–64] зауважив, що прийняття Конституції України значною мірою визначило напрями розвитку не тільки земельного законодавства та земельної реформи, а й усього земельного ладу в країні. Конституційні приписи про те, що земля визнана основним національним багатством, яке перебуває під особливою охороною держави (ст. 14), мають визначальний характер. Доповідач підтримав думку В.І. Андрейцева про те, що особлива охорона державою земель свідчить про специфічний правовий режим земель як територіально-

просторової та матеріальної основи існування держави в межах кордону України, що характеризується цілісністю та недоторканістю і відображає її суверенітет – як основний принцип функціонування незалежної держави. Учений зауважив, що в зазначеному випадку йдеться, насамперед, про державну власність на землю.

Ураховуючи історико-правові підходи до розвитку права власності, дослідник наголосив, що державна форма власності на землю була однією з перших форм земельної власності та відігравала визначальну роль ще від часів започаткування й існування організованих форм суспільного життя. Державна власність на землю завжди служила забезпеченню потреб кожного громадянина держави як члена суспільства та була гарантом

належного існування. У сучасному правовому розумінні державна власність на землю сформувалась із виникненням держави Україна, проголошенням Декларації про державний суверенітет від 16 липня 1990 р. й ухваленням Закону УРСР "Про економічну самостійність Української РСР" від 3 серпня 1990 р.

Власність на землю з набуттям незалежності Україною була закріплена за державою як за суб'єктом права власності, який реалізує права власника, – Українського народу. Відповідно до ч. 4 ст. 13 Основного Закону саме держава має забезпечувати захист прав усіх суб'єктів права власності, а отже, й Українського народу, соціальну справедливість економіки. Зазначені конституційні приписи, на думку вченого, свідчать про виняткову роль земельних ресурсів у забезпеченні гідних умов життя наших громадян, економічного та політичного суверенітету держави. Така позиція законодавця, який за волевиявленням народу ухвалив Конституцію України, реалізується і в ст. 14 Основного Закону, у якій додатково щодо землі передбачено, що вона є основним національним багатством і перебуває під особливою охороною держави.

Оскільки згідно із ч. 2 ст. 13 Конституції України користування громадянами природними ресурсами має здійснюватися відповідно до закону, то саме в законах, на глибоке переконання доповідача, має бути реалізовано повною мірою конституційна вимога щодо особливого статусу землі, необхідності її особливої охорони, встановлено адекватні вимоги й ефективні законодавчі механізми регулювання її охорони. Оголошення землі основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, та визнання Українського народу суб'єктом права власності на природні ресурси, у тому числі на землю, вселяло надію на те, що земельні ресурси, як унікальний природний ресурс, становитимуть основу економічного розвитку держави та матеріального добробуту народу.

Окреслюючи коло сучасних соціальних проблем у нашій державі, Михайло Васильович зазначив, що нині ми спостерігаємо, як Україна з високорозвиненої індустріально-аграрної держави, що конкурувала з країнами заходу, перетворилась у країну, де реальністю стала бідність, занепад і розруха. Одну із головних причин такої реальності слід вбачати в ліберальній ідеології, на якій базується суспільний лад нашої країни; саме ліберальну ідеологію покладено в основу діючої Конституції. Ідеологія як форма суспільної свідомості, є системою концептуально оформлених уявлень, ідей і поглядів, що виражає інтереси, світоглядні ідеали, умонастрої різних соціальних класів та інших соціальних груп. На її основі усвідомлюються й оцінюються відносини людей та їхніх спільнот до соціальної дійсності загалом та одна до одної, і (або) санкціонуються встановлені форми панування та влади, або обґрунтовується необхідність їх перетворення та подолання. Сутність цієї ідеології, яка в Україні панує з 1991 р., полягає в тому, що її основними пріоритетами вважаються приватна власність, яка є непорушною, вільний ринок, вільна конкуренція, індивідуалізм і формальна демократія тощо.

Учений зазначив, що перехід до ринкової економіки в Україні супроводжується докорінним реформуванням базових соціально-економічних відносин, відповідно, змінюються і підходи до правової регламентації відносин власності. Ринкові перетворення змінили підходи і до регулювання земельних відносин. Із припиненням права державної власності на землю юридичні та фізичні особи дедалі частіше стають учасниками земельних відносин. Як відомо, правова держава одним із першочергових завдань має забезпечувати баланс приватних

і публічних інтересів при здійсненні та захисті права приватної власності на землю.

Михайло Васильович зауважив, що нині в Україні превалює захист й охорона приватноправових інтересів, але це не виключає за певних обставин домінування публічних інтересів. Це зумовлено тим, що дія принципу непорушності права власності не є абсолютною. Цілком очевидно, що ліберальна ідеологія поступово призвела до суттєвого звуження ролі держави. У зв'язку з тим, що державу позбавили власності, вона не спроможна на необхідному рівні забезпечувати і гарантувати права людини, діяльність державних органів науки, освіти, охорони здоров'я тощо. На думку вченого, доцільно підтримати слушні пропозиції дослідників – представників науки конституційного права – щодо підняття престижу держави саме на конституційному рівні. Необхідно закріпити право держави на державну власність – загальне надбання народу України. Складовими загального надбання народу мають бути земля, надра, інші природні ресурси, базові галузі промисловості, енергетики, інші прибуткові галузі народного господарства. Інтереси приватного власника мають бути обмежені інтересами громади, суспільства чи широкого загалу.

Доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, завідувач відділу проблем аграрного, земельного, екологічного та космічного права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України **Н.Р. Малишева** під час доповіді на тему **"25 років незалежності, 20 років Конституції України: підсумки, стан, перспективи розвитку екологічного права"** наголосила на тому, що 2016 рік – ювілейний для багатьох подій: 20-річчя ухвалення Конституції України, 25-річчя незалежності нашої держави, 30-ті роковини Чорнобильської катастрофи.

Наталя Рафаелівна у своїй доповіді зупинилася на аналізі шляху, який пройшло екологічне право нашої держави за цей період, критично осмислюючи як досягнення, так і проблеми, з якими довелося зіштовхнутися і які варто долати. Доповідачка охарактеризувала "екологічне право" в широкому розумінні: і як розвиток екологічного законодавства, і як правореалізацію у відповідній сфері, і як організаційно-інституційне та фінансове забезпечення відповідної сфери, і як стан екологічної правосвідомості, і як усі інші аспекти відповідного поняття. Намагаючись схематично осягнути той шлях, який пройшло екологічне право за роки незалежності, Н.Р. Малишева запропонувала розглядати його схему не лінійно як поступовий розвиток і, навіть, не по спіралі, а як поступовий цілеспрямований рух від нульової точки вгору (у 90-ті рр. XX ст.), потім – кількарічна стагнація і, нарешті, спад, який ми спостерігаємо в останнє десятиліття.

Нині у відповідній царині склалася розгалужена, ієрархічна система екологічного законодавства, яка в принципі майже не залишила прогальних сфер регулювання. На зламі століть, однак, у науці виникло загальне розуміння необхідності систематизації цього законодавства і вибору шляхів останньої, які поєднані із суперечностями щодо шляхів подальшого розвитку відповідної галузі. Нарешті, десятиліття, що минуло, у розвитку екологічного права Наталя Рафаелівна назвала ерою відкочування назад в екологічному праві України, коли почалася "галоупуча нормотворчість". Внаслідок цього дедалі відчутнішими стали втрати здобутків попередніх періодів, формування екологічного законодавства фактично перестало спиратися на наукове підґрунтя, а почало підкорятися "вузькоспеціалізованим" груповим, корпоративним, бізнесовим інтересам тих, хто отримав вплив на ухвалення рішень, почали руйнуватися напрацьовані раніше нормативно-інституційні зв'яз-

зки та взаємовпливи екологічного законодавства з іншими галузями права. Чергові законодавчі новації прийшли на зміну розкриттю потенціалу чинних правових норм, максимальному досягненню їх процесуально-го, інституційного й іншого забезпечення.

Особливу увагу у виступі вченої було приділено інституційному забезпеченню відповідної сфери, зокрема, критичному аналізу піддано ліквідацію територіальних органів Мінприроди України, функції яких лише формально передані місцевим держадміністраціям, а фактично – "повисли в повітрі". Не відповідають потребам соціальної ефективності способи здійснення дерегуляції відповідної сфери, яка більше схожа на кампанію, основною метою якої є "вписатися в загальну схему" та відрепортувати про "досягнення", незважаючи на їхній реальний вплив.

Належне місце в доповіді було відведено процесу адаптації екологічного законодавства України до права ЄС, який слід здійснювати не механічно, а виважено та продумано. Н.Р. Малишева закликала науковців займати активнішу, наступальну позицію, впливаючи на практику правотворчості та правореалізації.

Доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри аграрного, земельного й екологічного права імені академіка В.З. Янчука Національного університету біоресурсів і природокористування України В.М. Єрмоленко в доповіді "Питання корпоративної етики в окремих сферах юридичної науки" [2, с. 28–31] загострив увагу наукової громадськості на тому, що ідея та тема цього виступу не нові, вони є логічним продовженням і підтримкою промов, виголошених на минулорічних наукових зібраннях професором В.В. Носіком й академіком А.П. Гетьманом. Ідеться про порушення правил корпоративної наукової етики представниками окремих галузей правової науки.

Характеризуючи наукові дискусії, що "точаться" навколо самостійного характеру багатьох галузей права, Володимир Михайлович наголосив на тому, що елементи будь-якої системи не існують ізольовано, при їх взаємодії відбувається "взаємопроникнення" виконуваних ними функцій, завдяки чому й утворюється єдиний діючий і дієвий механізм. Не є винятком і система права, а "приводить у дію" систему права не якась окрема галузь, наприклад, адміністративне право, а об'єктивна потреба впорядкування існуючих і перманентно змінюваних суспільних відносин. Учений звернув увагу на той факт, що ще задовго до появи на горизонті юридичної науки фахівців, які ставлять під сумнів існування таких самостійних галузей права, як екологічне, земельне, аграрне та інше, професор А.П. Гетьман на фундаментальному рівні обґрунтував еколого-процесуальну концепцію, що отримала подальше продовження і конкретизацію у сфері земельно-процесуального права. Відтоді екологічний і земельний процеси міцно увійшли до категорійного апарату правової доктрини.

За підрахунками В.М. Єрмоленка, сучасний Земельний Кодекс України має 216 статей, з яких 29 статей – норми-дефініції (13,4 %), 99 статей диспозитивного характеру (45,8), 7 статей – організаційно-технологічні норми (3,3), решта 81 стаття – імперативні норми (37,5 %), що не дозволяє зробити висновок про суто адміністративний характер Земельного Кодексу України. Учений зауважив, що поки фахівці спеціальності 12.00.06 толерантно з'ясовують співвідношення між екологічним і природоресурсним правом, молода "поросль" адміністративно-правової науки без жодного сумніву оголошує екологічне та суміжні галузі права сферою своїх інтересів, що лише створює хаос як у сприйнятті студентів, молодих науковців-аспірантів, так

і непотрібну напругу у взаємовідносинах між представниками різних галузевих наук.

Віддаючи належне досягненням і науковій толерантності представників старшого покоління вчених – представників адміністративно-правової науки, таких як О.Ф. Андрійко, Ю.П. Битяк, Р.А. Калужний, В.К. Колпаков та інші, Володимир Михайлович зазначив про непоодинокі порушення корпоративно-етичних норм їхніми молодшими послідовниками.

З доповіддю **"Щодо конституційних засад набуття і реалізації права власності на землю в Україні"** [2, с. 81–85] виступив кандидат юридичних наук, професор, завідувач кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету "Одеська юридична академія" **І.І. Каракаш**, зазначивши про 50-річний ювілей від дня заснування кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету "Одеська юридична академія", та згадав засновника кафедри – відомого вченого Івана Омеляновича Середу. Учений привітав присутніх і голову та членів новоствореної Спеціалізованої вченої ради із захисту кандидатських та докторських дисертацій за спеціальністю 12.00.06, яка вже провела перше засідання та перші захисти дисертацій.

Ілля Іванович звернув увагу на зміну пріоритетів щодо земельної власності: як за наведеним конституційним положенням, так і за земельно-правовою нормою на перший план поставлена приватна власність на землю. Перегляд пріоритетності земельної власності у законодавчому порядку та її реалізація впродовж останніх двадцяти років призвели до суттєвого оновлення земельних відносин і формування нового земельного ладу в країні. Безперечним досягненням є те, що всі суб'єкти права власності на землю в конституційному порядку поставлені в юридично рівне становище; не тільки громадяни та приватні юридичні особи можуть набувати право власності на землю відповідно до закону, а й держава в особі своїх органів зобов'язана набувати землю на засадах, передбачених законом.

Упродовж минулого 20-річчя неодноразово виникали і велись гострі дискусії навколо колективної власності на землю та її закріплення у конституційному порядку. На думку вченого, усунення з вітчизняного законодавства колективної власності взагалі та колективної власності на землю зокрема, є безпідставним і необґрунтованим, що призвело до "поховання" колективної власності. Як нагальну проблему сьогодення І.І. Каракаш визначає реанімацію колективної власності, у тому числі на землю, до того ж, існуюча практика реалізації відносин власності на землю наполегливо вимагає законодавчого закріплення акціонерної, кооперативної та громадської власності на землю як різновидів колективної земельної власності.

Здійснюючи аналіз низки конституційних положень і норм Земельного кодексу України щодо юридичного закріплення різних форм права власності на землю та його реалізації, учений виявив певні розбіжності у формулюваннях у чинному Земельному кодексі України, зокрема, у ст. 81 "Право власності на землю громадян", ст. 82 "Право власності на землю юридичних осіб", ст. 83 "Право власності на землю територіальних громад" та ст. 84 "Право власності на землю держави". Це, наприклад, стосується ч. 2 ст. 83 про те, що в комунальній власності перебувають усі землі в межах населених пунктів, крім земельних ділянок приватної та державної власності, й особливо ч. 1 ст. 84 про те, що у державній власності перебувають усі землі України, крім земель комунальної та приватної власності. Доповідач дійшов висновку про "залишковий", "похідний" харак-

тер права приватної власності громадян та приватних юридичних осіб на землю від комунальної та державної власності на землю, що певним чином впливає на забезпечення рівності захисту права власності на землю громадян і юридичних осіб порівняно із захистом права земельної власності територіальних громад та права державної власності на землю. Для того, щоб визначити склад земель, що надаються у власність громадян та юридичних осіб, необхідно з'ясувати склад земель, що перебувають у комунальній та державній власності.

Розмежування земель приватної, комунальної та державної власності в законодавчому порядку проведено не тільки за суб'єктивним, але й за об'єктивним складом самих земель. Проте зазначений критерій розмежування права приватної власності громадян на землю та юридичних осіб приватної власності, права земельної власності територіальних громад та права державної власності на землю, як зазначив Ілля Іванович, є малодослідженим у вітчизняній правовій літературі.

Проводячи аналіз законодавчих підстав набуття прав на земельну ділянку за давністю користування (набувальною давністю), Ілля Іванович зазначив, що Земельний кодекс України не передбачає умов обчислення терміну набувальної давності, моментом її початку слід вважати фактичне започаткування користування земельною ділянкою, але не раніше набуття чинності нині діючим Земельним кодексом України. Набувальна давність як підстава набуття громадянами земельної ділянки у власність або у користування на орендних засадах законом визнана лише з моменту введення чинного Земельного кодексу України в дію, саме із цього моменту слід відрховувати термін набувальної давності як підставу для звернення громадян про надання таких земельних ділянок у власність або у користування. Незважаючи на відсутність у кодексі прямої вказівки на передачу земельної ділянки у власність або надання у користування підприємствам, установам й організаціям за давністю користування, її застосування до юридичних осіб, на думку І.І. Каракаша, не буде суперечити принципу аналогії земельного закону.

Доктор юридичних наук, професор, завідувач сектора проблем аграрного і земельного права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького П.Ф. Кулинич у доповіді **"Природокористування та правова система України: проблема диференціації та інтеграції правового регулювання"** [2, с. 67–70] зазначив про комплексний характер земельного, аграрного й екологічного права, поставивши проблемне питання про те, чи існують на практиці поряд із земельними відносинами і природоресурсні? Крім того, так склалося, що земельне право виникло раніше, ніж екологічне, продовжувало розвиватися і на якомусь етапі стало частиною іншої галузі – екологічного права, – якого донедавна не існувало?

Неодмінною передумовою існування людства є сприятливе навколишнє природне середовище, тому життєдіяльність людини, яка виявляється в її участі в численних суспільних відносинах, є нічим іншим, як природоспоживанням. Оскільки суспільні відносини між людьми регулюються правом, то цілком справедливо стверджувати, що відносини природоспоживання регулюються всією правовою системою країни. Найбільший вплив на розвиток таких відносин здійснюють екологічне право та галузі природоресурсного права: земельне, водне, лісове, гірниче тощо, які встановлюють правила поведінки в системі "природа – людина".

Учений відмітив той факт, що за роки незалежності в Україні не сформувалося чіткої системи галузей права, які б узгоджено регулювали відносини природокористування й охорони довкілля. Про це свідчить, зокрема, назва наукової спеціальності 12.00.06 – земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне

право. У ній виокремлені такі галузі права як земельне, природоресурсне й екологічне, які, вочевидь, покликані регулювати відповідно земельні, природоресурсні й екологічні відносини. Природа (довкілля, навколишнє природне середовище) становить систему, належне функціонування якої потребує як диференційованого правового регулювання – регулювання окремих видів відносин природокористування спеціалізованими галузями права, так й інтегрованого, покликаного максимально враховувати особливості природи як цілісного системного утворення.

У правовій системі України інтегроване правове регулювання у сфері використання та охорони природних ресурсів здійснює екологічне право України, "днем народження" якого є 25 червня 1991 р., коли був ухвалений Закон України "Про охорону навколишнього природного середовища". З ухваленням Закону в Україні розпочався новий етап у розвитку екологічного права як самостійної галузі, покликаной підняти на належний рівень правові відносини щодо охорони і використання довкілля як цілісної системи.

На думку доповідача, інтегроване правове регулювання суспільних відносин щодо довкілля є основним і винятковим завданням Закону "Про охорону навколишнього природного середовища", яке він і виконує. Водночас, до багатьох статей Закону було закладено положення, які свідчать про покладання на цей законодавчий акт нетипового для нього завдання – диференційованого правового регулювання зазначених суспільних відносин. З часом такі положення обумовили виникнення в науці екологічного права низки проблем теоретичного і прикладного характеру, однією з яких є проблема визначення предмета галузі екологічного права України. Оскільки доктрина вітчизняного права виходить із того, що предметом кожної галузі права є особливі суспільні відносини, то ключовим питанням у визначенні особливостей екологічних відносин як предмета екологічного права є їх об'єкт. У ст. 5 Закону "Про охорону навколишнього природного середовища" визначені три види об'єктів правової охорони у сфері навколишнього природного середовища, а саме: 1) навколишнє природне середовище як сукупність природних і природно-соціальних умов та процесів; 2) ландшафти й інші природні комплекси; 3) природні ресурси, як залучені в господарський обіг, так і невикористовувані в народному господарстві в зазначений період (земля, надра, води, атмосферне повітря, ліс та інша рослинність, тваринний світ). По суті, саме ці об'єкти визнаються деякими представниками науки екологічного права об'єктами екологічних відносин як предмета цієї галузі правової системи України.

Проте у правовій системі України є галузі, спеціально сформовані для забезпечення спеціалізованого, "пооб'єктного" правового регулювання відносин щодо довкілля, завданням яких є диференційоване правове регулювання відносин у сфері використання й охорони окремих природних ресурсів. Диференційоване правове регулювання відносин щодо довкілля здійснюють земельне, водне, лісове, гірниче й інші поресурсні галузі права. Предметами цих галузей права є земельні водні, лісові, гірничі й інші поресурсні відносини, об'єктом яких є ті ж природні ресурси, що визначені у ст. 5 Закону "Про охорону навколишнього природного середовища" в ролі об'єктів екологічних відносин. Це свідчить про певне переплетіння предметів правового регулювання екологічного та поресурсних галузей права.

З огляду на факт такого збігу, та намагаючись дати його наукове пояснення, значна частина представників науки екологічного права України й інших пострадянських країн сформулювали цікаве положення про співвідношення екологічного та поресурсних галузей права як загального й особливого. Суть його в тому, що екологі-

чне право є комплексною галуззю права, а поресурсні галузі взагалі не мають статусу окремих галузей права й охоплюються екологічним правом як його підгалузі або навіть інститути.

Ставлячи під сумнів такий підхід до співвідношення предметів екологічного та поресурсних галузей права, Павло Федотович зауважив, що предмет екологічного права охоплює лише суспільні відносини, які формуються з приводу навколишнього середовища загалом та окремих природних комплексів. Віднесення суспільних відносин щодо окремих природних ресурсів, як залучених у господарський обіг, так і не використовуваних у народному господарстві у зазначений період (земля, надра, води, атмосферне повітря, ліс та інша рослинність, тваринний світ), до екологічних допустиме лише у випадках, якщо такі відносини складаються щодо цих природних ресурсів, які перебувають у нерозривному екосистемному зв'язку з іншими елементами довкілля, утворюючи певну екологічну систему. Екологічною системою є не тільки довкілля (природа) загалом, а й окремі його складові – природні утворення, які органічно об'єднують окремі природні ресурси в екологічні системи нижчого, ніж довкілля, рівня.

Водночас у сучасному суспільні складаються відносини, об'єктом яких є окремі природні ресурси (земля, ліси, води, тваринний світ тощо), використання яких здійснюється без істотного впливу на стан інших складових довкілля чи на довкілля загалом. При такому використанні природних ресурсів не виявляється їх безпосередній екосистемний зв'язок з іншими природними комплексами та ресурсами. Для регулювання таких відносин у правовій системі України сформувалися й успішно функціонують окремі галузі права – земельне, водне, лісове, гірниче тощо. Кожна з таких галузей права має свій власний предмет правового регулювання.

Доповідач зазначив, що ще в 1967 р. відомий радянський правознавець М.Д. Казанцев обґрунтував наукову ідею про формування в радянській правовій системі нового галузевого утворення – природоресурсного права як галузі права, покликаної комплексно регулювати земельні, лісові, водні, гірничі й інші поресурсові відносини. Відтоді в науковий обіг у юридичній науці України й інших пострадянських країн увійшов термін "природоресурсне право", під яким розуміють комплексну, інтегровану галузь права, що регулює "природоресурсні відносини", а такі галузі як земельне, лісове, водне, гірниче тощо мають розділити частку підгалузей природоресурсного права. Однак упродовж майже 50 років наукового обігу ідея природоресурсного права не досягла у своєму розвитку рівня наукової теорії, залишившись науковою гіпотезою, яка не підтверджена ні теорією права, ні законотворюючою практикою.

Це зумовлене відсутністю в концепта природоресурсного права його особливого предмета, тобто досить чіткої, "вразливої" до правового впливу системи суспільних відносин, які можна було б кваліфікувати як природоресурсні. Цілком очевидно, що природоресурсні відносини як особливі відносини не існують, натомість на практиці формуються земельні, водні, лісові, гірничі й інші поресурсні відносини, диференційоване правове регулювання яких повноцінно забезпечується відповідними поресурсними галузями права, а у випадках виникнення відносин щодо екосистемних утворень – галуззю екологічного права.

Термін *природоресурсні відносини*, на думку Павла Федотовича, доречно використовувати як об'єднуючу назву для земельних, водних, лісових, гірничих та інших поресурсних відносин. Термін *природоресурсне право* він вважає неприйнятним, оскільки у правовій системі відсутня відповідна йому галузь права, замість терміна *природоресурсне право* пропонується використовувати

термін *природоресурсні галузі права*. Основним завданням поресурсних галузей права є диференційоване правове регулювання земельних, водних, лісових, гірничих та інших поресурсних відносин. Однак поресурсні галузі права забезпечують також функцію інтегрованого правового регулювання відносин щодо використання й охорони природних ресурсів у випадках, коли для використання одного природного об'єкта необхідне використання іншого природного об'єкта або об'єктів. Деякі дослідники трактують поєднання норм двох чи більше галузей права у регулюванні відповідних відносин як формування комплексних правових інститутів. На думку П.Ф. Кулинич, таке поєднання слід кваліфікувати як сферу взаємодії норм різних галузей права, а не як появу в системі права нового правового (міжгалузевого) інституту.

У своїй доповіді "**Конституційні засади соціальної функції права власності на землю в Україні**" кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри трудового, земельного та господарського права Хмельницького університету управління та права **І.О. Костяшкін** провів аналіз базових основ використання земель в Україні, відображених в основних засадах правового регулювання земельних відносин. Це дозволило йому сформулювати принципи, що впливають із норм Конституції України, та які є ключовими для визначення і реалізації соціальної функції права власності на землю в Україні:

- принцип верховенства прав і свобод людини, який у відносинах власності на землю передбачає забезпечення соціальної функції в такий спосіб, коли максимальне задоволення потреб приватного власника нормативним порядком узгоджується з потребами інших членів суспільства, що включають можливість реалізації права загального землекористування для задоволення низки рекреаційних, естетичних, оздоровчих, комунікативних та інших потреб; забезпеченням права на безпечне навколишнє середовище, продовольчу безпеку тощо;

- принцип гарантування права власності, що передбачає гарантії набуття права власності на землю, свободу здійснення відповідного права, можливість вільного розпорядження земельною ділянкою та наявність ефективного механізму захисту такого права;

- принцип виняткової ролі народу як єдиного джерела влади в Україні, що передбачає узгодження дій держави в особі її органів усіх рівнів з інтересами народу та відповідальність держави перед людиною за свою діяльність, що має особливе значення у відносинах власності на землю;

- принцип визнання землі основним національним багатством, який передбачає її особливу охорону державою та зобов'язальний зміст власності на неї, що покладено в основу соціальної функції права власності;

- принцип пріоритету права власності на землю Українського народу, що є логічним продовженням наведених вище принципів і передбачає похідний характер різних форм власності на землю, зумовлених волевиявленням Українського народу засобами опосередкованої демократії;

- принцип рівності суб'єктів права власності на землю перед законом що реалізується в процесі охорони земель, забезпечення особливих умов використання окремих категорій земель, відшкодування завданих збитків, захисту земельних прав аж до припинення права власності при розгляді земельних спорів тощо.

Іван Олександрович зазначив, що в багатьох випадках тягар обмежень й обтяжень покладається на конкретного власника земельної ділянки, держава передбачає позитивну реалізацію права як пріоритетного напрямку, а кому буде надано пріоритетне право? виправданою є соціальна модель права власності на землю.

Кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки **А.В. Духневич** у доповіді **"Перспективи розвитку й удосконалення аграрного законодавства відповідно до вимог СОТ"** [2, с. 188–190] зауважив, що членство у Світовій організації торгівлі вимагає від України проведення реформування сільськогосподарського сектора, лібералізації доступу до ринку аграрної та харчової продукції, приведення у відповідність до вимог СОТ низки нормативних актів у сфері АПК. Головним недоліком правового регулювання аграрних відносин учений назвав відсутність комплексного кодифікованого законодавчого акта в аграрній сфері економіки. Оновлення аграрного законодавства України він запропонував здійснювати відповідно до змін в аграрних відносинах.

На думку доповідача, необхідно враховувати позитивний і негативний досвід приєднання до СОТ інших держав, особливо в частині приведення до вимог СОТ податкового та митного законодавства, нормативних актів у сфері державної підтримки аграрного сектора економіки. Реформування аграрного законодавства, створення його якісної системи є однією з умов ефективності правового регулювання аграрних відносин і досягнення правопорядку в аграрному секторі економіки, забезпечення стабільності, ефективності, динамічності аграрного законодавства.

З метою вдосконалення аграрного законодавства Андрій Вікторович звернув увагу присутніх на необхідність дотримання принципів ринкових відносин, системності при формуванні аграрного законодавства, своєчасності його оновлення, його внутрішньої узгодженості, збалансованості розвитку різних інститутів аграрного законодавства, а також проведення гармонізації аграрного законодавства України із законодавством Європейського Союзу, нормами та правилами СОТ, його інкорпорації, консолідації та кодифікації. Він звернув увагу на необхідність запровадження в Україні нових державних стандартів якості продовольчих товарів, що забезпечуватимуть конкурентоспроможність вітчизняної продукції на внутрішньому та світовому ринку та продовольчу безпеку нашої держави.

Активну участь у дискусіях узяли професори В.В. Носік, М.В. Краснова, Г.І. Балюк, Н.Р. Малишева, А.М. Статівка, Т.І. Макарова, М.В. Шульга, В.М. Єрмоленко, П.Ф. Кулинич, І.І. Каракаш, доцент А.В. Духневич, а також доктор юридичних наук, професор, професор кафедри земельного та аграрного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого В.Ю. Уркевич, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Університету митної справи та фінансів В.А. Зуєв, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри філософії, політології та права Луцького національного технічного університету А.М. Земко й інші учасники круглого столу.

Э. Позняк, канд. юрид. наук, доц.,

Е. Шомпол, канд. юрид. наук, ассист.

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

За наслідками наукових дискусій учасники круглого столу дійшли таких висновків:

- сучасний стан розвитку суспільних відносин і досвід їх реалізації свідчить про те, що за 20 років після прийняття Конституції України 28 червня 1996 р. суспільні відносини в земельній, екологічній та аграрній сферах розвиваються прискореними темпами, на відміну від формування правового регулювання в зазначених сферах;

- стану розвитку правового регулювання суспільних відносин в земельній, екологічній та аграрній сферах притаманні: колізійність, неузгодженість, наявність прогалин у законодавстві та значна розпорошеність правових норм на рівні актів різної юридичної сили та правової природи;

- тридцятирічний правовий досвід України у розв'язанні проблем, пов'язаних із наслідками Чорнобильської катастрофи, свідчить про те, що Україна не завжди системно підходить до формування екологічної політики, законодавства й еколого-економічних заходів, спрямованих на їх подолання;

- визначальна роль у розв'язанні сучасних проблем правового регулювання в екологічній сфері належить аграрно-, земельно- та еколого-правовій науці, усебічно обґрунтовані наукові рекомендації та висновки яких недостатньо повно розкриваються у процесі нормотворення, правотворення та правореалізації;

- важливим залишається дотримання принципу наукової обґрунтованості нормотворчого процесу у сфері екологічних відносин та обов'язкове дотримання правил наукової корпоративної етики під час проведення наукових галузевих і міжгалузевих досліджень, що сприятиме впровадженню їх результатів у практику, підвищенню рівня еколого-правової культури громадян та українського суспільства;

- з метою підвищення ефективності нормотворення, правотворення і реалізації принципу наукової обґрунтованості законодавчого процесу слід ініціювати проведення парламентських слухань із проблем правового регулювання земельних, екологічних та аграрних відносин крізь призму досвіду незалежної України та з урахуванням міжнародних і європейських інтеграційних процесів.

Список використаних джерел

1. Актуальні проблеми становлення і розвитку права екологічної безпеки в Україні: мат. наук.-практ. круглого столу, 28 березня 2014 р., м. Київ / ред. кол. М.В. Краснова [та ін.]; Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – Чернівці: Кондратьєв А.В., 2014. – 156 с.
2. Конституційні засади аграрного, земельного та екологічного права: 20 років розвитку: мат. "круглого столу" (м. Київ, 27 травня 2016 року) / за ред. М.В. Красної, Т.О. Коваленко; Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. – Чернівці: Кондратьєв А.В., 2016. – 374 с.
3. Развитие наук земельного, аграрного, экологического та природо-ресурсного права: зб. наук. праць круглого столу (19 жовтня 2012 р.) / за ред. Г.І. Балюк, М.В. Красної, А.М. Мірошніченка, В.В. Носіка. – 2012. – 415 с. URL: <http://law.univ.kiev.ua/science.html>.
4. Сучасні проблеми систематизації екологічного, земельного та аграрного законодавства України: зб. наук. праць круглого столу (18 березня 2011 р.). – К.: ВГЛ "Обрії", 2011. – 238 с.

Надійшла до редколегії 04.12.16

КРУГЛЫЙ СТОЛ "КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВАНИЯ АГРАРНОГО, ЗЕМЕЛЬНОГО И ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ПРАВА УКРАИНЫ: 20 ЛЕТ РАЗВИТИЯ" (2 ЧАСТЬ)

Осуществлен обзор выступлений участников круглого стола, посвященных актуальным проблемам развития аграрного, земельного и экологического права в контексте конституционной реформы в Украине и преодоления последствий Чернобыльской катастрофы. Приведены заключения и предложения по улучшению действующего законодательства и развитию аграрно-, земельно- и эколого-правовой науки в Украине.

Ключевые слова: аграрное право, земельное право, конституционная реформа, научные школы, правовое регулирование, Чернобыльская катастрофа, экологическая политика, экологическое право.

E. Pozniak, Doctor of Law, Associate Professor,
O. Shompol, Doctor of Law, Assistant Professor
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

ROUND TABLE "CONSTITUTIONAL BASIS OF AGRICULTURAL, LAND AND ENVIRONMENTAL LAW OF UKRAINE: 20 YEARS OF DEVELOPMENT" (PART 2)

The article presents an overview of the participants of the round table devoted to the issue of agricultural, land and environmental law in the context of constitutional reform in Ukraine and overcoming the consequences of the Chernobyl disaster. The conclusions and proposals to improve the current legislation and development of agricultural, land and environmental legal science in Ukraine are suggested.

Keywords: agricultural law, constitutional reform, environmental law, environmental policy, land law, legal regulation, scientific schools, the Chernobyl disaster.

УДК 304.44

Е. Маховенко, д-р соц. наук (право), проф.,
Л. Гришкевич, д-р соц. наук (право), лектор
Вильнюсский университет, Вильнюс, Литва

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ В ЛИТВЕ В 1994–1996 ГОДАХ

Представлены результаты работы авторов по изучению судебной реформы в Литве в середине последнего десятилетия минувшего столетия. Опираясь прежде всего на первоисточники (протоколы заседаний парламента, нормативные акты и т. д.), проясняются обстоятельства создания четырехзвенной системы судов общей компетенции, концентрируя внимание на трех вопросах: оптимизации численности судей Верховного Суда Литвы, попытке сбалансировать нагрузку на Верховный Суд Литвы и Апелляционный суд Литвы путем временного перераспределения функций кассационной инстанции, праве формирования единой судебной практики и расширении компетенции председателя Верховного Суда Литвы. Выяснено, что некоторые меры, предпринятые для решения возникших проблем, противоречили стратегическому замыслу реформы и нарушали баланс сил внутри системы, однако были оправданы с точки зрения тактики и в конечном счете помогли в проведении судебной реформы в Литве.

Ключевые слова: судебная реформа, Литва, четырехзвенная судебная система, кассация, компетенция Верховного Суда.

Предлагаемая вниманию читателей статья является частью обширной программы научных исследований по истории публичного права Литвы, охватывающих период XIII–XX ст., проводимых Научным центром истории права кафедры публичного права юридического факультета Вильнюсского университета.

Объектом исследования в статье выступает совокупность действий всех трех ветвей государственной власти Литвы (законодательной, исполнительной, судебной), направленных на реализацию конституционных положений по созданию четырехзвенной системы судов общей компетенции¹ (имея в виду как нормативно-правовые и исполнительно-распорядительные акты, так и сложившиеся на их основе правоотноше-

ния). Поскольку анализ и оценка предшествовавшего этапа реформы (событий 1990–1994) уже известны украинским читателям из нашей предыдущей публикации [1], хронологические рамки данного исследования ограничены 1994–1996 гг. (следует заметить, что проделанная именно в этот период работа имела определяющее значение в успехе судебной реформы).

Целью исследования является выявление и анализ взаимосвязи между численностью судейского корпуса в различных звеньях системы судов общей компетенции и распределением компетенции и нагрузки между этими звеньями. Конкретными заданиями, решаемыми в ходе данного исследования, является анализ правовых актов и решений, устанавливающих число судей и определяющих компетенцию и нагрузку того или иного звена судебной системы, выявление мотивов, объективных и субъективных факторов, оказавших существенное воздействие на содержание этих актов или решений, оценка последних в контексте общих целей и заданий судебной реформы. Основными методами исследования являются системный, логический, исторический, телеологический.

Источниками информации для анализа послужили нормативно-правовые и исполнительно-распорядительные акты, различные протоколы, стенограммы, опросы лиц, готовивших и проводивших судебную реформу, периодика тех лет, научные публикации. Последних, к сожалению, не так уж много, а единственной комплексной работой по тематике продолжает оставаться докторская диссертация [2] одного из авторов данной статьи, хотя специфика диссертации заставила обойти вниманием ряд интересных вопросов².

¹ Первые годы после восстановления Независимости (11 марта 1990 г.) в Литве действовала двухзвенная система судов общей компетенции, состоявшая из районных и городских судов, рассматривавших дела в качестве судов первой инстанции, и Верховного Суда, действовавшего как кассационный суд и суд первой инстанции. Утвержденные 16 января 1992 г. поправки и дополнения к действовавшему тогда Временному Основному Закону Литовской Республики и принятая 25 октября 1992 г. новая (ныне действующая) Конституция Литовской Республики закрепили гораздо более сложную – четырехзвенную систему судов общей компетенции (участковые, окружные суды, Апелляционный суд Литвы, Верховный Суд Литвы), обусловленную необходимостью вернуться к существовавшей в Литве в межвоенный период трехзвенной (первая, апелляционная, кассационная) инстанционной системе, и самостоятельную систему конституционной юстиции (Конституционный Суд Литовской Республики), а также предусмотрели возможность создания системы специализированных судов. Указанная возможность была реализована созданием в 1999–2001 гг. окружных административных судов и Главного административного суда Литвы. В настоящее время литовская конституционная доктрина позволяет интерпретировать все это многообразие судебных органов как три самостоятельные судебные системы, однако допускает и трактовку единой судебной системы, состоящей из трех подсистем.

² В предыдущей публикации мы уже отмечали, что реформа последнего десятилетия прошлого века, создавшая нынешнюю судебную систему, уже несколько отдалена от нас временем и редко интерпретируется как часть сегодняшней юридической действительности. В то же время реформа еще не считается отдалившейся настолько, чтобы стать объектом

Учреждение судов и формирование судейского корпуса судов общей компетенции в Литве в 1994 г.

Сравнительно легко учредив³ в 1992 г. участковые суды (на базе до того действовавших районных и городских судов), пришлось столкнуться с немалыми трудностями по учреждению Верховного Суда Литвы, окружных судов и Апелляционного суда Литвы. Впрочем, в отношении последних двух сложности были вполне прогнозируемы, учитывая, что это два вновь создаваемых звена судебной системы. Неподготовленность нормативной базы (прежде всего поправок к УПК и ГПК) не позволила окружным судам и Апелляционному суду начать действовать с 1 ноября 1992 г., как это первоначально предусматривалось – решение проблемы откладывалось на неопределенный срок и состоялось только в 1994 г. Однако проблемы учреждения реально действовавшего с 1990 г. Верховного Суда трудно отнести однозначно как к разряду объективных, так и субъективных.

Вслед за принятым 31 мая 1994 г. Законом о судах Сейм (парламент Литвы) 15 июня 1994 г. утвердил закон "Об учреждении Верховного Суда Литвы, Апелляционного суда Литвы, окружных судов, установлении территории деятельности окружных и участковых судов и реформировании Прокуратуры Литовской Республики". Таким образом, вместо реорганизации был выбран путь учреждения заново Верховного Суда наряду с впервые учреждаемыми окружными судами и Апелляционным судом. Предшествовавшие этому жаркие дебаты в Сейме и средствах массовой информации позволили выявить и детально обсудить много сильных и слабых сторон этого решения. Пожалуй, самыми заинтересованными лицами в исходе этого обсуждения были сами судьи Верховного Суда, избранные в 1990–1993 гг. на десятилетний срок (после восстановления Независимости 11 марта 1990 г. состав Верховного Суда был обновлен уже на две трети) – для них, помимо всего прочего, это решение означало досрочное прекращение полномочий. Понятно, что сами судьи не были удовлетворены таким вариантом, тем более, что по букве закона им не гарантировалось трудоустройство во вновь учреждаемом Верховном Суде, а только подтверждалось отсутствие юридических препятствий для трудоустройства. То есть, избранные на десять лет в состав прежнего Верховного Суда могли претендовать на должности в новом суде на равных основаниях с другими кандидатами, заново проходить процедуру назначения, причем только на срок, установленный новыми законами – пять лет.

Неудивительно, что споры не прекратились с принятием закона и соответствующие его положения были обжалованы в Конституционном Суде, постановление [3] которого было обнародовано 22 декабря 1994 г., т. е. за неделю до даты, с которой должна была официально начать свою работу все четырехзвенная система судов общей компетенции. Установив, что учреждаемый с 1 января 1995 г. Верховный Суд является институцией, имеющей качественно новую компетенцию нежели прежний Верховный Суд, и учреждается для выполнения иных законом предусмотренных функций (кассационное судопроизводство, обобщение и формирование судебной практики), Конституционный Суд не усмотрел какого либо противоречия Конститу-

ции положений закона в той части, в какой это касается самого учреждения Верховного Суда, однако признал антиконституционным положение закона о досрочном прекращении полномочий судей Верховного Суда.

Хотя постановление устранило проблему, но длившееся полгода состояние неопределенности, споров и нервозности не способствовало плодотворной работе самого Верховного Суда и всех тех, кто был задействован в проведении судебной реформы. В результате действия всей совокупности объективных и субъективных факторов, принципиальных и конъюнктурных соображений вместо полугода работа по запуску в действие четырехзвенной системы судов общей компетенции заняла три года – судебная реформа сильно запаздывала, и это уже рассматривалось как угроза демократии.

С принятием в мае-июне 1994 г. упомянутых двух законов настала пора определять число штатных единиц в учрежденных судах и замещать должности судей конкретными лицами. Важнейшую роль в решении этих вопросов предстояло сыграть министру юстиции, подбиравшему и представлявшему на утверждение Президенту Литовской Республики кандидатуры судей судов всех уровней, кроме Верховного Суда – судей последнего назначал Сейм по представлению Президента.

Этот этап начался в условиях не только "цейтнота" (на все имелось пять с половиной месяцев в условиях указанной выше неопределенности с составом Верховного Суда), но и острой нехватки кадров, ставшей одним из серьезных вызовов, брошенных инициаторам и исполнителям судебной реформы. На наш взгляд, заслуживает внимания тот факт, что, сталкиваясь со множеством других трудностей (проблема социальных гарантий, нехватка финансирования, быстро меняющаяся законодательная база и пр.), судьи того времени при опросах как основную проблему называли именно кадровый голод и обусловленную им перегруженность судов. Действительно, если в 80-е гг. XX в. в Литве работало около 140 судей, а в 1992 г. – 179, то в 1993 г. был назначен уже 251 судья, но чтобы справиться с нагрузкой, ложившейся на участковые суды и Верховный Суд, требовалось принять на работу дополнительно 60–100 судей. В некоторых судах нагрузка на судей увеличилась едва ли не вдвое. Так, четверо судей участкового суда Кедайняйского района в 1994 г. рассмотрели 1826 дел [4, с. 4–5]. Нехватка судей приводила к удлинению сроков судебного разбирательства и вызывала обвинения в волоките [5, с. 4–5].

Проблема неоднократно становилась предметом оживленных дискуссий в Сейме, в ходе которых, например, упреком звучали высказывания о том, что межвоенная Литва, имея успешно работавшую четырехзвенную систему судов общей компетенции, обходилась меньшим числом судей. Некоторые выступавшие указывали на объективные трудности реформирования судебной системы, которая в предшествующие годы была сильно политизирована, и часть кадрового состава которой не годилась для работы в независимом и демократическом государстве. Высказывались и упреки в слабой квалификации подготавливаемых в Литве юристов, большая часть которых, якобы из-за своей низкой профессиональной подготовки, не могла работать в судебной сфере и выбирала работу юрисконсультов или вовсе уходила из профессии.

Подобные суждения характерны и для периодической печати, радио и телепрограмм тех лет. Хотя представители разных ветвей власти работали с большой самоотдачей, стремились пропагандировать судебную реформу, разъяснять ее цели и т. д., не

внимания историков права. В результате, реформа остается малоизученной в Литве и малоизвестной за ее пределами.

³ Суды в Литве учреждаются путем принятия соответствующего закона, т. е. недостаточно конституционных положений и общего Закона о судах – следует отдельным законам учредить Верховный Суд, участковые суды и т. д.

скрывать проблемы, не уклоняться от дискуссий, "держат удар" не всегда обоснованной критики, общий информационный фон, на наш взгляд, оставался неблагоприятным для судей и судов.

Министерство юстиции, в адрес которого обычно и летели эти стрелы критики, стремилось определить число судей участковых судов имея в виду не только рациональное распределение имеющейся нагрузки, но и пополнение вышестоящих судов кадрами, получившими опыт работы в участковых судах. Иными словами, участковые суды должны были стать кузницей кадров для всей судебной системы. Анализ стенограмм заседаний Сейма и документов Министерства юстиции показывает, что эти две институции обычно быстро находили общий язык по вопросу увеличения штатных единиц судей участковых судов, но поиск претендентов на новые вакансии требовал от Министерства юстиции значительных усилий – в судьи шли неохотно.

Нельзя сказать, что юристов было мало – за первые четыре года независимости (1990–1993) юридический факультет Вильнюсского университета (в то время основной поставщик кадров для всей правовой системы Литвы) выпустил 825 дипломированных юристов и еще 466 – в рассматриваемый нами период 1994–1996 гг. [6, с. 268]. Однако законодательная и исполнительная ветви государственного аппарата восстановившей независимость Литвы и развивающийся бизнес оказались более сильными конкурентами в борьбе за кадры – низкие зарплаты в судебной сфере не позволяли удерживать лучших специалистов⁴. В таких условиях стать судьей участкового суда было сравнительно просто и быстро (иногда все процедуры занимали всего неделю), но профессиональные и личные качества кандидатов в судьи вызывали большую тревогу. Из 318 судей участковых судов, имевшихся в ноябре 1995 г., две трети работали в этой должности первый или второй год. Большинство из них стали судьями без специальной подготовки, а курсы усовершенствования еще не начали действовать [7].

Несколько выходя за хронологические рамки нашей статьи скажем, что быстро укомплектовав низшее звено судебной системы и тем самым решив важную для всего государства задачу, не удалось избежать негативных последствий, связанных именно с недостаточно строгим отбором кандидатов в судьи (среди них оказалось немало случайных людей) – эти последствия ощущались еще очень долго и вызвали снижение доверия общества к судебной системе.

Вновь созданные окружные суды комплектовались в основном судьями, переведенными из участковых судов (частично – из Верховного Суда), а Апелляционный суд – путем перевода части судей Верховного Суда. Хотя в процессе определения оптимальной численности судей и комплектования судов разного уровня также есть немало интересного и поучительного, остановимся лишь на трех проблемах:

- оптимизация судейского корпуса Верховного Суда, ставшая одним из острейших вопросов, настоящим камнем преткновения, в 1994 г.;
- попытка в 1996 г. сбалансировать нагрузку на Верховный Суд и Апелляционный суд путем временно-го перераспределения кассационных полномочий;
- право формирования судебной практики и расширение компетенции председателя Верховного Суда.

Особенно интересные материалы по этим темам (впрочем, и по другим вопросам судебной реформы) содержатся в стенограммах заседаний Сейма [8], которые необоснованно обходят своим вниманием исследователи.

Поиск оптимальной численности судей Верховного Суда Литвы в 1994 г. На первый взгляд понятно, что при определении штатной численности судей следовало исходить из анализа функций, возложенных на Верховный Суд. С одной стороны, оставив Верховному Суду функции лишь кассационного суда (дела, ранее рассматривавшиеся им в порядке первой инстанции, были отнесены к компетенции окружных судов, а вновь учрежденную апелляционную инстанцию составили окружные суды и Апелляционный суд), можно было ожидать значительного уменьшения нагрузки на судей Верховного Суда, следовательно, уменьшить штат судей (в то время их было 46). Однако важнейшая функция обобщения судебной практики, на наш взгляд, совершенно обоснованно возложенная на Верховный Суд (с учреждением в нем Сената), неизбежно вела к значительному увеличению нагрузки. Проблема состояла в том, что никто не мог предложить сколько-нибудь обоснованных расчетов или готовой методики, позволявшей прогнозировать нагрузку и определить потребное число судей, поэтому пришлось руководствоваться следующими общими соображениями. Во-первых, Верховный Суд не должен количеством судей превосходить Апелляционный суд. Во-вторых, для непрерывной повседневной работы (хотя бы и в небольшом объеме) требовалось минимально 15 судей – четыре коллегии по три судьи, председатель и два его заместителя.

Сейму пришлось рассмотреть целый ряд предложений по численности судей в пределах от 15 до 50, исходящих от разных лиц и институций (Президент Республики, например, предлагал установить численность судей в 20 чел., что дало бы возможность иметь по одному запасному для каждой коллегии и еще одного на весь суд [9]). В конечном счете принятый Сеймом закон определил численность судей Верховного Суда в 23 чел. Полагаем, можно сказать, что здесь мы имеем тот редкий случай, когда не численность судей устанавливалась исходя из необходимости выполнять определенные функции, а наоборот – путем установления того или иного числа судей пытались определенным образом истолковать возложенные на суд функции, придать его деятельности определенную направленность. Численность судей в 23 чел., в общем, была победа той точки зрения, что Верховный Суд должен избегать рутины – массового рассмотрения кассационных дел, ограничиться рассмотрением нескольких десятков дел в год и сосредоточиться, главным образом, на обобщении судебной практики – при такой численности судей требовать от него чего либо большего было бы нельзя.

На момент утверждения такой численности судей Верховного Суда, последний был сильно перегружен. Упомянутые выше рутинные кассационные дела – результат необдуманно, как нам видится, установленной в Законе о судах 1994 г. [10] "двойной кассации". Статья 16 этого закона установила, что окружной суд есть "кассационная инстанция в отношении решений, приговоров, определений и постановлений участковых судов, не рассмотренных в апелляционном порядке", тогда как ст. 18 определила, что Верховный Суд является кассационной инстанцией в отношении актов участковых судов, рассмотренных в апелляционном и кассационном порядке. Таким образом, решение участкового суда могло быть дважды рассмотрено в ка-

⁴ Существенное повышение зарплат судей в 1997 г. позволило вернуть в судебную систему часть ее бывших работников.

скационном порядке – окружным и Верховным Судом. Именно эти дела и были той массой рутины, которая обрушилась на Верховный Суд (в котором часть судебных должностей еще были вакантными – комплектование шло трудно) в результате принятия такого законоположения – за девять месяцев было получено 2276 кассационных жалоб (1311 по гражданским делам и 965 – по уголовным).

Конечно, 23 судьи не могли бы справиться с таким потоком дел, и даже для обобщения практики и рассмотрения немногих важнейших дел этого числа было мало. Работая с материалами тех лет, приходим к выводу, что это количество было своего рода вызовом или импульсом, который должен был инициировать изменения в законодательстве в плане пересмотра компетенции судов. Своей цели он достиг. Конечно, в дальнейшем число судей было увеличено (и довольно значительно), но и двойная кассация была отменена, и ряд других мер предприняты к тому, чтобы судебная система стала сбалансированной и ритмично работающей.

Попытка в 1996 г. сбалансировать нагрузку на Верховный Суд и Апелляционный суд путем временного перераспределения кассационных полномочий. Поступавшая в Министерство юстиции и другие институции "информация с мест", конечно, в определенной мере отражавшая субъективную точку зрения судей, вынужденных работать в новых непривычных для них условиях, свидетельствовала не только о непонимании сути апелляции, ее соотношения с кассацией, специфического предназначения каждого звена судебной системы, но и показывала значительный дисбаланс нагрузки на суды разных уровней и неоптимальное использование ресурсов. Говоря проще, на местах ситуацию видели так: участковые суды по-прежнему перегружены, окружные – недогружены, а Апелляционный суд и вовсе почти не имеет работы. Были и объективные данные, заставлявшие задуматься о том же. Например, едва ли можно было считать нормальным такое положение, когда Отдел уголовных дел Верховного Суда в 1995 г. получил 1 307 кассационных жалоб, по которым судебная коллегия рассмотрела 740 кассационных дел в отношении 944 осужденных, тогда как Отдел уголовных дел Апелляционного суда в том же году рассмотрел в апелляционном порядке только 225 дел [11, с. 8]. По мнению тогдашнего председателя Отдела уголовных дел Верховного Суда В. Грейчюса, суды кассационной и апелляционной инстанций, в сущности, выполняют одну функцию – исправляют судебные ошибки. Исходя из этого представления, учитывая перегруженность кассационными делами и необходимость сосредоточиться на интеллектуально-аналитической работе (формировании общей судебной практики), Верховный Суд инициировал принятие Сеймом 4 и 9 июля 1996 г. комплекса законопроектов, внесших изменения в Закон о судах и ряд других правовых актов [12, с. 167].

Измененная ст. 17 Закона о судах установила, что Апелляционный суд Литвы является не только апелляционной инстанцией в отношении дел, рассмотренных окружными судами в порядке первой инстанции, но и (с оговоркой "временно") кассационной инстанцией в отношении решений, приговоров и определений, вынесенных окружными судами в порядке апелляционного судопроизводства. Измененная ст. 18 Закона о судах по-новому "временно" определила компетенцию Верховного Суда – теперь он был кассационной инстанцией:

■ в отношении решений, приговоров и определений, вынесенных Апелляционным судом в порядке апелляционного судопроизводства,

■ и в отношении решений, приговоров, определений и постановлений, вынесенных окружными судами в порядке первой инстанции.

В самом законе, вводившем эти изменения, говорилось о них как о временной мере, не уточняя понятия временности. Это было сделано в законе о введении в действия указанного закона – вопрос был увязан с подготовкой и принятием новых УПК и ГПК, для чего требовалось (как это казалось на тот момент) порядка 2–3 лет (с позиций сегодняшнего дня понятно, что эти оценки были чрезмерно оптимистичны – оба кодекса были приняты в 2002 г.).

Мотивы и цели таких изменений ясны и их можно было бы только приветствовать, если бы не чрезмерная, на наш взгляд, цена таких изменений – нарушается (пускай и временно) замысел всей судебной реформы и баланс между ее звеньями, размывается роль Апелляционного суда как именно апелляционного и главного апелляционного звена судебной системы. До того его статус был немногим ниже Верховного Суда – да, последний возглавлял всю систему судов общей компетенции, но если рассматривать его как вершину судов кассационной инстанции, то вершиной судов апелляционной инстанции был Апелляционный суд, и в этом смысле они уравнивались. Теперь же Апелляционный суд был превращен в еще одно промежуточное звено, обеспокоенность существования которого отнюдь не очевидна⁵. Уже первые отклики с мест после запуска в действие четырехзвенной системы (с 1 января 1995) содержали мнение о громоздкости системы, избыточности звеньев. Теперь же Апелляционный суд и впрямь становился "пятым колесом в телеге", так что призывы к его упразднению за ненадобностью и новому перераспределению дел между окружными судами и Верховным Судом уже не выглядели чрезмерно радикальными. Как историки права, не можем не дать ретроспективной оценки – такое предложение, будь оно реализовано, означало бы полное игнорирование опыта межвоенной Литвы, которая в период 1919–1933 гг.⁶ имела трехзвенную систему судов общей компетенции, из-за чего менее важные (с точки зрения законодателя) дела, рассмотренные мировыми судьями, могли быть пересмотрены дважды (в апелляционном порядке – окружными судами и с 1921 в кассационном порядке – Главным Литовским Трибуналом), а более важные, решенные окружными судами в порядке первой инстанции – только единожды (Главным Литовским Трибуналом). Только со вступлением в силу 15 сентября 1933 г. нового Закона о судостроительстве этот серьезный недостаток удалось исправить (учредив Апелляционную палату – предшественника Апелляционного суда Литвы). Упразднить Апелляционный суд в 1996 г., на наш взгляд, значило бы "наступить на те же грабли". Правда, как альтернатива высказывалось предложение отказаться от окружных судов, превратив Апелляционный суд в единую мощную апелляционную и кассационную инстанцию, способную обеспечить единую практику правоприменения, обслужить участковые суды и избавить от ру-

⁵ Сам Апелляционный суд решительно возражал против возложения на него функции рассмотрения дел в кассационном порядке, и его позицию разделяли советники Комитета государства и права Сейма, консультанты юридического отдела Сейма, Общество юристов Литвы, Министерство юстиции и др.

⁶ В соответствии с Временным упорядочиванием Литовских судов и их работы (таков дословный перевод названия этого закона, принятого 28 ноября 1918, реализация которого относится уже к 1919).

тины Верховный Суд. Полагаем, это вело к тому же результату – утрате Апелляционным судом его особого правового статуса.

Право формирования судебной практики и расширение компетенции председателя Верховного Суда. Во временном наделении Апелляционного суда полномочиями кассационной инстанции нам видится еще один важный аспект – передача ему права формирования судебной практики. Как уже говорилось, новый Верховный Суд был задуман и учрежден (и это констатировал Конституционный Суд в упомянутом выше постановлении) не только как исключительно кассационный, но и обеспечивающий единство судебной практики суд. Обе функции тесно взаимосвязаны и должны быть в одних руках. Передача части кассационных полномочий Апелляционному суду, хотели того инициаторы и сторонники этого решения, или нет, означала и отказ от единства судебной практики. Сам Верховный Суд это видел и предложил выход – предоставить право Сенату Верховного Суда апробировать кассационные определения Апелляционного суда (равно как и коллегий самого Верховного Суда) и таким образом сохранить в этом вопросе исключительность положения Верховного Суда. Предложение нашло поддержку и в Министерстве юстиции. Во время дебатов в Сейме министр юстиции П. Курис привел примеры из практики других стран Европы, подтверждавшие полезность такого рода мер [13]. Общий информационный фон для принятия соответствующих законодательных поправок был благоприятным – в публикациях и выступлениях в СМИ известных адвокатов, представителей Общества юристов Литвы и других авторитетных фигур говорилось о ряде ошибок, допущенных судебными коллегиями при рассмотрении ряда дел, и о необходимости такой экстраординарной меры, как возможность их пересмотра.

В контексте раздела кассационных полномочий между Верховным Судом и Апелляционным судом такие предложения видятся нам как явный и вынужденный компромисс, оставляющий открытым вопрос, кто же все-таки формирует практику по переданным категориям дел (т. е. фактически, о не формально-юридически) – похоже, все-таки Апелляционный суд, оставляя Верховному Суду возможность вмешаться (насколько реально и как часто – уже другой вопрос) и "сохранить лицо" даже в тех случаях, когда такового вмешательства не было (не стал рассматривать, значит не усмотрел надобности в том). Если же роль Сената по апробированию судебных актов будет чем-то большим чем просто заложенная возможность или "пожарная мера", применяемая лишь в редких исключительных случаях, есть риск получить еще одно звено судебной системы (вроде некогда действовавших Президиума и Пленума Верховного Суда). Впрочем, дискуссия по этому вопросу носит лишь академический характер. Надо прямо признать, что иного выхода не было – передав кассационные полномочия Апелляционному суду, было необходимо чем-то компенсировать это, а компенсировать можно было только расширением функций председателя Верховного Суда и Сената, что и было сделано в 1996 г. соответствующими поправками к Закону о судах.

Теперь Сенат по представлению председателя Верховного Суда должен был рассматривать дела о вступивших в законную силу определениях коллегий Верховного Суда и кассационных определениях Апелляционного суда, если таковое решение Сената было бы значимым для формирования единой правоприменительной судебной практики. Это означало, что

председатель становится более чем лицом, организующим работу Верховного Суда – он получает возможность решать, что может быть значимым для формирования единой практики, а что нет.

Возвращаясь к первопричине всех этих мер – стремлению разгрузить Верховный Суд, стоит задаться вопросом, насколько удалось этого достичь? В 1998 г. выступая на торжествах по поводу 80-летия Литовской судебной системы, исполняющий обязанности председателя Верховного Суда В. Грейчюс оценил раздел функции кассационной инстанции между двумя упомянутыми судами как вынужденную, но оправдавшую себя, в плане снижения нагрузки на Верховный Суд, меру [14, с. 7]. На наш взгляд, эта мера имела частный (говоря военным языком – тактический) успех, да и то недолгий. На Верховный Суд ложился все больший груз дел – одних только гражданских дел в 1996 г. рассмотрено 5 136, а в 1997 г. – 6 250. В общем (стратегическом) плане решение проблемы было связано с принятием новых УПК и ГПК, которые по многим причинам запаздывали, но это уже выходит за хронологические и тематические рамки нашей статьи.

Выводы

■ Сильно запаздывавшую под воздействием совокупности объективных и субъективных факторов, принципиальных и конъюнктурных соображений судебную реформу удалось осуществить лишь путем энергичного проведения большого объема организационных мероприятий, последовавших в течение полугода после принятия в мае-июне 1994 г. важнейших для функционирования судебной системы законов. Однако организационная спешка при отборе кадров и непопулярность судебской работы в глазах юристов снизила качество судебской работы и доверия общества к судебной системе.

■ В то время как численность судей в низовых звеньях судебной системы определялась, исходя из ожидаемой или наличной нагрузки, путем уменьшения до 23 чел. численности судей Верховного Суда пытались придать определенную направленность, превратить его в институцию, занимающуюся главным образом формированием судебной практики и лишь в редких случаях – рассмотрением кассационных дел.

■ Неоптимальная нагрузка на разные звенья судебной системы в 1995–1996 гг. породила ряд мер, тактически оправданных, но нарушающих стратегический замысел реформы и баланс сил внутри системы, едва не привела к отказу от одного из звеньев и переходу к трехзвенной системе. Главный позитивный момент состоит в том, что на данном этапе удалось сохранить четырехзвенную систему судов общей компетенции, что позволило впоследствии заниматься ее совершенствованием, а не коренным переустройством.

Список использованных источников

1. Маховенко Е.; Гришкевич Л. Создание четырехзвенной системы судов общей компетенции в Литве в 1990–1994 годах / Е. Маховенко, Л. Гришкевич // Вісник Київського нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. – 2015. – № 2 (101). – С. 9–15.
2. Griškevič L. Autentiškos teismų sistemos sukūrimas Lietuvoje. Daktaro disertacija (socialiniai mokslai, teisė, 01S) / L. Griškevič. – Vilnius: Vilniaus universitetas, 2013.
3. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1994 m. gruodžio 22 d. nutarimas dėl Lietuvos Respublikos 1994 m. birželio 15 d. įstatymo "Dėl Lietuvos Aukščiausiojo Teismo, Lietuvos apeliacinio teismo, apygardų teismų įsteigimo, apygardų ir apylinkių teismų veiklos teritorijų nustatymo bei Lietuvos Respublikos prokuratūros reformavimo" 2 straipsnio ir šio įstatymo priėmimo tvarkos atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai // Valstybės žinios. – 1994. – № 101–2045.
4. Kaip įgyvendinsime teismų reformą? (pokalbis su Kėdainių rajono apylinkės teismo pirmininku A. Jarašiumi) // Pozicija, nuomonės. – 1995 m. balandžio mėn. – № 1.

5. Griežta nepriklausomos Lietuvos Temidė (pokalbis su teisingumo ministru J. Prapiesčiu) // Pozicija, nuomonės. – 1995 m. balandžio mėn. – № 1.

6. Machovenko J. Vilniaus universiteto Teisės fakultetas 1641–2007 metais / J. Machovenko, M. Maksimaitis. – Vilnius: Vilniaus universiteto leidykla, 2008.

7. Kūris Pr. 1995 m. lapkričio 9 d. viešas laiškas / Pr. Kūris // Lietuvos Respublikos Seimas, Valstybės ir teisės komiteto posėdžių protokolai. – № 1-46. F. 2, ap. 4, bylos nr. 263.

8. Lietuvos Respublikos Seimo 1994–10–07 dvylikasis posėdis // Stenogramos. – 1994–01–01 – № 165. URL: http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=238902&p_query=teis%EBJ%F8%20skyrimas%20auk%F0%E8iausiojo%20teismo&p_tr2=2#zma_5s12poauksteismteisej.

9. Lietuvos Respublikos Seimo 1994–09–27 dešimtas posėdis // Stenogramos. – 1994–01–01 – № 164. URL: http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=238900

&p_query=andrikis%20auk%F0%E8iausiojo%20teismo&p_tr2=2#zma_5s12poauksteismteisej.

10. Lietuvos Respublikos teismų įstatymas // Valstybės žinios. – 1994. – № 46–851.

11. Greičius V. Kasacija baudžiamajame procese: problemos, perspektyvos / V. Greičius // Justitia. – 1997. – № 2.

12. Driukas A. Kasacinio proceso reglamentavimas naujajame civilinio proceso kodekse / A. Driukas // Jurisprudencija. – 2002. – № 28 (20).

13. Lietuvos Respublikos Seimo 1996–07–04 šešiasdešimt penktasis posėdis // Stenogramos. – 1996–01–01. – № 327. URL: http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=240326&p_query=teism%F8&p_tr2=2.

14. Greičius V. Pasisakymas iškilmingame Lietuvos teismų 80-mečio minėjime. Lietuvos Respublikos teismams – 80 / V. Greičius // Justitia. – 1998. – № 6.

Надійшла до редколегії 20.01.17

Є. Маховенко, д-р соц. наук (право), проф.,
Л. Гришкевич, д-р соц. наук (право), лектор
Вільнюський університет, Вільнюс, Литва

ДЕЯКІ АСПЕКТИ РЕФОРМУВАННЯ СУДОВОЇ СИСТЕМИ В ЛИТВІ В 1994–1996 РОКАХ

Подано результати роботи авторів із вивчення судової реформи в Литві в середині останнього десятиліття минулого століття. Спираючись насамперед на першоджерела (протоколи засідань парламенту, нормативні акти тощо), з'ясовані обставини створення чотириланкової системи судів загальної компетенції (починаючи з 1992). Сконцентровано увагу на трьох питаннях: оптимізації чисельності суддів Верховного Суду Литви, спробі збалансувати навантаження на Верховний Суд Литви й Апеляційний суд Литви шляхом тимчасового перерозподілу функцій касаційної інстанції, праві формування єдиної судової практики та розширення компетенції голови Верховного Суду Литви. З'ясовано, що деякі заходи, ужиті для вирішення проблем, які виникли, суперечили стратегічному задуму реформи та порушували баланс сил усередині системи, проте були виправдані з погляду тактики й, у підсумку, допомогли у проведенні судової реформи в Литві.

Ключові слова: судова реформа, Литва, чотириланкова судова система, касація, компетенція Верховного Суду.

E. Machovenko, Doctor of Social Sciences (Law), Professor,
L. Grishkevich, Doctor of Social Sciences (Law), Lecturer
Vilnius University, Vilnius, Lithuania

SOME ASPECTS OF REFORMING THE JUDICIAL SYSTEM IN LITHUANIA IN 1994–1996

In the article the authors present some of the results of their current research on judicial reform in Lithuania in the middle of the last decade of the XX century, while drawing attention to the minutes of the parliament sessions on the issues hereinafter. After revealing the circumstances under which the four branch judicial system of the courts of general competence was established, the light is put on three issues: (i) the optimization of the judicial staff of the Supreme Court of Lithuania, (ii) the attempt to balance the work load of the Supreme Court of Lithuania and the Court of Appeal of Lithuania by temporal distribution of the function of cassation and (iii) the competence to develop a uniform court practice and the extension of the competence of the chairman of the Supreme Court of Lithuania. The authors conclude that though some measures applied at those times were improper by their sense, but at the same time they were necessary and helped to balance and perform the judicial reform in Lithuania in good manner.

Key words: judicial reform, Lithuania, four branch judicial system, cassation, competence of the Supreme Court.

УДК 343.9.01

М. Кікалішвілі, канд. юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

СОЦІОЛОГІЧНІ ТЕОРІЇ ДЕВІАНТНОЇ ПОВЕДІНКИ

(теорії аномії Е. Дюркгейма, Р. Мертон
та теорії соціального контролю і регулювання Т. Хірши, К. Реклеса)

Присвячено аналізу деяких соціологічних теорій девіантної поведінки, а саме теорії аномії та теорії соціального контролю та регулювання.

Ключові слова: девіантна поведінка, девіація, теорія аномії, соціальний контроль, регулювання.

Девіантні форми порушення поведінки або відхилення від загальноприйнятих норм виявляють за останні десятиліття тенденцію стрімкого збільшення і є проекцією всіх тих проблем, що накопичились у суспільстві та вимагають свого невідкладного розв'язання. При цьому характер порушень поведінки може бути найрізноманітнішим. Найчастіше вони виявляються у протилежних діях, ігноруванні існуючих вимог і порядків, пияцтві й алкоголізмі, сексуальній розбещеності, бродяжництві, уживанні наркотичних і токсичних речовин, суїцидальних тенденціях, учиненні злочинів.

Нині таке соціальне явище, як девіація поведінки не тільки стало об'єктом пильної уваги вітчизняної науки (педагогіки, психології, соціології, кримінології тощо), але соціум ставить конкретні завдання щодо розв'язання цієї проблеми.

Поняття *девіантність* (від пізньюлат. *deviatio* – відхилення, від лат. *de* – від лат. *via* – дорога; відхилення від нормалі, відхилення від головного шляху руху, від правильної лінії). Це поняття набуло поширення у філософії, соціології, психології та правознавстві, де під девіантною (такою, що відхиляється) поведінкою розуміють поведінку, що порушує загальноприйняті в даному суспільстві норми і правила. Умовно кажучи, відхилення можуть бути як зі знаком "мінус", так і зі знаком "плюс", коли вчені, діячі культури порушують усталені стереотипи, закладаючи підґрунтя нових світоглядних парадигм і стилів мислення. Юристів не цікавлять ті форми поведінкового відхилення, які не порушують чинні правові норми та не завдають шкоди правовідносинам, проте предметом їхнього постійного зацікавлення є девіантність зі знаком "мінус", оскільки остання так чи

інакше стосується нормативно-правових основ життєдіяльності сучасного суспільства. Саме під таким кутом у межах філософії, соціології, психології і кримінології в науковій літературі розглядають проблему девіантної поведінки (Е. Дюркгейм, Е. Гофман, Р. Мертон тощо), до категорії якої зазвичай відносять правопорушення, злочинність, наркоманію, самогубство тощо.

У науковій літературі існують деякі концепції, що пояснюють девіації:

- Біологічне пояснення девіації (теорії У. Шелдона і Ч. Ломброзо) [4, с. 3].

- Психологічні пояснення (концепції А. Бандури, А. Баса, М. Лазаруса, З. Фрейда) [4, с. 3].

- Соціологічні пояснення (теорії аномії Е. Дюркгейма і Р. Мертона; теорія соціального контролю і регулювання (Т. Хірши і К. Реклеса); культурологічні пояснення (Т. Селлі, У. Міллер); теорія стигматизації або наклеювання ярликів (Г. Беккер); конфліктологічний підхід (А.Турк, Р. Квінні) [4, с. 3].

Ми розглянемо деякі із соціологічні теорії девіантної поведінки, а саме теорії аномії Е. Дюркгейма і Р. Мертона та теорії соціального контролю і регулювання Т. Хірши і К. Реклеса.

Соціологічне пояснення враховує соціальні та культурні чинники, на основі яких людей вважають девіантами.

У центрі уваги теорії аномії, відчуження та ідентифікації стоять питання збігу світогляду індивіда й існуючої в суспільстві системи соціальних цінностей. Кожна із цих теорій розглядає питання злочинної і девіантної поведінки у своєму особливому ракурсі. Аномія – це стан дезорганізації особистості, що виникає через її дезорієнтацію, що є наслідком або соціальної ситуації, у якій має місце конфлікт норм – особистість зіштовхується із суперечливими вимогами, або ситуації, коли норми відсутні. Під відчуженням розуміють відхід індивіда від оточуючого його світу або його недостатня внутрішня інтеграція.

Термін *аномія* вперше з'явився в англійській мові у XVII ст. (1591 р.) і часто використовувався теологами, позначаючи нехтування правом, зокрема божественним. Термін був унесений до словника Джонсона в 1755 р. у двох варіантах – англійською та французькою. Нині більше поширена французька вимова, мабуть, це можна пояснити тим, що в мову соціології термін аномія був уведений у 1897 р. Е. Дюркгеймом. Одна з найважливіших теоретичних конструкцій містить поняття соціального відчуження – явища, вивчення якого кримінологія почала зі звернення Дюркгейма до ідеї аномії. Розробкою цієї концепції займалися Роберт К. Мертон, Річард Клауерд і Ллойд Оулін, Джекоб Гвост та ін.

Уперше соціологічне пояснення девіації було запропоновано саме в теорії аномії, розробленої Емілем Дюркгеймом [6].

Е. Дюркгейм стверджував, що девіація грає функціональну роль в суспільстві, оскільки девіація і покарання девіанта сприяють усвідомленню меж допустимої поведінки, і виконують роль факторів, що спонукають людей підтвердити свою прихильність моральному порядку суспільства. Е. Дюркгейму належить ідея аномії – громадського стану, який характеризується розкладанням системи цінностей, обумовлених кризою всього суспільства, його соціальних інститутів, суперечностей між проголошеними цілями і неможливістю їх реалізації для більшості. Е. Дюркгейм використовував цю теорію у своєму класичному дослідженні сутності самогубства. Він вважав однією із причин самогубства явище, назване аномією (буквально "*розрегульованість*"). Пояснюючи це явище, він підкреслював, що соціальні правила відіграють важливу роль у регуляції життя людей. Нор-

ми керують їхньою поведінкою, вони знають, чого слід очікувати від інших і що чекають від них.

Життєвий досвід людей (тобто їх задоволення і розчарування) більш-менш відповідає очікуванням, які обумовлені соціальними нормами. Однак під час криз чи радикальних соціальних змін, наприклад у зв'язку зі спадом ділової активності та нестримної інфляції, життєвий досвід перестає відповідати ідеалам, утіленим у соціальних нормах. У підсумку люди відчують стан заплутаності і дезорієнтації.

Люди усвідомлюють, що їм важко координувати свою поведінку відповідно до норм, які в цей момент стають слабкими, незрозумілими або суперечливими. У періоди швидких суспільних змін люди перестають розуміти, чого чекає від них суспільство, і відчують складнощі в узгодженні своїх учинків із діючими нормами. "Старі норми" вже не є слушними, а нові, що зароджуються, ще занадто туманні і нечітко сформульовані, щоб служити ефективними і значущими орієнтирами в поведінці. У такі періоди можна чекати різкого зростання кількості випадків девіацій.

Е. Дюркгейм наголошував на необхідності пояснення різних форм соціальної патології саме як суспільних явищ. Наприклад, кількість самогубств залежить не так від внутрішніх властивостей індивіда, як від зовнішніх причин, що керують людьми [5].

Е. Дюркгейм настільки не сумнівався в об'єктивній природі соціальних відхилень, що стверджував "нормальність" злочинності. На його думку, немає жодного іншого феномена, який володів би настільки безперечними ознаками нормального явища, оскільки "злочини спостерігаються у всіх суспільствах усіх типів ... злочинність не знижується по мірі розвитку людства" [6, с. 86]. Більш того, девіації є складовою частиною всякого здорового суспільства, "фактор суспільного здоров'я" [6, с. 86]. У "Соціології" Е. Дюркгейм зазначає: "Злочин є необхідним ... корисним для нормальної еволюції моралі та права ... буває, що він готує зміни" [6, с. 90]. Наприклад, згідно з афінським правом, Сократ (470–399 рр. до Р. Х.) був злочинцем – людиною, що розбещує розум молоді. Тим часом його злочин – самостійність думки – був корисним і для його батьківщини і для людства. Його погляди були підґрунтям нової моральності, якої тоді потребували Афіни, оскільки традиції вже не відповідали умовам життя.

Таким чином, Е. Дюркгейм розглядав соціальні відхилення переважно як наслідок нормативно-ціннісної дезінтеграції суспільства. Його ідеї отримали подальший розвиток у роботах дослідників (у т. ч. В. Парето, Л. Козера), які визнають у ролі ведучих причин девіантної поведінки суперечності між класами і різними соціальними силами, наприклад новаторськими і консервативними [3, с. 6].

Американський соціолог Роберт К. Мертон (1938) уніс деякі зміни в концепцію аномії, запропоновану Е. Дюркгеймом. Він вважає, що причиною девіації є розрив між культурними цілями суспільства та соціально схвалюваними засобами їх досягнення. Р. Мертон спробував застосувати дюркгеймівське поняття аномії та соціальної солідарності, аналізуючи соціальну дійсність США. Для більшості американців життєвий успіх, особливо виражений у матеріальних благах, перетворився на культурно визнану мету. При цьому тільки певні чинники, наприклад, гарна освіта і високооплачувана робота, отримали схвалення як засоби до досягнення успіху. Проте коли ми зіштовхуємося з реальним станом справ в американському суспільстві, стає зрозуміло, що ці соціально схвалені засоби є недоступними для більшості населення.

Багато людей не можуть платити за освіту, а кращі підприємства приймають на роботу лише обмежену кількість фахівців. Згідно з Р. Мертоном, коли люди прагнуть до фінансового успіху, але переконуються в тому, що його не можна досягти за допомогою соціально схвалюваних коштів, вони можуть удатися до незаконних способів, наприклад рекету, спекуляції на скачках або торгівлі наркотиками [8].

Однак "відсутність можливостей" і прагнення до матеріального благополуччя недостатні для девіантної поведінки. Суспільство із жорсткою класовою або кастовою структурою може не надавати всім своїм членам рівних шансів для збагачення, але водночас вихвалити багатство; так було у феодальних суспільствах середньовіччя. Тільки тоді, коли суспільство проголошує загальні символи успіху для всього населення, обмежуючи при цьому доступ безлічі людей до визнаних засобів досягнення таких символів, створюються умови для антигромадської поведінки. Р. Мертон виокремив п'ять реакцій на дилему мети – засоби, чотири з яких представляють собою девіантні адаптації до умов аномії.

Конформізм має місце, коли члени суспільства приймають як культурні цілі досягнення матеріального успіху, а також затверджені суспільством засоби для їх досягнення. Подібна поведінка становить опору стабільного суспільства.

Іновація спостерігається, коли індивіди твердо дотримуються культурно встановлених цілей, але відкидають схвалені суспільством засоби їх досягнення. Такі люди здатні торгувати наркотиками, підробляти чеки, шахраювати, привласнювати чуже майно, красти, брати участь у розбійних пограбуваннях чи займатися проституцією, здрисництвом і купувати символи успіху.

Ритуалізм має місце, коли члени суспільства відкидають культурні цілі або принижують їх значимість, але при цьому механічно використовують схвалені суспільством засоби для досягнення таких цілей. Наприклад, цілі організації перестають бути важливими для багатьох бюрократів, проте вони культивують засоби в ролі самоцілі, фетишизують правила і паперову тяганину.

Ретривізм полягає в тому, що індивіди відкидають і культурні цілі, і визнані засоби їх досягнення, нічого не пропонуючи натомість. Наприклад, алкоголіки, наркомани, вольогі стають ізгоями у власному суспільстві; "вони живуть у суспільстві, але не належать до нього".

Бунт полягає в тому, що бунтарі відкидають культурні цілі суспільства та засоби їх досягнення, але при цьому замінюють їх новими нормами. Такі індивіди поривають зі своїм соціальним оточенням і залучаються до нових груп із новими ідеологіями, наприклад, радикальні суспільні рухи.

Типи індивідуальної адаптації Р. Мертона характеризує рольова поведінка, а не типи особистості. Людина може змінювати думку і переходити від одного типу адаптації до іншого.

Деякі соціологи застосовували теорію аномії при вивченні проблеми підліткової злочинності. Так, А. Коен припустив таке: хлопчиків, що належать до нижчих верств суспільства, приваблюють бандитські угруповання, тому що їх постійно оцінюють за мірками середнього класу, і вони виявляють, що програють у своєму шкільному середовищі, де цінують добре володіння мовою, охайний зовнішній вигляд і здатність заслужувати похвалу. У відповідь на ці вимоги хлопчики "збиваються" в підліткові угруповання, де в пошані "круті", "нахабні хлопці", "порушники спокою", – стандарти, що дозволяють підліткам із нижчих класів досягати успіху. Згідно з дослідженнями Делберта С. Еліота, юні хулігани, що залишили школу, рідше вчиняють правопорушення, ніж ті, які

продовжують її відвідувати. Очевидно, що коли хлопці залишали ненависну їм школу, то вони вирішували проблеми, з якими зіштовхувалися у шкільному середовищі, де до них ставилися із завищеними вимогами.

Теорія аномії Р. Мертона акцентує увагу на тих процесах встановлення визнаних культурних цілей і засобів, за допомогою яких суспільство ініціює девіантну поведінку. Зокрема, за допомогою цієї теорії можна розкрити суть і причини злочинів, пов'язаних із матеріальним збагаченням, учинених на ґрунті наживи і жадібності, злочинів у середовищі "білих комірців" і корпоративних злочинів, злочинів, що "розпалюють війни" і злочинів серед представників владних структур, і тих, хто прагне до влади.

Однак критики теорії Р. Мертона стверджують, по-перше, що він випускає з уваги процеси соціальної взаємодії, за допомогою яких люди формують свої уявлення про світ і планують свої вчинки. Р. Мертон описує порушників соціальних норм як індивідуалістів – людей переважно самодостатніх, що ухвалюють для себе рішення про вихід зі стресових ситуацій без урахування вчинків оточуючих. По-друге, не всю девіантну поведінку можна пояснити розривом між базовими цінностями та цілями. Однак його критики стверджують, що американському суспільству з безліччю субкультур властивий плюралізм. Життя американського суспільства надає безліч прикладів, коли девіантну поведінку індивіда можна пояснити неприйнятністю для нього деяких норм, що мають переважний характер у більшості груп населення.

Теорії Т. Хірши і К. Реклеса акцентують на тому, як людина у процесі соціалізації стає девіантом.

Теорія соціального контролю Треваса Хірши. Учений вважає, що людина переважно є антигромадською істотою і марно запобігати делінквентності, уводячи певні вимоги. Основне питання в поясненні делінквентності має бути "чому вони не роблять цього?". Відповідаючи на це питання, Т. Хірши посиляється на твердження, що ступінь інтеграції індивіда в групі є дуже важливим моментом у поясненні протистояння і делінквентності. Для Т. Хірши інтеграційне сприйняття норм і необхідних відповідних вчинків інших є основним елементом протистояння в суспільстві. Так, якщо індивід байдужий до поглядів інших і не відчуває необхідності слідувати нормам (особливо якщо норми в суспільстві слабо виражені), то він вільний утворювати нові відносини з іншими, які схвалюють девіантну активність і відповідний стиль життя.

Т. Хірши вважає, що делінквентний акт є результатом, коли особистісний борг суспільству слабкий або зруйнований. Він вводить такі елементи зв'язку, як прихильність, вручення, залучення. Особистість, що прив'язана до суспільства має схильність бути більш залученою в активність цього суспільства і сприймати його договірні зв'язки, як основу нормативної поведінки. У своїх фантазіях люди більш девіантні, ніж вони це виявляють [10].

Запропонована **К. Реклесом теорія регулювання** виходить із факту існування внутрішньої і зовнішньої контрольних систем.

В основі цієї теорії лежать уявлення про зовнішні і внутрішні імпульси, що спонукають або до делінквентної, або до законслухняної поведінки. Якщо внутрішні і зовнішні імпульси спонукають до делінквентної поведінки, то результатом і буде делінквентна поведінка. Для внутрішнього регулювання необхідні самосвідомість, самоконтроль, сильне еґо, добре розвинене *супереґо*, висока здатність переносити фрустрацію, опірність різним відволікаючим моментам, розвинене почуття відповідальності, цілеспрямованість, здатність знаходити задоволення в "замінниках", здатність до раціоналізації,

що послаблює напругу. Зовнішнє регулювання є складним механізмом, який діє у безпосередньому соціальному оточенні індивіда й утримує його в межах соціальних норм. Стійкий моральний клімат, наявність розумних соціальних очікувань, дисципліна й ефективний нагляд за дітьми, забезпечення нормальної сфери діяльності, можливість отримати схвалення, можливість виходу зі стану напруги і фрустрації, ідентичність і почуття приналежності до певної групи – усе це фактори зовнішнього регулювання. Зовнішнє і внутрішнє регулювання є головною опосередкованою ланкою між тиском, що чинить на індивіда навколишня дійсність, і його внутрішніми спонуканнями. Факторами зовнішнього тиску можуть бути бідність і нестатки, конфлікти, зовнішні обмеження, статус групи меншості, обмежений доступ до можливостей досягнення успіху й інші стресові ситуації. Розваги, спокуси, приклади злочинної поведінки, реклама – усе це імпульси, які дає довкілля. Зовнішнє регулювання може складатися також із таких компонентів, як щасливе сімейне життя, зацікавленість у діяльності громади, членство в організаціях, дружба із хоршими людьми.

Внутрішнє регулювання передбачає контроль над спонуканнями, мотивами, свободою самовираження, а також над такими почуттями, як фрустрація, нетерплячість, розчарування, обурення, ворожість, приниження. Воно вимагає здатності протистояти зовнішнім і внутрішнім імпульсам, успішно вирішувати конфлікти, утримуватися від спокус і стійко переносити неприємності. Внутрішнє регулювання набуває особливо важливого значення в мобільному, мінливому суспільстві, оскільки

воно само породжує відчуження людей, ускладнює їх участь у житті групи і вибиває їх зі звичної колії.

Теорії Т. Хірши і К. Реклеса мають індивідуальний характер, не беруть до уваги те, що в суспільстві існують девіантні субкультури, також вони розглядають девіантів як осіб, що позбавлені почуття провини і не беруть до уваги, що злочини часто вчиняються з необережності або помилково [10].

Список використаних джерел

1. Американская социология: Перспективы, проблемы, методы. М., 1972. – 390 с.
2. Гилинский Я. Социология девиантного поведения / Я. Гилинский. – СПб.: Питер, 2009. – 507 с.
3. Гилинский Я.И. Социология девиантного (отклоняющегося) поведения: учеб. пособ. / Я.И. Гилинский, В.С. Афанасьев. – СПб., 1993. – 213 с.
4. Деларю В.В. Психология отклоняющегося поведения: учеб.-метод. пособ. / В.В. Деларю. – Волгоград, 2004. – 78 с. URL: <http://lib.druzya.org/deviant/.view-delaru-deviant.txt.full.html>.
5. Дюркгейм Э. Самоубийство (социологический этюд) / Э. Дюркгейм; пер. с франц. с сокр.; под ред. В.А. Базарова. – М.: Мысль, 1994. – 399 с.
6. Дюркгейм Э. Социология. Ее предмет, метод, предназначение / Э. Дюркгейм; пер. с франц. сост., послесл. и примеч. А.Б. Гофмана. – М.: Канон, 1995. – 352 с. (История социологии в памятниках).
7. Клейберг Ю.А. Психология девиантного поведения: учеб. пособ. для вузов / Ю.А. Клейберг. – М.: ТЦ Сфера, при участии "Юрайт-М", 2001. – 160 с.
8. Миллз Р. Властвующая элита / Р. Миллз. – М.: Директмедиа Паблишинг, 2007. URL: http://allconspirology.org/books/Mills-R_Vlastvuyushchaya-elita/.
9. Фокс В. Введение в криминологию / В. Фокс. – М., 1980. – С. 239.
10. Хомич А.В. Психология девиантного поведения: учеб. пособ. / А.В. Хомич. – Ростов-на-Дону, 2006. URL: <http://khomich.narod.ru/DEVIANTRNOE-POVEDENIE/Deviantnoe-posobie.htm>.

Надійшла до редколегії 20.01.17

М. Кикалишвили, канд. юрид. наук, доц.

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

СОЦИОЛОГИЧЕСКИЕ ТЕОРИИ ДЕВИАНТНОГО ПОВЕДЕНИЯ (теории аномии Э. Дюркгейма, Р. Мертон и теории социального контроля и регулирования Т. Хирши, К. Реклеса)

Посвящено анализу некоторых социологических теорий девиантного поведения, а именно теорий аномии и теорий социального контроля и регулирования.

Ключевые слова: девиантное поведение, девиация, аномия, социальный контроль, регулирование.

M. Kikalishvili, PhD, associate Professor

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

SOCIOLOGICAL THEORIES OF DEVIANT BEHAVIOR (anomie theory of Emile Durkheim, Robert Merton and the theory of social control and regulation of T. Hirsch, K. Reklés)

This article analyzes the sociological theories of deviant behavior. Sociological explanations of deviant behavior included social and cultural factors on which people believe deviants. The theory of anomie Emile Durkheim emphasizes the role of regulatory uncertainty and disorientation resulting experience of people stop responding to social norms of society. On the other hand, the proposed concept, devianta necessary to society, because it helps to understand and maintain standards (E. Erickson). The theory of anomie Robert Merton based on the analysis of the factors contributing to acceptance or denial of the purposes of trafficking society, socially acceptable means of achieving them, or both together. Typology deviations: innovation (with consent approval purposes, but objections endorse ways to achieve them), ritualism (denial goals, but use endorse drugs) retreatism (escape from reality) and rebellion.

Keywords: deviant behavior, deviant behavior, deviation, anomie, social control, regulation.

УДК 346.1:346.7

А. Попова, канд. юрид. наук, доц.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА ВИДИ ПРОФЕСІЙНОЇ ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

З'ясовано і проаналізовано основні ознаки професійної фінансової діяльності як виду господарської діяльності. Запропоновано визначення поняття такої діяльності та її види.

Ключові слова: професійна фінансова діяльність, фінансова послуга, ринок фінансових послуг.

Перебудова економіки України супроводжується процесами реформування відносин власності, формування та розвитку повноцінного, ефективно діючого ринку фінансових послуг, головне призначення якого є залучення

й ефективний перерозподіл фінансових активів. Необхідність дослідження професійної діяльності суб'єктів господарювання з надання фінансових послуг у цій сфері характеризують безумовну актуальність теми статті.

Теоретичною базою досліджуваної проблеми є праці таких науковців: О.В. Бондар, О.М. Вінник, С.М. Еш, К.В. Масляєвої, Н.Б. Пацурії, В.І. Серебровського, О.М. Юрчук та ін. Проте в роботах зазначених авторів відсутній комплексний аналіз професійної фінансової діяльності суб'єктів господарювання.

З огляду на це, необхідно виокремити основні ознаки професійної фінансової діяльності, запропонувати власне визначення і види такої діяльності з метою внесення певних змін та/або доповнень до чинного законодавства про ринок фінансових послуг.

Поняття професійної фінансової діяльності не визначається в чинному законодавстві. Більше того, термін *професійна фінансова діяльність* також не закріплений на законодавчому рівні. Уперше його використала О.М. Вінник, яка визначає професійну фінансову діяльність як діяльність, що може здійснюватися суб'єктами господарювання на професійних засадах з метою задоволення відповідних потреб інших осіб [4, с. 594].

Господарський кодекс України (далі – ГК України) визначає основні засади здійснення фінансової діяльності суб'єктів господарювання (гл. 35 "Особливості правового регулювання фінансової діяльності"). З огляду на зміст цієї глави, ГК України визначає не фінансову діяльність загалом, а лише одну її складову – діяльність суб'єктів господарювання з надання фінансових послуг, тобто зазначається про особливий вид господарської діяльності – професійну фінансову діяльність.

Для формулювання поняття професійної фінансової діяльності необхідно виділити і проаналізувати основні її ознаки. Професійна фінансова діяльність суб'єктів господарювання як вид господарської діяльності має такі ознаки:

- особливий суб'єктний склад. Діяльність щодо надання фінансових послуг здійснюється спеціальними суб'єктами господарювання на професійних засадах;
- змістом професійної фінансової діяльності є надання фінансових послуг.

Економічний зміст фінансових послуг полягає в забезпеченні своєчасної мобілізації тимчасово вільних фінансових активів, виконанні розрахункових операцій між суб'єктами ринку, прискоренні обігу й ефективному інвестуванню коштів у численні сфери діяльності, є ринковими послугами і вагомою складовою економічних відносин [17, с. 15].

Нині наука господарського права не виробила єдиного підходу до поняття фінансової послуги. Багато хто з науковців звертає увагу на недосконалість правової категорії "фінансова послуга".

Більшість науковців, а також законодавець, визначають фінансову послугу через категорії "операція", "господарська операція". Так, юридичний словник розглядає фінансові послуги як *операції* із фінансовими активами, що здійснюються фінансовими установами (фінансовими посередниками) на професійній основі або іншими суб'єктами господарської діяльності в інтересах третіх осіб власним коштом чи коштом цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів із метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів [2, с. 969].

І.В. Солошкіна пропонує визначати фінансову послугу як *господарську операцію* із грошовими коштами, цінними паперами та борговими зобов'язаннями, що здійснюється за плату фінансовими установами в інтересах замовників послуг споживачів, та можливих третіх осіб за власний рахунок фінансових установ, або за рахунок споживачів чи третіх осіб, чи за рахунок грошових коштів, залучених від інших осіб з метою збереження їх реальної

вартості, а у випадках передбачених договором, отримання прибутку споживачем [13, с. 392].

А от О.Є. Картамішева стверджує, що фінансові послуги – це занадто загальне і широке поняття, яке означає *діяльність* фінансових або кредитних установ для задоволення потреб фізичних або юридичних осіб, у процесі надання яких ці установи створюють новий товар – власні вимоги та зобов'язання з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів [6, с. 9–13].

Відповідно до легального визначення фінансова послуга – це операції із фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів [11, ст. 1]. К.В. Масляєва пропонує удосконалити законодавче визначення і під фінансовою послугою розуміє такі господарські операції із фінансовими активами, що здійснюються на підставі договору спеціальними суб'єктами господарювання – фінансовими посередниками – на користь третіх осіб за власний рахунок, за рахунок цих осіб або за рахунок залучених від інших осіб фінансових активів з метою обов'язкового збереження їх реальної вартості і отримання прибутку [7, с. 28].

На рівні чинного законодавства визначається перелік фінансових послуг, а також операцій, які не вважаються фінансовими послугами [11, ст. 4]. Так, до операцій, що не вважаються фінансовими послугами, належать:

- операції оператора телекомунікацій з публічного збору благодійних пожертв з абонентів з використанням благодійних телекомунікаційних повідомлень, які здійснюються на підставі договору, укладеного між оператором телекомунікацій та неприбутковою організацією, у тому числі благодійною організацією (крім політичних партій і кредитних спілок), або територіальною громадою;
- операції оператора телекомунікацій із перерахування таких коштів на користь неприбуткової організації, у тому числі благодійної організації (крім політичних партій і кредитних спілок), або територіальної громади.

Фінансовими вважають такі послуги: 1) випуск платіжних документів, платіжних карток, дорожніх чеків та/або їх обслуговування, кліринг, інші форми забезпечення розрахунків; 2) довірче управління фінансовими активами; 3) діяльність з обміну валют; 4) залучення фінансових активів із зобов'язанням щодо наступного їх повернення; 5) фінансовий лізинг; 6) надання коштів у позику, у тому числі і на умовах фінансового кредиту; 7) надання гарантій та поручительств; 8) переказ коштів; 9) послуги у сфері страхування та у системі накопичувального пенсійного забезпечення; 10) професійна діяльність на ринку цінних паперів, що підлягає ліцензуванню; 11) факторинг; адміністрування фінансових активів для придбання товарів у групах; 12) управління майном для фінансування об'єктів будівництва та/або здійснення операцій із нерухомістю відповідно до Закону України "Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю"; 13) операції з іпотечними активами з метою емісії іпотечних цінних паперів; 14) банківські й інші фінансові послуги, що надаються відповідно до Закону України "Про банки і банківську діяльність".

Можна зробити висновок, що цей перелік фінансових послуг є вичерпним, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 4 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг" (далі – Закон про фінансові послуги) надання фінансових послуг, не внесених до зазначеного переліку, забороняється. Ви-

няток становлять лише фінансові послуги, надання яких передбачається іншими законами, і підлягають внесенню до переліку, визначеного ч. 1 ст. 4 цього Закону. При цьому не прописана процедура такого внесення, оскільки далі в ч. 3 ст. 4 Закону про фінансові послуги містить положення про повноваження органів, що здійснюють державне регулювання ринку фінансових послуг, ухвалювати рішення: про належність, визначення операції як фінансової послуги, відсутність такої фінансової послуги серед видів фінансових послуг, передбачених переліком, визначеним у цьому Законі, та заборону надання зазначеної послуги. Таким чином, ці положення Закону про фінансові послуги зумовлюють складний механізм визнання і внесення операції до переліку фінансових послуг, що впливає на гнучкість законодавчого регулювання відносин у цій сфері. З метою надання диспозитивності нормам, що регулюють відносини у сфері надання фінансових послуг і спрощення механізму внесення операцій до переліку фінансових послуг, пропонуємо повернути до ч. 1 ст. 4 Закону про фінансові послуги пункт, який передбачав "інші операції, що відповідають критеріям, визначеним у п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України "Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг";

- ризиковий характер. Особливої уваги заслуговує правова характеристика фінансового ризику. Насамперед, доцільно проаналізувати поняття такої загальної категорії щодо фінансового ризику як підприємницький ризик.

З економічного погляду підприємницький ризик визначається як:

- підприємницький ризик – це діяльність суб'єктів господарювання, пов'язана з подоланням невизначеності в ситуації неминучого вибору, у процесі якої є можливість оцінити вірогідність досягнення бажаного результату, невдачі і відхилення від мети, що містяться у вибраних альтернативах всіх видів підприємницької діяльності [15, с. 194];

- ризик, що виникає при будь-яких видах діяльності, пов'язаних із виробництвом продукції, товарів, послуг. Господарський (підприємницький) ризик – ризик, що виникає при будь-яких видах діяльності, пов'язаних із виробництвом продукції, товарів, послуг, їх операціями, комерцією, здійсненням соціально-економічних і науково-технічних проектів [1, с. 159];

- спосіб господарювання в непередбачених умовах (обставинах), при якому створюються завдяки особливим здібностям підприємця можливості і необхідність запобігати, зменшувати несприятливу дію стохастичних умов й одержувати в цих умовах підприємницький дохід [16, с. 189–199].

При всій різноманітності підходів до класифікації ризиків можна виокремити кілька основних його видів: виробничі, інвестиційні й інноваційні, фінансові (у т.ч. банківські), маркетингові [15, с. 191].

Фінансовий ризик в економічній діяльності – це об'єктивний фактор, зумовлений дією стохастичних (прим. *від гр., здогадка; випадковий, імовірнісний*) причин і чинників, зокрема конфліктністю ситуації ухвалення рішень, невизначеністю цілей і наслідків дій, відсутністю повної та об'єктивної інформації щодо процесів, які відбуваються тепер чи відбуватимуться в майбутньому [5, с. 167].

Основним виявом фінансових ризиків для підприємств-виробників є загроза банкрутства. До цього виду ризиків належать фінансові ризики неотримання доходу і ризики за операціями із цінними паперами. Серед фінансових ризиків виокремлюють в окрему позицію банківський через важливість і специфічність окремих його

виявів, проте іноді досліджують серед фінансових ризиків. Основними виявами банківських ризиків є ризики кредитні, відсоткові, ліквідності банку, за депозитними операціями і розрахунками, а також за банківськими зловживаннями [10, с. 51–56].

У літературі особливістю фінансового ризику виділяють імовірність зазнати збитків внаслідок здійснення будь-яких операцій у фінансово-кредитній і біржовій сферах, операцій із фондovими цінними паперами, тобто ризику, який впливає із природи зазначених операцій [5, с. 163].

У чинному законодавстві не міститься визначення фінансового ризику. Водночас законодавець регламентує різні види фінансових ризиків. Так, відповідно до ст. 8 Закону України "Про страхування" страховий ризик – це певна подія, на випадок якої здійснюється страхування і яка має ознаки ймовірності та випадковості настання. Н.Б. Пацурія категорію страхового ризику пропонує вважати передумовою виникнення страхових правовідносин [9, с. 117]. В.І. Серебровський термін *страховий ризик* визначав як небезпеку або можливість настання страхового випадку [12, с. 195]. Ризики банківської діяльності (*banking risks*) впливають зі специфіки банківської діяльності, що здійснюється в умовах ринкових відносин, й означають імовірність того, що події, очікувані або неочікувані, можуть мати негативний вплив на капітал та/або надходження банку. З погляду банку ризик – це потенційна можливість недоотримання доходів або зменшення ринкової вартості капіталу банку внаслідок несприятливого впливу зовнішніх або внутрішніх факторів. Такі збитки можуть бути прямими (втрата доходів або капіталу) чи непрямими (накладення обмежень на здатність банку досягати своїх бізнес-цілей). З метою здійснення банківського нагляду Національний банк України виокремив дев'ять категорій ризику, а саме: кредитний, ризик ліквідності, ризик зміни відсоткової ставки, ринковий, валютний, операційно-технологічний, ризик репутації, юридичний і стратегічний ризики. Ці види ризиків не є взаємовиключними. Будь-який банківський продукт або послуга може наражати банк на кілька ризиків. Валютний ризик (*foreign exchange risk*) – наявний або потенційний ризик для надходжень і капіталу, який виникає через несприятливі коливання курсів іноземних валют і цін на банківські метали. *Валютний ризик* поділяють на: ризик трансакції, ризик перерахунку з однієї валюти в іншу (трансляційний ризик), економічний валютний ризик [8];

- може мати комерційний і некомерційний характер. Переважна більшість суб'єктів господарювання ведуть професійну фінансову діяльність постійно для задоволення майнових інтересів інших членів суспільства, з основною метою – одержання прибутку від операцій, які вони проводять. Разом із тим, законодавство передбачає здійснення господарської фінансової некомерційної діяльності. Так, відповідно до ст. 14 Закону України "Про страхування" фізичні особи та юридичні особи з метою страхового захисту своїх майнових інтересів можуть створювати товариства взаємного страхування в порядку і на умовах, визначених законодавством України. Товариство взаємного страхування є юридичною особою-страховиком, що створюється відповідно до Закону України "Про страхування" з метою страхування ризиків членів цього товариства [14, п. 2]. Відмінна риса страхових організацій цього типу, як зазначає Н.Б. Пацурія, полягає в тому, що вони не переслідують мету отримання прибутку від операцій, що здійснюються, оскільки страхують тільки майнові інтереси тих осіб, які є членами таких організацій [9, с. 71]. Наприклад, недержавний пенсійний фонд має статус неприбуткової організації (непідприємницького товариства), функціо-

нує та веде діяльність винятково з метою накопичення пенсійних внесків на користь учасників пенсійного фонду з подальшим управлінням пенсійними активами (ст. 1 Закону України "Про недержавне пенсійне забезпечення"). Професійна фінансова діяльність на ринку цінних паперів також може мати комерційний і некомерційний характер. Зокрема, діяльність з організації торгівлі на фондовому ринку є некомерційною господарською діяльністю, оскільки здійснюється фондовою біржею, прибуток якої, відповідно до ст. 21 Закону України "Про цінні папери та фондовий ринок", спрямовується на власний розвиток та не підлягає розподілу між її засновниками (учасниками);

- використовуючи вдалий підхід О.М. Вінник щодо балансу приватних і публічних інтересів в процесі здійснення підприємницької діяльності [3, с. 29], доцільно звернути увагу на таку ознаку професійної фінансової діяльності суб'єктів господарювання, як поєднання приватних і публічних інтересів. Професійна фінансова діяльність суб'єктів господарювання може існувати як баланс приватного інтересу суб'єкта такої діяльності щодо отримання прибутку від надання фінансових послуг і публічних інтересів, зокрема, споживачів (щодо якості, ціни та інших характеристик фінансових послуг), держави – щодо сплати податків та дотримання інших, встановлених правил у сфері господарювання;

- здійснюється у сфері суспільного виробництва. У процесі надання спеціальним суб'єктом господарювання фінансової послуги споживачу відбувається формування і використання власних та/або залучених фінансових активів на ринку реальних активів, тобто у сфері суспільного виробництва.

Багатоплановість професійної фінансової діяльності зумовлює різноманітні класифікації такої діяльності.

За предметом професійну фінансову діяльність можна поділити на: банківську і страхову, професійну діяльність на фондовому ринку, лізингову, факторингову і ломбардну діяльності, спільне інвестування, недержавне пенсійне забезпечення тощо.

Залежно від ринку здійснення: на кредитному ринку, на валютному ринку, на ринку цінних паперів, на страховому ринку тощо.

Залежно від суб'єкта здійснення:

- діяльність банківських фінансових установ – фінансова діяльність здійснюється банками;
- фінансова діяльність небанківських кредитно-фінансових установ:

- діяльність небанківських кредитних установ (кредитні спілки, факторингові і лізингові компанії, ломбарди);

- діяльність небанківських фінансових установ (діяльність, що здійснюється страховими компаніями, інститутами спільного інвестування, недержавними пенсійними фондами (які в Законі про фінансові послуги донині зберегли назву "установ пенсійного забезпечення"), довірчими товариствами, професійними учасниками фондового ринку).

Відповідно до ст. 333 ГКУ фінансова діяльність поділяється на:

- фінансове посередництво – діяльність, пов'язана з отриманням та перерозподілом фінансових коштів, крім випадків, передбачених законодавством. Фінансове посередництво здійснюється установами банків та іншими фінансово-кредитними організаціями;

- страхування – діяльність, спрямована на покриття довго- і короткотермінових ризиків суб'єктів господарювання з використанням заощаджень через кредитно-фінансову систему або без такого використання;

- допоміжна діяльність у сфері фінансів і страхування – недержавне управління фінансовими ринками, біржові операції із фондовими цінностями, інші види діяльності (посередництво у кредитуванні, фінансові

консультації, діяльність, пов'язана з іноземною валютою, страхуванням вантажів, оцінювання страхового ризику та збитків, інші види допоміжної діяльності).

Доцільно буде також проаналізувати положення Класифікації видів економічної діяльності (КВЕД-2010), оскільки об'єктами класифікації в КВЕД є всі види господарської (економічної) діяльності суб'єктів.

Фінансове посередництво охоплює грошове посередництво. Згідно із КВЕД-2010 грошове посередництво – одержання коштів у формі перевідних депозитів (депозитів до запитання), тобто засобів, що мають певне грошове вираження і надходять на нерегулярній основі з нефінансових джерел і зазвичай здійснюється фінансовими установами (комерційними банками, ощадними банками, кредитними спілками). Грошове посередництво передбачає: приймання депозитів і/або аналогів депозитів; надання кредитів (у формі позики, іпотечні кредити під заставу, кредитні картки тощо) і позик; діяльність, пов'язану з виконанням доручень щодо поштових безготівкових переказів, банківських операцій, у тому числі розрахунково-касове обслуговування населення, включаючи виплату державних пенсій і грошових допомог, іншу фінансову діяльність, що здійснюється операторами поштового зв'язку; надання житлових кредитів спеціалізованими кредитними установами; здійснення готівкових переказів (клас 64.19). Згідно з класом 66.19 КВЕД-2010 інша допоміжна діяльність у сфері фінансових послуг, крім страхування та пенсійного забезпечення, охоплює всі види діяльності, які є допоміжними щодо фінансового посередництва і не віднесені до інших угруповань (крім діяльності страхових агентів і брокерів й управління фондами). Це, зокрема: діяльність з оброблення й оплати фінансових трансакцій, у т. ч. операцій з кредитними картками; консультаційні послуги з питань інвестування; діяльність брокерів і консультантів з іпотечних операцій; послуги довіритель, попечителів і зберігачів за винагороду або на основі контракту.

Отже, на підставі виокремлених ознак можна запропонувати визначати **професійну фінансову діяльність** як здійснення дій спеціальними суб'єктами господарювання на професійних засадах, спрямованих на формування і використання власних та/або залучених фінансових активів у сфері суспільного виробництва, що поєднують приватні та публічні інтереси і мають ризиковий характер. Особливості надання окремих видів професійної фінансової діяльності будуть предметом подальших досліджень.

Список використаних джерел

1. Бондар О.В. Ситуаційний менеджмент: навч. посіб.: 2-ге вид., перероб. та доп. / О.В. Бондар. – К.: Центр учбової літератури, 2012. – 388 с.
2. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Вид-во "Юридична думка", 2012. – 1020 с.
3. Вінник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення: монограф. / О.М. Вінник. – К.: Атіка, 2003. – 352 с.
4. Вінник О.М. Господарське право: навч. посіб. – 2-ге вид., змін. та доп. / О.М. Вінник. – К.: Всеукраїнська асоціація видавців "Правова єдність", 2008. – 766 с.
5. Еш С.М. Фінансовий ринок: навч. посіб. / С.М. Еш. – К.: Центр учбової літератури, 2009. – С. 167.
6. Картамішева О.Є. До визначення категорії "фінансова послуга" як правової, її співвідношення з інвестиційною діяльністю / О.Є. Картамішева // Фінансове право. – 2008. – № 4. – С. 9–13.
7. Масляева К.В. Господарсько-правове забезпечення функціонування ринку фінансових послуг України: монограф. / К.В. Масляева. – Х.: Видавництво "ФШН", 2010. – 176 с.
8. Методичні вказівки з інспектування банків "Система оцінки ризиків": Постанова Правління Національного банку України від 15.03.2004 р. № 104 // База даних "Законодавство України" / ВР України. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/> (дата звернення 26.05.2017).
9. Пацурія Н.Б. Страхові правовідносини у сфері господарювання: проблеми теорії і практики: монограф. / Н.Б. Пацурія. – Ніжин: ТОВ "Видавництво "Аспект-Поліграф", 2013. – 504 с.

10. Правдюк Н.Л. Довгострокове іпотечне кредитування в аграрній сфері економіки: можливості та ризики / Н.Л. Правдюк // Економіка АПК. – 2011. – № 11. – С. 51–56.

11. Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 1. – Ст. 1.

12. Серебровський В.И. Страховий ризик / В.И. Серебровський // Сборник ст. кафедры "Проблемы современного права" и правового факультета Харьковского ин-та народного хозяйства, посвященный памяти академика В.М. Гордона. – 1927. – С. 193–199.

13. Солошкіна І. В. Фінансові послуги як правова категорія: поняття, суттєві сторони та інші ознаки / І. В. Солошкіна // Форум права. електрон. наук. вид. 2013. – № 4. – С. 388–394. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2013_4_67.pdf (дата звернення: 26.05.2017).

14. Тимчасове Положення "Про товариство взаємного страхування": Постанова Кабінету Міністрів України, 1.02.1997 року № 132 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 6. – С. 64.

15. Чуприна І.В. Поняття та класифікація ризиків в підприємницькій діяльності / І.В. Чуприна // Збірник наукових праць ВНАУ. – 2012. – № 4 (70). – С. 187–194.

16. Шепеленко О.В. Управління підприємницькими ризиками суб'єкта господарювання / О.В. Шепеленко // Економічні науки: Вісник ДонНУЕТ. – 2011. – № 4 (52). – С. 189–199.

17. Юрчук О.М. Банківська діяльність на ринку фінансових послуг: автореф. дис. ...канд. екон. наук: спец. 08.00.08 "Гроші, фінанси і кредит" / О.М. Юрчук. – К., 2010. – 21 с.

Надійшла до редколегії 20.01.17

А. Попова, канд. юрид. наук, доц.

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ПОНЯТИЕ, ПРИЗНАКИ И ВИДЫ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ФИНАНСОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Выделены и проанализированы основные признаки профессиональной финансовой деятельности как вида хозяйственной деятельности. Предложено определение понятия такой деятельности и ее виды.

Ключевые слова: профессиональная финансовая деятельность, финансовая услуга, рынок финансовых услуг.

A. Popova, PhD, docent

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

CONCEPT, CHARACTERISTICS AND TYPES OF PROFESSIONAL FINANCIAL ACTIVITY

The article identifies and analyzes the main features of professional financial activity as a type of economic activity. A definition of the concept of such activity and its types is proposed.

Key words: professional financial activity, financial service, financial services market.

УДК 346.7

О. Клепікова, канд. юрид. наук, доц.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

СИСТЕМАТИКА ВИДІВ ТРАНСПОРТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Наведено методологічні прийоми визначення видів транспортної діяльності. З'ясовано нормативну і доктринальну систематику видів транспортної діяльності.

Ключові слова: господарське право, транспортне право, транспортна діяльність, види транспортної діяльності.

Постановка проблеми. Транспорт в Україні – це потужний інфраструктурний комплекс, що забезпечує потреби економіки держави та суспільства в різних послугах. У своєму широкому значенні він є галуззю, що опосередковує різні види господарської діяльності. Безумовно, перевага надається перевезенням, але інші види транспортної діяльності також є самодостатніми і їхня роль в економіці останнім часом значно зростає.

З огляду на різноплановість видів транспортної діяльності у літературі запропоновано чимало критеріїв класифікації, що дозволяють звернутися до аналізу кожного виду транспортної діяльності. Проте не завжди критерій класифікації може увібрати всі характерні ознаки того чи іншого виду транспортної діяльності або, навпаки, відокремити їх задля розмежування. І тому, ведучи мову про класифікацію, насамперед слід мати на увазі те, що вона зумовлює розподіл видів транспортної діяльності залежно від їх загальних ознак. Таким чином, ми маємо справу із системою, що побудована на підставі загальних ознак і дозволяє орієнтуватися в різноманітні видів транспортної діяльності.

Питання видів транспортної діяльності висвітлювалися в контексті спеціального правового регулювання І. Булгаковою, М. Шелухінін, В. Кадалю, О. Клепіковою, О. Полтавським, Г. Самойленко, Е. Деркач та іншими науковцями.

Е. Деркач, зокрема, визначає критерії класифікації залізничних перевезень вантажів (правовий статус суб'єктів перевезення, обсяг послуг, об'єкт перевезення, межі території перевезення, кількість видів транспорту, що беруть участь у перевезенні). Про особливості та види перевезень вантажів у внутрішньому водному

сполученні можуть бути зроблені висновки в контексті досліджень Г. Самойленко.

Метою цієї статті є теоретична розробка прийомів узагальнення та класифікації видів транспортної діяльності.

Викладення основного матеріалу. Систематика (із грец. – *упорядкований, належить до системи, система класифікація предметів вивчення, групування, класифікація предметів і явищ* [1]) видів транспортної діяльності – це методологічний прийом визначення взаємозв'язку між видами транспортної діяльності за їх загальними і спеціальними ознаками, який зумовлює їхню класифікацію, групування або інше об'єднання. Слід зауважити, що такий прийом визначення видів транспортної діяльності дозволяє не лише звернутися до критеріїв класифікації, а й пояснити системне значення категорій, що уособлюють окремі види транспортної діяльності. За теоретичних підстав нині не складно виокремити основні критерії класифікації перевезень, однак пояснити, чи увібрали в себе торговельне мореплавство чи авіаційна діяльність різні види перевезень, є можливим саме завдяки системному підходу в дослідженні цього питання. Отже, при дослідженні виду транспортної діяльності, увага має бути приділена не лише загальним ознакам, а й родовим, спеціальним, узагальнення яких зумовлює визначення так званих "системних" видів транспортної діяльності (напр., морегосподарська, авіаційна, автотранспортна діяльності тощо). Систематика може набувати ознак нормативної або доктринальної, про що свідчить нормативний досвід визначення "системних" видів транспортної діяльності та розроблені науковцями різнопланові критерії класифікації транспортної діяльності.

Так, зокрема, діючий нині Національний класифікатор України "Класифікація видів економічної діяльності ДК 009:2010", затверджений Наказом Держспоживстандарту України № 457 від 11.10.2010 р. [2] (далі – КВЕД), звертає у преамбулі увагу на мету класифікації та підстави її впровадження і є прикладом нормативної систематики.

Зокрема, у КВЕД зауважується, що останній всесвітній перегляд Міжнародної стандартної галузевої класифікації всіх видів економічної діяльності (ISIC) Статистична комісія ООН розпочала в 1999 р. Перегляд ініційовано у зв'язку зі швидким розвитком технологій, особливо у сфері інформаційної та телекомунікаційної діяльності, появою нових типів спеціалізації компаній, поділом праці, новими концептуальними підходами до класифікації професійних та адміністративних послуг. Також було враховано зростання попиту на більш повну та зіставну інформацію в деяких галузях, які представляють певний інтерес для міжнародних організацій у межах виконання міжнародних програм і державної політики, наприклад, програм щодо охорони довкілля, забезпечення населення питною водою, охорони здоров'я людини тощо.

У межах Європейського статистичного простору, який, окрім країн – членів Європейського Союзу, охоплює країни Європейської асоціації вільної торгівлі та більшість країн Центральної Європи, з 1993 р. статистичні дані вперше почали збирати та розробляти за Класифікацією видів економічної діяльності Європейського Співтовариства (NACE) та Класифікацією продукції за видами економічної діяльності Європейського Співтовариства (CPA). NACE та CPA – це складова частина міжнародної інтегрованої системи статистичних класифікацій. NACE – похідна класифікація від ISIC і, задля задоволення конкретних потреб користувачів у ЄС, вона більш деталізована на нижчому рівні.

В Україні національні статистичні класифікації видів економічної діяльності, продукції, товарів створювали, використовуючи європейські класифікації в незмінному вигляді. Упровадження Класифікації видів економічної діяльності (ДК 009-96), яку було побудовано на базі NACE (Rev. 1), відбувалося впродовж 1997–2000 рр. згідно з розробленим планом заходів, а, починаючи із січня 2001 р., за цією Класифікацією здійснювали організацію статистичних спостережень, формування зведеної інформації та публікації статистичних даних. Із 2006 р. набула чинності друга редакція Класифікації видів економічної діяльності (ДК 009:2005), побудована на базі NACE (Rev. 1.1).

Відповідно до мети, КВЕД установлює основи для підготовки та поширення статистичної інформації за видами економічної діяльності. Основний принцип КВЕД полягає в об'єднанні підприємств, що виробляють подібні товари чи послуги або використовують подібні процеси для створення товарів чи послуг (тобто сировину, виробничий процес, методи або технології), у групи.

Однак аналіз положень КВЕД надає підстав звернути увагу на те, що йдеться про економічну діяльність, що, власне, залишає відкритим питання про відповідність нормам Господарського кодексу України. Також потребує з'ясування питання про визначення основних, допоміжних і другорядних видів діяльності. Отже, за КВЕД:

- основний вид економічної діяльності – це визначальна ознака у формуванні та стратифікації сукупностей статистичних одиниць для проведення державних статистичних спостережень;

- допоміжні види економічної діяльності – це види діяльності, які виконують переважно у сфері послуг, а їх результати використовує сам суб'єкт задля обслуговування його основного та другорядних видів економічної

діяльності (керування підприємством, бухгалтерський облік, транспортування, складування, закупівля, збут, ремонт, технічне обслуговування тощо);

- другорядні види економічної діяльності – це будь-які інші (крім основного) види економічної діяльності суб'єкта з виробництва товарів або надання послуг.

Структуру КВЕД формують секції, розділи, групи, класи. Транспортна діяльність увійшла у підрозділи, що стосуються функціонування транспорту, яким присвячено секцію Н "Транспорт, складське господарство, поштова та кур'єрська діяльність". У цій секції виокремлено такі розділи, групи та класи:

- Наземний і трубопровідний транспорт:

- пасажирський залізничний транспорт міжміського сполучення,

- вантажний залізничний транспорт,

- інший пасажирський наземний транспорт (пасажирський наземний транспорт міського та приміського сполучення, надання послуг таксі, інший пасажирський наземний транспорт),

- вантажний автомобільний транспорт, надання послуг перевезення речей,

- трубопровідний транспорт.

- Водний транспорт:

- пасажирський морський транспорт,

- вантажний морський транспорт,

- пасажирський річковий транспорт,

- вантажний річковий транспорт.

- Авіаційний транспорт:

- пасажирський авіаційний транспорт,

- вантажний авіаційний транспорт і космічний транспорт.

- Складське господарство та допоміжна діяльність у сфері транспорту (допоміжне обслуговування наземного транспорту, допоміжне обслуговування водного транспорту, допоміжне обслуговування авіаційного транспорту, транспортне оброблення вантажів, інша допоміжна діяльність у сфері транспорту).

Отже, з поданого можна зробити висновок про те, що класифікація видів транспортної діяльності здійснюється за критерієм виду транспорту. Таким чином, загальною та власне основною утворюючою ознакою будь-якого виду транспортної діяльності є вид транспорту.

Вид транспорту – це категорія, відповідно до якої виділяється група елементів транспортної інфраструктури, визначальними для якої є загальне функціональне призначення транспортних засобів окремого виду. Видами транспорту є: водний транспорт (морський і річковий транспорт), авіаційний транспорт, автомобільний транспорт, залізничний транспорт, трубопровідний транспорт, міський електротранспорт і метрополітен.

На практиці нараховується значна кількість транспортних послуг, їх різноманіття дозволяє поряд із загальними ознаками транспортної діяльності визначати спеціальні, визначальні для того чи іншого виду транспортної діяльності. Доктринальна систематика дозволяє згрупувати (поєднати) види транспортної діяльності та надає можливість їх класифікувати за різними критеріями.

- За предметною ознакою слід визначити перевезення (вантажів, пасажирів, багажу і пошти) й інші види транспортних послуг (агентування, буксирування, аеронавігаційного обслуговування тощо).

- Транспортна діяльність не завжди обмежується терміном або періодом надання транспортних послуг, як-то фрахтування, перевезення тощо. Така діяльність може здійснюватися і без визначення терміну, наприклад, лоцманське проведення суден чи окремі види аеропортових послуг. Тому, за критерієм строковості

транспортна діяльність може бути визначена як строкова і безстрокова.

■ Із запровадженням в Україні ліцензування певних видів господарської діяльності, такі види транспортної діяльності, як перевезення пасажирів і небезпечних вантажів, можуть здійснюватися лише за умов одержання суб'єктами транспортної діяльності відповідної ліцензії. Щодо багатьох інших видів транспортної діяльності, отримання ліцензії законодавством не передбачено. Зокрема, це стосується фрахтування морських суден, транспортної експедиції. Отже, транспортна діяльність може бути ліцензійованою і неліцензійованою.

■ З виконанням програми реформування транспортного сектора економіки пов'язується створення конкурентного середовища на ринку транспортних послуг і забезпечення діяльності суб'єктів господарювання різних форм власності. На зазначеному етапі розвитку транспортної системи України, за критерієм суб'єктів здійснення, транспортна діяльність може бути класифікована на загальносуб'єктну (здійснюється суб'єктами різних форм власності – перевезення, фрахтування морських суден) та обмеженосуб'єктну (здійснюється суб'єктами державної власності, як-то діяльність морських портів).

■ Залежно від ринку, у межах якого здійснюється надання транспортних послуг, транспортна діяльність може бути як внутрішня або зовнішня. На відміну від внутрішньої транспортної діяльності, що здійснюється на території України, зовнішня – пов'язується з перетинанням транспортним засобом митного кордону України. За цим критерієм перевезення отримали назву внутрішніх і міжнародних. Із цим пов'язується політичний курс на утвердження України як транзитної держави.

■ Залежно від того, у якому режимі працює транспорт, можна визначити транспортну діяльність, що здійснюється у звичайному режимі і транспортну діяльність, що здійснюється у спеціальному режимі. Якщо транспортна діяльність здійснюється у спеціальному режимі, то вона спрямована на виконання спеціальних завдань, зокрема це стосується виконання військових перевезень, перевезень у зв'язку з евакуацією населення внаслідок епідемії, стихійного лиха тощо. Так, організаційно-правові засади здійснення транспортної діяльності в особливий період визначено в Законі України від 20.10.1998 р. "Про функціонування єдиної транспортної системи України в особливий період", згідно з яким здійснення транспортної діяльності в особливий період має бути спрямовано на забезпечення потреб Збройних сил України й інших військових формувань, народного господарства і цивільної оборони в перевезеннях.

■ Залежно від виду транспорту, який забезпечує надання відповідних транспортних послуг і зумовлює використання відповідної транспортної інфраструктури, можна визначити діяльність залізничного, морського, річкового, автомобільного, авіаційного та міського електротранспорту.

За цим критерієм деякі види транспортної діяльності отримали іншу, узагальнену назву, як-то: автотранспортна діяльність, авіаційна діяльність, торговельне мореплавство тощо. Це зумовлює звернути увагу на можливість об'єднання видів транспортної діяльності в одну категорію, що також є характерним для нормативної і доктринальної систематики і відрізняє її від звичайного прийому класифікації.

Визначення такого виду транспортної діяльності, як торговельне мореплавство, пов'язується із видами мореплавства. На відміну від торговельного мореплавства, риболовним є мореплавство, що пов'язане з використанням судна для рибного або іншого морського промислу. Військовим є мореплавство, що здійснюється,

як правило, для державних потреб і пов'язане з несенням військової служби.

Торговельне мореплавство, згідно зі ст. 1 КТМУ, – це діяльність, пов'язана з використанням суден для перевезення вантажів, пасажирів, багажу та пошти, рибних та інших морських промислів, розвідки та видобування корисних копалин, виконання буксирних, криголамних і рятувальних операцій, прокладання кабелю, також для інших господарських, наукових, культурних цілей. Відповідно до наведеного визначення: а) торговельне мореплавство є різновидом мореплавства; б) існує невизначеність щодо всіх видів діяльності, які належать до торговельного мореплавства, оскільки перелік, поданий у ст. 1 є невичерпним; в) визначення цілей, задля яких має здійснюватися торговельне мореплавство господарські, наукові, культурні. Таким чином, категорія "торговельне мореплавство" уособлює об'єднання різних видів діяльності і з огляду на її визначеність у законодавстві дозволяє констатувати нормативну систематику.

З огляду на неоднозначність правової природи торговельного мореплавства, неможливо обійти питання щодо правильності застосування термінів, а саме: яке поняття слід застосовувати – "торговельне мореплавство" чи "морегосподарська діяльність"[3]? Зазначимо, що в Постанові Кабінету Міністрів України "Про затвердження морської доктрини України на період до 2035 року" від 7 жовтня 2009 р. № 1307 [4] використовують поняття *морська діяльність*, *морська господарська (морегосподарська діяльність)* і *торговельне судноплавство* в різних значеннях.

На нашу думку, розмежування наведених категорій є теоретично можливим і зумовлене практикою. Загального характеру набувають категорії "морська діяльність" і "торговельне мореплавство", а спеціального – "морегосподарська діяльність". Разом із тим вважаємо, що наділяти категорію "морської діяльності", з огляду на запропоноване легальне визначення, ознаками господарської діяльності, підстав немає. Що стосується категорії "морегосподарська діяльність", то її теоретичне визначення має зумовлювати господарсько-правовий інтерес. З огляду на це, визначення морегосподарської діяльності як господарської діяльності, що здійснюється у сфері торговельного мореплавства, є цілком можливим. З метою твердження загального та спеціального характеру наведених категорій пропонуємо ч. 2 ст. 1 Кодексу торговельного мореплавства України викласти в такій редакції: "Морегосподарська діяльність – це господарська діяльність, що здійснюється у сфері торговельного мореплавства".

Загальнотеоретичний інтерес із позицій систематики набуває категорія "авіаційна діяльність". Так, згідно зі ст. 1 Повітряного кодексу України, авіаційна діяльність – це діяльність фізичних і юридичних осіб у галузі авіації та/або організація повітряного руху України. У Наказі Міністерства транспорту та зв'язку № 68 від 09.02.2010 р. "Про затвердження Положення про державного інспектора з авіаційного нагляду у Державній авіаційній адміністрації" (Положення, п. 1.3)" [5] йдеться про те, що авіаційна діяльність – діяльність фізичних і юридичних осіб, спрямована на створення умов та використання повітряного простору людиною за допомогою повітряних суден. Згідно з Наказом міністра оборони України № 256 від 19.05.2010 "Про затвердження Правил розслідування авіаційних подій та інцидентів в авіації Збройних сил України, [6] авіаційна діяльність – діяльність, пов'язана з використанням повітряного простору із застосуванням повітряних суден.

Численні варіанти одного поняття зумовлюють доктринальне визначення авіаційної діяльності. На нашу думку, правова сутність авіаційної діяльності розкривається через сукупність притаманних їй ознак: загальногалузових і спеціальних. Загальногалузові ознаки – це сутнісні ознаки, що дають підстави визначати авіаційну діяльність як вид господарської діяльності. Спеціальні ознаки є ознаками, що характеризують авіаційну діяльність загалом та її окремі види з позицій визначення особливостей, які притаманні їй як виду транспортної діяльності. З огляду на вищевикладене, авіаційна діяльність може бути визначена як суспільно-корисна діяльність, як вид господарської діяльності, що належить до сфери матеріального виробництва і є підгалуззю народного господарства.

Окремі види транспортної діяльності можуть набувати спеціальних і системно утворюючих ознак. З огляду на це слід звернути увагу, що Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 14 серпня 2013 р. № 843-р затверджено Перелік пріоритетних галузей економіки [7]. Транспортна інфраструктура за напрямками – будівництво, реконструкція і технічне переоснащення у сфері транспортної інфраструктури віднесено до пріоритетних галузей економіки, щодо яких передбачено перспективи інвестування.

Визначення транспортної діяльності та її видів односторонньо пов'язується із визначенням транспорту як галузі економіки. Згідно із ч. 1 ст. 260 Господарського кодексу України (далі – ГКУ), галузь визначають як сукупність усіх виробничих одиниць, що здійснюють переважно однакові або подібні види виробничої діяльності. Відповідно до ст. 261 ГКУ галузь транспорту належить до сфери матеріального виробництва. У юридичній літературі звертається увага на те, що законодавець не є послідовним у визначенні понять галузей і сфер економіки [8]. Відтак, в одних нормативних актах транспорт-

ного законодавства йдеться про сферу транспорту, а в інших – про галузь транспорту.

Висновки. Зважаючи на те, що транспортна система є багатокомпонентною, це примножує роль транспорту в економіці і дозволяє визначити складовою економіки саме галузь транспорту [9]. За таких підстав залишається актуальною пропозиція щодо внесення змін до ст. 306 32 ГК України, а саме, подання ч. 1 у такої редакції: "1. Транспорт – це структурна складова народного господарства України, галузь матеріального виробництва, яка забезпечує задоволення потреб виробництва і населення у переміщенні продукції та наданні інших видів транспортних послуг".

Систематика видів транспортної діяльності зумовлює теоретичне визначення різних видів транспортної діяльності, узагальнення ознак транспортної діяльності та дозволяє об'єднувати види транспортної діяльності у спільні категорії. Систематика виконує диференціально-системну функцію у процесі дослідження правової природи транспортної діяльності.

Список використаних джерел

1. Словник української мови: в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. – К.: Наукова думка, 1970–1980. – Т. 9. – С. 205.
2. URL: www.vmr.gov.ua/...6e72.../КВЕДи%2001-01-2012.doc.
3. Буркинський В. Формування морської доктрини України / В. Буркинський, О. Котлубай, В. Степанов // Вісник Національної Академії наук України. – 2008. – № 9. – С. 6-11.
4. Офіційний вісник України. – 2009. – № 94. – С. 46.
5. Офіційний вісник України. – 2010. – № 34. – Ст. 1200.
6. Офіційний вісник України. – 2010. – № 46. – Ст. 1507.
7. Офіційний вісник України. – 2013. – № 85. – Ст. 3159.
8. Актуальні проблеми господарського права (Особлива частина): навч. посіб. / за ред. В.С. Щербини, В.В. Резнікової. – К.: Видавництво Ліра-К, 2016. – С. 20.
9. Клепикова О. Социально-экономическая роль транспорта как теоретическая предпосылка определения транспортной деятельности / О. Клепикова // Труд и социальные отношения. – 2014. – № 1. – С. 42–57.

Надійшла до редколегії 20.01.17

О. Клепикова, канд. юрид. наук, доц.

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

СИСТЕМАТИКА ВИДОВ ТРАНСПОРТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Рассматриваются методологические приемы определения видов транспортной деятельности. Определены нормативная и доктринальная систематика видов транспортной деятельности.

Ключевые слова: хозяйственное право, транспортное право, транспортная деятельность, виды транспортной деятельности.

O. Klepikova, PhD, associate professor

Kyiv National Taras Shevchenko University, Kyiv, Ukraine

SYSTEMATICS OF TYPES OF TRANSPORT ACTIVITY

The article gives methodological methods for determining the types of transport activity. The normative and doctrinal systematics of types of transport activity is determined.

Key words: economic law, transport law, transport activity, types of transport activity.

УДК 346.54

К. Апанасенко, канд. юрид. наук, доц.

Чернігівський національний технологічний університет, Чернігів

ОБОРОТОЗДАТНІСТЬ ПРАВ ЗА ДОКУМЕНТАМИ ДОЗВІЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ

Проаналізовано питання можливості кваліфікації прав за документами дозвільного характеру як об'єктів цивільних/господарських прав, їх оборотоздатність. Досліджено ознаки оборотоздатності нематеріальних об'єктів цивільних прав, здійснено класифікацію прав за документами дозвільного характеру задля виявлення потенційно оборотоздатних прав. Також наведено аргументи на користь залучення цих прав до цивільного/господарського обігу.

Ключові слова: оборотоздатність, об'єкти цивільних/господарських прав, документ дозвільного характеру, майнові права, нематеріальні активи.

Вступ. Постійний розвиток ринкових процесів, глобалізація економічних зв'язків вимагають подальшого вдосконалення економічних і правових інструментів

ринку та способів їх використання в інтересах суспільства, окремих громадян, господарюючих суб'єктів. На порядок денний подальшої еволюції дозвільного зако-

нодавства в Україні, серед іншого, може бути винесене питання про оборотоздатність прав за документами дозвільного характеру, яке вже юридично втілено в багатьох зарубіжних країнах (наприклад, Закон Грузії "Про ліцензії і дозволи" від 24 червня 2005 (п. "д" ст. 3), Закон Казахстану "Про дозволи і повідомлення" від 16 травня 2014 р. (п. 11 ст. 1) передбачають можливість обороту/відчуження дозволів/ліцензій). Абсолютна більшість прав, що виникають на підставі документів дозвільного характеру, в Україні не допущено до обороту. Потенціал до цивільного/господарського обігу мають права на використання природних ресурсів й інші права на здійснення господарських операцій у сфері екології, права на розміщення зовнішньої реклами тощо. Зрозуміло, що реалізація такої ідеї потребує серйозної наукової розробки.

На сьогоднішній день у міжнародній практиці визначено механізм торгівлі викидами в атмосферу парникових газів. Тема правового режиму відповідних дозволів, включно з юридичними й економічними питаннями їх обороту, а також обороту інших дозволів, є зараз однією з топ-тем у європейській економічній і правовій науці [наприклад 1–4]. Як зауважує німецький учений Р. Бромель (R. Broemel), торгівля правами за окремими групами дозволів, їх оборот обумовлений розвитком ринкових процесів. Персональні ліцензії, що не є предметом торгівлі, але є необхідною умовою для доступу до конкретного ринку, не відіграють такої ж ролі у структурі ринкових процесів [1, с. 5–6; 2, с. 21, 22].

Отже, проблема оборотоздатності прав за документами дозвільного характеру є достатньо актуальною для подальшого розвитку правової науки в Україні та практики господарювання. Завдання нашого дослідження – науковий аналіз питання про можливість визнання прав за документами дозвільного характеру об'єктами цивільних/господарських прав, що володіють здатністю до обороту, а також виокремлення тих груп цих прав, які можуть бути оборотоздатними.

Предметом дослідження є права на здійснення господарської діяльності, які надаються документами дозвільного характеру, їх характеристики. Об'єкт дослідження – правовідносини, пов'язані з відчуженням/оборотом зазначених прав.

Поставлене нами завдання та порушена проблематика не є нездійсненими цілями. Окрім відповідного зарубіжного досвіду, можемо навести достатньо прикладів обороту об'єктів, що був неможливим за законодавством України ще п'ятнадцять років тому. Наприклад, українське законодавство допускає можливість збереження чинності договорів комерційної концесії за спадкоємцями правоволодільца (ч. 2 ст. 1127 Цивільного кодексу України), можливість переоформлення ліцензії спадкоємцем померлої фізичної особи-підприємця (тобто фактично передачу права на здійснення ліцензованого виду господарської діяльності в порядку спадкування) (ч. 7 ст. 15 Закону України "Про ліцензування видів господарської діяльності" від 2 березня 2015). Дослідники звертають увагу на закріплення у проекті нового Кодексу про надра норми про можливість відчуження права на користування надрами [5, с. 144]. Спираючись на відповідне юридичне підґрунтя, на практиці отримало поширення відчуження права оренди земельних ділянок, що оформлюється шляхом заміни сторони в договорі оренди [6, с. 126]. Аналогічні механізми можуть бути розроблені щодо прав за деякими групами документів дозвільного характеру.

Останні наукові дослідження. У сучасній українській цивілістиці питання про визнання прав на здійснення господарської діяльності/господарських операцій об'єктами цивільних прав не розглядається і, відповідно, не

розглядається питання про їх оборотоздатність. У визначеній Цивільним кодексом України системі об'єктів цивільних прав (ст. 177) зазначені права не передбачені, хоча можливо, на нашу думку, ставити питання про доцільність віднесення частини таких прав до майнових прав чи інших матеріальних/нематеріальних благ. Однак цивілісти не аналізують у своїх роботах питання про можливість визнання права на здійснення господарської діяльності майновим правом (наприклад, учена-цивіліст С.І. Шимон, яка в останнє десятиліття найгрунтовніше дослідила правовий режим майнових прав в Україні [7–11]) або нематеріальним благом (наприклад С.О. Сліпченко, який досліджував механізм правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами [12]). Невизначеність у законодавстві статусу прав за документами дозвільного характеру, імовірно, є найпершою перешкодою для подальшого розвитку їх правового режиму.

У науковій літературі останніх років загалом дуже мало публікацій, присвячених питанню оборотоздатності об'єктів цивільних прав. Певним винятком є окремі роботи І.В. Спасибо-Фатеевої [6, 13], С.І. Шимон [7, с. 18–26; 9; 10]. І.В. Спасибо-Фатеева розглядала питання про оборотоздатність корпоративних прав, послуг, результатів робіт, об'єктів будівництва, недобудованого нерухомого майна, права оренди. С.І. Шимон досліджувала питання оборотоздатності майнових прав. Оскільки окремі права за документами дозвільного характеру можна розглядати як майнові права [14, с. 59, 60], доцільно коротко охарактеризувати результати наукового дослідження категорії майнових прав С.І. Шимон [7].

Майнові права розуміються вченою як суб'єктивні права, що виникають у сфері майнових правовідносин, – права на майно (у т. ч. права користування, право власності, право вимоги, право оренди, емфітевзис, суперфіцій тощо) [7, с. 12]. С.І. Шимон класифікує майнові права в різний спосіб, у тому числі, за ступенем їх пов'язаності із суб'єктом, на відчужуванні та невідчужуванні. Серед них невідчужуваними є персональні статусні права [7, с. 12]. Також автор класифікує майнові права за характером зв'язку з його об'єктом на необ'єктоздатні й об'єктоздатні. Перші мають тісний зв'язок з об'єктом і передаються лише з об'єктом (право власності, право довірчої власності, право інтелектуальної власності), інші здатні бути самостійним об'єктом цивільних правовідносин (наділені цивільною оборотоздатністю) [7, с. 10, 13, 15].

Майнове право як об'єкт цивільних правовідносин є можливістю суб'єкта цивільного права претендувати на визначене майнове надання з боку боржника чи на вчинення власних майново цінних дій щодо чужого майна, яка забезпечується юридичним обов'язком зобов'язаного суб'єкта і якою уповноважена особа в змозі розпорядитися на власний розсуд у межах, встановлених законом та/або договором. Об'єктоздатним майновим правом С.І. Шимон визнає, наприклад, право користування, право вимоги, право оренди [7, с. 14, 23]. Об'єктоздатність майнових прав у цивільних правовідносинах обумовлюється наявністю опосередкованого зв'язку майнового права з реальним майновим благом, щодо якого воно встановлене [7, с. 28].

На думку С.І. Шимон, не є оборотоздатними майнові права, що об'єктивно невідчужувані (через зв'язок з уповноваженою особою), або відчужуваність яких обмежена юридично внаслідок заборони, встановленої в

законі або договорі [7, с. 30]⁷. Також вчена наводить певні загальні умови неможливості відступлення майнових прав: обмеження щодо відступлення права прямо встановлено законом; право за змістом нерозривне з особою кредитора; якщо це суперечить змісту правовідносин між кредитором і боржником; відступлення права обмежене договором, на основі якого це право виникло; право вимоги пред'являється в порядку захисту порушеного права; зміст і обсяг права є невизначеними; відступлення права вимоги частини зобов'язання не допускається щодо неподільних зобов'язань [7, с. 31].

Не всі учені визнають майнове право самостійним об'єктом цивільного обороту. Як роз'яснила С.І. Шимон [9, с. 157], ці науковці наводять такі аргументи. Соціальне благо може бути "моїм", потім стати "чужим", тоді як суб'єктивне право завжди "моє" і "чужим" воно стати не може. Саме тому "перехід права" вважається умовним терміном, який лише символізує взаємозалежність правових можливостей кожного наступного його володільця від умов взаємодії з колишніми. Зрозуміло, що така позиція іде врозрід із нормами українського законодавства, спростовується науковими розробками С.І. Шимон та інших дослідників.

Відома вчена-цивіліст І.В. Спасибо-Фатеева досліджувала питання оборотоздатності такого майнового права, як право оренди земельної ділянки [6] (щодо ділянок публічних форм власності це право набувається на підставі відповідного документа дозвільного характеру (поз. 114 Переліку документів дозвільного характеру, затвердженого Законом України від 19 травня 2011)). Учена виділила аргументи "за" і "проти" відчуження такого права; загальний висновок дослідниці такий: земельним законодавством це право фактично дозволено до обороту, дискусійним залишається лише питання правильності оформлення переходу права; це право уже фактично перебуває в обороті в Україні.

Побіжно до питання оборотоздатності окремих прав, які можуть бути визначені як права за документами дозвільного характеру і, водночас, оприбутковуються як нематеріальні активи, зверталася молода вчена А.В. Гусь. Вона детально досліджувала правовий режим нематеріальних активів як складової майна суб'єкта господарювання [15, 16]; для нас цікавою її робота є в частині дослідження правового режиму таких нематеріальних активів, як права користування надрами, лісовими ресурсами, водними об'єктами [15, с. 96, 98] – це ті права, які надаються документами дозвільного характеру (поз. 130, 132, 133, 70 додатку до Закону України "Про Перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності").

Питання оборотоздатності нематеріальних активів не було окремим предметом дослідження А.В. Гусь. Проте в ході аналізу вчена, серед іншого [15, с. 109–110], доходить висновку, що: "Податковий кодекс відносить нематеріальні активи до товарів... з огляду на те, що визначення поняття "товар" у ЦК відсутнє, а у ст. 655 кодексу категорія "товар" та "майно" наводяться як тотожні, можна стверджувати, що термін "товар" рівнозначний терміну "майно" та відображає майно, яке є об'єктом обігу. Оскільки нематеріальні активи за своєю правовою природою належать до майнових прав – складової майна (ч. 2 ст. 190 ЦК), то до них можуть застосовувати загальні положення про купівлю-продаж, якщо інше не впливає зі змісту або характеру цих прав".

Щодо права на провадження господарської діяльності як майнового права, то в роботах А.В. Гусь немає такого посилання; загалом питання про майнову природу права на провадження господарської діяльності розглядалось автором тільки з погляду його належності вищому навчальному закладу (базуючись на аналізі законодавства, автор кваліфікувала право на провадження освітньої діяльності як допоміжний нематеріальний актив [16, с. 15]). Іншими словами, висновок дослідниці щодо оборотоздатності усіх без винятку нематеріальних активів є дещо узагальненим. Авторка сама зазначає, що не всі права на провадження господарської діяльності є майном [15, с. 66].

Методологічне значення для нашого дослідження має правильне тлумачення таких понять, як об'єкт цивільних/господарських прав, цивільно-правовий оборот, оборотоздатність, розуміння правової природи прав, які надаються документами дозвільного характеру, класифікація прав за документами дозвільного характеру. Базуючись на розумінні відповідних понять, адекватно оцінюючи правову природу прав за дозвільними документами, можна зважено підійти до проблеми обороту зазначених прав. Наше дослідження неможливе також без розуміння змісту прав, які надаються документами дозвільного характеру, основ їх правового режиму, мети за провадження дозвільного механізму надання цих прав.

Цивільно-правовий оборот складається з актів передачі прав, це правова форма економічного обороту (обороту економічних благ). Об'єктом цього обороту є права на товар [17, с. 112].

Поняття об'єктів цивільних прав і цивільних правовідносин учені-цивілісти зазвичай ототожнюють і визначають як те, заради чого суб'єкти вступають у правовідносини і на що спрямовані їхні суб'єктивні права й обов'язки з метою здійснення своїх законних прав та інтересів [18, с. 236, 237; 19, с. 171; 20, с. 165]. Під таким об'єктом також розуміють матеріальні й нематеріальні блага, з приводу яких виникають/складаються цивільні правовідносини [21, с. 366; 22, с. 214]; усе те, що є предметом або результатом діяльності учасників цивільного обігу [23, с. 127]. Такими об'єктами є лише ті блага, які мають корисні властивості, усвідомлені й освоєні людством [23, с. 255]. Слід підкреслити, що категорія об'єктів цивільного обороту значно ширша, ніж поняття об'єктів права власності (чи об'єктів речових прав), бо охоплює також об'єкти зобов'язань, об'єкти виключних і корпоративних прав [24, с. 334].

Звертає на себе увагу та обставина, що науковці зазвичай не пропонують ознак об'єктів прав, обмежуються їх переліком і характеристикою окремих об'єктів. Потенційні або нечасто використовувані об'єкти цивільних правовідносин науковці аналізують рідко.

Оборотоздатність об'єктів цивільних прав означає можливість здійснення щодо них будь-яких правочинів, їх спадкування та інших дій згідно із цивільним законодавством [20, с. 166]; здатність бути об'єктом майнового обороту (різних угод) і міняти своїх володільців (власників) [24, с. 335]; учинення правочинів та інших не заборонених законодавством дій щодо таких об'єктів, спрямованих на передачу останніх у межах цивільного обороту [28, с. 237]. Такий обіг не обмежується винятково переходом права власності. Підставою оборотоздатності може бути правочин, адміністративний акт, інші юридичні факти [28, с. 238].

Основні результати дослідження. Ключове значення для аналізу питання про можливу оборотоздатність прав за документами дозвільного характеру має питання про те, чи є ці права об'єктом цивільних/господарських прав.

⁷ Зауважимо, що за грузинським дозвільним Законом (п. "д" ст. 3), наприклад, встановлені такі ж умови необоротоздатності дозволів.

Якщо зробити короткий екскурс в історію питання, то слід зауважити, що у працях учених-цивілістів періоду Російської імперії чітко простежується позиція: предметом купівлі-продажу (як і інших договорів про передачу майна у власність) можуть бути винятково речі. Таке твердження міститься у роботах В.І. Сінайського [25, с. 373] і Г.Ф. Шершеневича [26, с. 414; 27].

Досліджуючи категорію майнових та інших прав, Д.І. Мейер свого часу особливу увагу приділив категорії привілею [28, с. 260–270]. Учений визнавав можливість передачі привілейованою особою іншій особі здійснення привілею (не самого привілею). Він наводить такий приклад: особі надано привілей на утримання аптеки, привілей вважається закріпленим за привілейованою особою, але використання ним може бути надано іншій особі. Однак передача здійснення привілею, як стверджує вчений, не завжди можлива: окремі привілеї так тісно пов'язані з особистістю привілейованої особи, що здійснення їх не може бути передано іншій особі чи така передача не може бути уявлена. Проте в окремих випадках може бути передано не тільки здійснення привілею, а й самий привілей (наприклад, особисті привілеї на промислові винаходи). Окремі привілеї можуть бути передані тільки із самим предметом, з яким пов'язано привілей. Також за тогочасним законодавством привілей міг бути предметом духовного заповіту [28, с. 264–265].

Однак Д.І. Мейер і Є.В. Васьковський зазначали [28, с. 225; 29, с. 2], що права, засновані на нормах публічного права, мають суворо "особистий" характер і в більшості не допускають передачі. Сучасний російський дослідник Ю.Є. Туктаров (оперуючи, серед іншого, думками зазначених дореволюційних учених) також стверджує, що в сучасному світі права, які здатні до передачі між особами (передавані права), – це переважно права, що мають приватноправову природу. Права, засновані на нормах публічного права, мають суворо "особистий" характер і, зазвичай, не допускають ні передачі, ні відмови [17, с. 113]. Прикладами передаваних публічних прав він вважає зобов'язальні права держави за борговими зобов'язаннями перед нею іноземних держав. Думається, ця наукова позиція може бути переглянута з огляду на економічні реалії ХХІ ст.

Видатний учений Р. Сават'є вважав, що предметом угоди можуть бути права, що мають економічну цінність (права на речі, права на патенти, клієнти, твори, фірмові найменування та права на інші "абстракції"); усі ці права називають майновими правами (безтілесним майном) [30, с. 90]. Аналогом тих прав, які в Україні зараз надаються документами дозвільного характеру або ліцензіями, він називав так звані монополії, що пов'язані з певною діяльністю, і привілеї керованої економіки, які встановлювались з економічною метою (наприклад, дозволи на створення банків, права на паркування таксі, експлуатацію фармацевтичних лабораторій та аптек). Причому такі права могли вільно відчужуватися за французьким післявоєнним законодавством [30, с. 105].

За чинним законодавством України (ст. 177 ЦК) об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні й нематеріальні блага. Ці об'єкти є оборотоздатними, якщо вони не вилучені із цивільного обороту, або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи (ч. 1 ст. 178 ЦК).

На думку С.І. Шимон, окресленню кола тих благ, які наділені ознаками оборотоздатності, служить поділ об'єктів цивільних прав за критерієм "матеріальності" (матеріалізованості) [8, с. 844–845]. Учена запропонувала такий видовий поділ об'єктів цивільного обігу за пода-

ним критерієм: майнові об'єкти (можуть бути адекватно оцінені у грошах) та немайнові об'єкти (не мають еквівалентної грошової оцінки: особисті немайнові блага, інформація, результати інтелектуальної діяльності). Немайнові об'єкти є нематеріальними; майнові об'єкти поділяються на майнові матеріальні (речі) та майнові нематеріальні (майнові права, роботи, послуги); майнові матеріальні об'єкти входять до складу майна; майнові нематеріальні об'єкти поділяються на: а) такі, що входять до складу майна (майнові права); б) такі, що не входять до складу майна (роботи і послуги) [8, с. 845].

Серед об'єктів цивільних прав закон (будь-якими спеціальними чи загальними нормами, які можна було би тлумачити відповідним чином) не визначає права на провадження господарської діяльності об'єктом цивільних прав; відсутня відповідна позиція і в учених-цивілістів. Так, у зразковій лекції на тему "Об'єкти цивільних прав", яку журнал "Право України" рекомендує молодим викладачам, проф. О.В. Кохановська, серед матеріальних і нематеріальних благ, не називає права на здійснення господарської діяльності, права за ліцензіями чи дозволами [28], що повністю узгоджується з позицією інших цивілістів України.

З огляду на зміст ст. 177 ЦК, аналізовані нами права як об'єкти цивільних прав можуть бути віднесені хіба що до "інших матеріальних/нематеріальних благ". Термін *благо*, який застосовують у законодавстві й доктрині цивільного права, означає цінність, яка притаманна матеріальним предметам оточуючого світу, що створені природою або людиною, а також людські цінності, які належать людині від природи на підставі самого її фізичного існування чи які набуваються внаслідок існування в соціумі і які не мають майнової цінності та можуть усвідомлюватися людиною, як живую істоту, чи бути притаманні створюваним нею утворенням [18, с. 237]. З погляду такого визначення благ, права за документами дозвільного характеру не можуть тлумачитись як блага. Звернімося до інших наукових позицій і робіт, пов'язаних із порушеною темою.

Автор зазначеної статті досліджувала правову природу прав за документами дозвільного характеру і дійшла висновків, що зазначені права можна розглядати як суб'єктивні права господарюючих суб'єктів, елемент їх господарської компетенції, як привілеї, а деякі з них є майновими правами та/або нематеріальними активами (наприклад, права користування природними ресурсами) [14]. Не кожне із прав, що надаються за документами дозвільного характеру, може бути визначено як нематеріальні активи й відповідним чином відображено в бухгалтерському обліку суб'єкта, або як майнове право. Водночас ці права застосовують завжди як суб'єктивні права господарюючого суб'єкта, хоча вони й можуть мати терміновий характер.

Учена С.І. Шимон у своєму фундаментальному дослідженні правового режиму майнових прав не висловлює позиції про те, що права на здійснення господарської діяльності/господарських операцій (їх окремі види) можна трактувати як майнові права [12]. Майнові права зазвичай поділяють на речові, зобов'язальні та виключні [31, с. 45; 16, с. 110]. Окремі права, які можуть надаватися публічними суб'єктами згідно з документами дозвільного характеру, є майновими правами, і дослідженню їх правового режиму вчена приділила окремий підрозділ 5.3 у роботі [12] (ідеться про право оренди). Також майновими можна вважати інші права використання майнових об'єктів, належних державі чи територіальній громаді, які надаються в порядку Закону України "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності". Такі майнові права надають згідно з дозволом на спеціальне використання природних ресурсів у межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду

(ст. 9–1 Закону "Про природно-заповідний фонд України"), дозволу на спеціальне використання об'єктів тваринного світу (ст. 23 Закону "Про тваринний світ"), дозволу на спеціальне використання природних рослинних ресурсів (ст. 10 Закону "Про рослинний світ"), рішень про передачу у власність, надання у постійне користування та оренду земельних ділянок, що перебувають у державній або комунальній власності, рішень про продаж земельних ділянок державної та комунальної власності тощо.

Як зазначала раніше автор [14, с. 59], у межах плюралістичного підходу до трактування категорії майнових прав права за документами дозвільного характеру можна визнати майновими: об'єктом цих прав є господарські блага чи господарські цінності (правові можливості здійснювати господарську діяльність (господарські операції)). Нагадаємо, що майнові права визнають у ст. 177 ЦК об'єктами цивільних прав, причому поняття майнових прав та їх чіткий перелік відсутній у законодавстві.

Усі права за документами дозвільного характеру некоректно називати майновими права [14, с. 59, 60]. Однак принаймні частина з них, що відповідають ознакам таких прав [12, с. 15, 28], можуть бути охарактеризовані як майнові права, відповідно, можуть трактуватись як блага у значенні ст. 177 ЦК.

За нормами Податкового кодексу України (п. 14.1.120 ст. 14, п. 138.3.4, п. 138.3), актів бухгалтерського законодавства, окремі права, що надаються за документами дозвільного характеру, є нематеріальними активами. Це, наприклад, право користування майном і майновими правами (право користування земельною ділянкою, крім права постійного користування земельною ділянкою, право користування будівлею, право на оренду приміщень), право користування природними ресурсами (право користування надрами, іншими ресурсами природного середовища) [14, с. 61, 62]. Зрозуміло, що нематеріальні активи як частина майна суб'єктів господарювання також виступає об'єктами цивільних прав (ст. 177 ЦК)⁸.

Більшість прав за документами дозвільного характеру мають ознаки привілею, однак законодавець визнає оборотоздатність лише за одиницями. Наприклад, привілеєм є можливість розміщення зовнішньої реклами на окремих будівлях, біг-бордах тощо, проте за законодавством це право не може бути відступлено чи відчужено. Однак відповідний потенціал за ним спостерігаємо. Очевидним є характер привілею у права на забудову земельної ділянки, належної власнику, на підставі дозволу на будівництво, однак це право не володіє настільки ж очевидним потенціалом до обороту.

Як бачимо, низка прав за документами дозвільного характеру (згідно із Законом "Про Перелік документів дозвільного характеру") однозначно можуть бути охарактеризовані як об'єкти цивільних/господарських прав. Однак, на жаль, зважаючи на чинний стан українського законодавства, не можна встановити прямої кореляції між поняттями: якщо право може бути обліковано як нематеріальний актив (або є майновим правом), отже, воно оборотоздатне. Принаймні, чинне екологічне, земельне, орендне законодавство не містять положень про оборотоздатність більшості із зазначених раніше прав. Розвиток економічних відносин і юридичної науки та практики, на нашу думку, заперечує такий підхід до розв'язання питання про оборотоздатність цих об'єктів. Наприклад, майнові права інтелектуальної власності не одне десятиліття є оборотоздатними, такі ж характеристики здобули окремі види інформації, інші нематеріальні

блага. Оборотоздатність майнових прав забезпечується нормами ЦК України (ст. 177, 178, 190).

Отже, дослідження питання про оборотоздатність прав, що надаються за документами дозвільного характеру, можна вести з погляду законодавчої перспективи надання відповідним правам характеристик оборотоздатності – після відповідного наукового обґрунтування. Як зазначає С.О. Сліпченко [12, с. 15], оборотоздатність об'єктів передбачає натуральну оборотоздатність і цивільну. Передумовою цивільної оборотоздатності (тобто допуску до цивільного обороту) є натуральна оборотоздатність, яка означає принципову можливість того чи іншого блага перебувати в цивільному обороті і залежить від від'ємності чи невід'ємності його від особи, якій воно належить.

Законодавством (ч. 1 ст. 178 ЦК) визначені такі три основні умови оборотоздатності об'єктів цивільних прав: вони не вилучені із цивільного обороту, або не обмежені в обороті, або не є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи. Перелік об'єктів, що вилучені або обмежені в обороті, встановлюється законом (ч. 2, 3 ст. 178 ЦК).

У контексті питання про оборотоздатність прав за документами дозвільного характеру варто звернутися до висновків дослідників з питання про оборотоздатність майнових прав, окремих об'єктів особистих немайнових відносин, оскільки за своєю правовою природою аналізовані права ближчі до цих об'єктів цивільних прав, аніж до речей (вони також очевидно "дематеріалізовані" об'єкти, на відміну від речей).

Механізм правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами найповніше в українській правовій науці було досліджено С.О. Сліпченко [12]. Учений визначає загальні та спеціальні ознаки оборотоздатних об'єктів особистих немайнових правовідносин [12, с. 5–6]. До загальних ознак він відносить: відсутність фізичної субстанції; корисність (здатність задовольняти потреби), що усвідомлена (відкрита) людиною; доступність до обладнання чи належності особі. Спеціальними ознаками є:

- **відокремленість.** Визначеність (відособленість, дискретність) є загальною і зовні найбільш характерною ознакою для всіх об'єктів цивільних прав. Вона дозволяє індивідуалізувати кожний об'єкт/групу об'єктів. Залежно від властивостей і характеристики того чи іншого об'єкта, у суспільстві вироблено певні способи встановлення їх визначеності, які є юридично значущими. Визначеність для об'єктів цивільних прав може бути встановлена за допомогою просторових меж та/або кількісно, через форми їх вираження, зміст, реєстраційно-облікову процедуру чи фактичну відособленість [12, с. 15].

Щодо аналізованих нами прав така ознака оборотоздатності також є необхідною; зрозуміло, оборот цих прав неможливий без їх відокремленості як об'єктів правовідносин. Побутує думка, що оформлення прав шляхом видачі відповідного документа дозвільного характеру може служити основою їх відокремленості;

- **об'єктизованість.** А.В. Гусь зазначає [15, с. 66]: "... здатність до ідентифікації ще не означає, що актив можна відокремити від підприємства та розпорядитися ним на свій розсуд, що тим не менш не вилучає деякі об'єкти зі складу нематеріальних активів. Так, право на фірмове найменування, право на зазначення місця походження товарів є ідентифікованими активами. Разом із тим їх не можна передати чи продати, оскільки вони є невід'ємною частиною суб'єкта господарювання";

- **від'ємність об'єкта від суб'єкта і здатність бути наданим однією особою іншій.** Від'ємність свідчить про те, що благо не зливається з особою-носієм, про його здатність до відокремлення від суб'єкта, про можливість автономного (незалежного) існування об'єкта від

⁸ А.В. Гусь визначала нематеріальні активи як об'єкт господарського права так: це комплекс безтілесних об'єктів, що мають майнову цінність та охороняються суб'єктивним правом [16, с. 8].

особи, якій він належав. За невід'ємності зв'язок блага зі своїм носієм є настільки нерозривним, що зникнення суб'єкта зумовлює припинення чи зникнення об'єкта [12, с. 16–17]. Відчужуваність майнових прав може служити підставою для висновку про те, що ці права не є невід'ємно властивими суб'єкту з огляду на його природу [31, с. 46]. Зазначена умова оборотоздатності об'єктів цивільних прав прямо закріплена в ч. 1 ст. 178 ЦК України.

Достатньо багато прав на здійснення господарської діяльності є від'ємними, оскільки вони можуть бути передані державою або одній, або іншій особі, анульовані за встановленими законом підставами (без подальшого зникнення суб'єкта) (ч. 7 ст. 4–1 Закону "Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності"), у ряді випадків є строковими;

▪ *здатність бути оціненим у грошах* (економічна цінність) [12, с. 16]. Зрозуміло, що здатним до відчуження є об'єкт, який має економічну цінність. Суб'єктивне право буде володіти цінністю в обороті тільки за умови відсутності такої ж можливості у всіх інших учасників обороту, тобто така можливість повинна бути виключною. Причому міною цінністю є не тільки те, що може бути спожите, але й те, що може надати джерело для задоволення потреб [17, с. 115]. Мабуть, не випадково у практиці Європейського суду із прав людини для кваліфікації того чи іншого об'єкта правовідносин як "майна", першою й основною є ознака "економічної цінності" [32, с. 50; 33, с. 96]⁹.

С.І. Шимон підкреслює, що зобов'язальні права (різновид майнових прав) є оборотоздатними внаслідок того, що становлять певну мінову вартість (наприклад, право оренди, право користування надрами на підставі конкурсу). Відповідно до закону майнові права можуть бути внесені до статутного капіталу підприємницького товариства, ними можуть оплачувати акції, майнові права можуть бути предметом застави [9, с. 156]. Зауважимо, що названі вище майнові права можуть виникати/виникають на підставі дозвільних процедур (наприклад, право оренди земельних ділянок державної чи комунальної власності, право користування надрами).

На нашу думку, подібно до результатів інтелектуальної, творчої діяльності, майнових прав (наприклад, корпоративних прав, прав вимоги), права за документами дозвільного характеру можуть набувати властивості товару і залучатися до економічного обороту. Однак це стосується не всіх прав на здійснення господарських операцій, оскільки вони не всі мають економічну цінність. Наприклад, ветеринарні документи надають лише щодо партії товару, що належить власнику підкарantinних об'єктів; зрозуміло, що для інших суб'єктів ці права та документи цінності не мають. Водночас економічну цінність мають права щодо об'єктів, належних державі або територіальній громаді (право на користування надрами або іншими природними ресурсами, радіочастотним ресурсом тощо). Для цих прав економічна цінність виявляється якраз в ексклюзивності доступу до об'єктів, щодо яких набуваються права. Тобто, здатністю до обороту, очевидно, володіють такі права, в отриманні яких одночасно зацікавлені різні суб'єкти. Із цього погляду, оборотоздатністю насамперед володіють ті права за дозвільними документами, що мають характер привілею (наприклад, права на розміщення зовнішньої реклами, на використання номерного ресурсу, використання надр тощо);

▪ *відчужуваність* – це здатність об'єкта стати чужим для первинного володільця і своїм – для набувача, а

невідчужуваність – нездатність того чи іншого блага стати чужим для особи, яка його має [12, с. 7]¹⁰. Відчужуваність також означає відсутність безпосереднього, нерозривного зв'язку цих прав з особою носія [27].

Як зазначалось вище, право оренди земельної ділянки є оборотоздатним, з обмеженнями, визначеними законом. Фактично, такою характеристикою володіють деякі права за документами дозвільного характеру, однак вони не можуть реалізувати її у правовій площині, оскільки законодавство не передбачає такої можливості. Однак держава може надати таку характеристику цим правам. Як зауважується в літературі, межі оборотоздатності об'єктів цивільних прав залежать від особливостей їх правового режиму та визначаються встановленою законодавством можливістю здійснення правочинів та інших юридичних актів, що направлені на їх передачу іншим учасникам цивільних відносин. Взагалі необоротоздатними є об'єкти, які за своєю правовою природою не підлягають відчуженню (нематеріальні блага, які є невід'ємними від фізичної чи юридичної особи) [22, с. 216, 217].

Зараз у законодавстві є прямі заборони до обороту окремих прав. Наприклад, згідно зі ст. 14 Закону "Про нафту і газу", ч. 6 ст. 16 Кодексу України про надра власник спеціального дозволу на користування нафтогазовими надрами, власник спеціального дозволу на користування надрами не може дарувати, продавати або в інший спосіб відчужувати права, надані йому спеціальним дозволом на користування надрами/ нафтогазовими надрами, іншій юридичній чи фізичній особі, у тому числі передавати їх до статутних капіталів створюваних за його участю суб'єктів господарювання, а також вносити як вклад у спільну діяльність.

С.І. Шимон визначає такі ознаки об'єктоздатних майнових прав [7, с. 15, 28]: 1) статичні (цілісність, самостійність, дійсність); 2) фактичні (ідеалістична природа, дематеріалізованість, суб'єктивна приналежність, неприпустимість ефекту множення); 3) змістовні (відносний або відносно-абсолютний характер, нерозривний зв'язок із реальним благом (річчю тощо), економічна (майнова) цінність, наявність мінової вартості та відсутність споживчої вартості, належність до сукупності майна); 4) динамічні (відчужуваність, передаваність, темпоральність, здатність до трансформації, здатність слугувати реалізації юридичного та фактичного інтересу). Вони більш розширено, глибше характеризують ознаку оборотоздатності майнових прав, ніж було запропоновано в літературі щодо об'єктів особистих немайнових правовідносин. Однак низка ключових ознак тут збігаються (дематеріалізованість, цілісність, самостійність/визначеність, економічна цінність, відчужуваність).

Ю.Є. Туктаров вважає, що майнові права як об'єкти цивільно-правового обороту мають володіти такими двома ознаками, як: здатність до передачі; здатність таких прав володіти для будь-якого і кожного учасника обороту цінністю [17, с. 112, 114, 126]. Права як об'єкти обороту мають характер опосередкованої (вторинної) цінності, вони цінуються заради чого-небудь іншого [34, с. 308]. Останнє в повній мірі застосовне до прав за документами дозвільного характеру.

Дослідниця А.В. Гусь визначала ознаки, за наявності яких нематеріальні активи можуть бути як внесок до статутного капіталу господарських товариств: оборото-

⁹ Варто погодитись із А.В. Гусь, яка підмічає ризиковий характер договорів із продажу нематеріальних активів, оскільки відповідно до них передається об'єкт, що має приносити "очікувану економічну вигоду", точний час і розмір якої встановити достатньо важко [15, с. 110].

¹⁰ Щодо об'єктів особистих немайнових правовідносин, то оборотоздатними С.О. Сліпченко називає майнову складову цих об'єктів (право на використання нематеріального об'єкта, право надавати згоду на використання третіми особами). Такими є ім'я фізичної особи, її зображення, честь, ділова репутація, особисті папери, відомості про особисте життя, кореспонденція, інформація, найменування юридичної особи й інші об'єкти [12, с. 6, 7].

здатність; можливість грошової оцінки; формальна визначеність (наявність правовстановлюючого (первинного) документа); виключність (нематеріальний актив має вносити безпосередньо власник або, у випадках, визначених чинним законодавством, з його дозволу) [15, с. 83]. Як бачимо, запропоновані ознаки фактично відповідають ознакам оборотоздатних об'єктів особистих нематеріальних правовідносин.

На нашу думку, питання про ознаки оборотоздатності прав є дещо самодостатнім. Вважається, що не можна стовідсотково об'єктивно говорити про відокремленість й об'єктивованість, від'ємність від особи таких об'єктів, як її ім'я, зображення, або про повну самостійність таких майнових прав, як право оренди чи право вимоги. Однак науковцями і законодавцем були напрацьовані механізми, коли стало можливим відчужувати такі об'єкти, як право вимоги, право оренди майна, права користування об'єктами інтелектуальної власності. Це саме може стосуватися й аналізованих у статті прав. Такі права, самі по собі, є юридичною фікцією, і як відповідна фікція вони можуть бути передані від однієї особи до іншої¹¹. Найскладнішим тут вважаємо питання про визначення прав, які не можуть бути відчужені, та напрацювання найбільш досконалого юридичного механізму передачі прав, при якому були би забезпечені і суспільні, і приватні інтереси.

Вважається, що варто законодавчо врегулювати відповідне питання принаймні для того, щоб навколо передачі прав за дозволивими документами не створювалися незаконні схеми фактичної їх передачі іншим особам. Уявити ситуацію, за якої в підприємства можуть бути об'єктивні перешкоди з користування впродовж певного періоду часу тими правами, які воно отримало за результатами дозвольної процедури, нескладно. Наприклад, підприємство отримало право на розміщення зовнішньої реклами на біг-бордах, однак припинило отримувати замовлення на розміщення там реклами, водночас такі замовлення могло отримати інше підприємство, що не володіє правом на розміщення зовнішньої реклами. Допустимим було би в цьому разі відступити право на розміщення зовнішньої реклами за плату іншому підприємству. Або такий приклад: у підприємства, що отримало право на здійснення скидів забруднюючих речовин у водні об'єкти, зникла потреба на певний період часу робити відповідні скиди у водні об'єкти; допустимим було би дозволити такому підприємству продати/відступити своє право на скиди іншому підприємству, яке цього потребує.

Складнощі у формулюванні умов обороту аналізованих прав безпосередньо пов'язані з наявністю публічного елемента у відповідних правовідносинах (первинним надавачем прав виступає держава в особі відповідного органу державної влади/місцевого самоврядування). З огляду на цю причину мають бути встановлені механізми, які би перешкождали "паразитованню" на публічних об'єктах, публічних інтересах, і вони мають бути ретельно продумані (наприклад, підприємство отримало право на користування надрами і потім значно дорожче передало його в оренду/відчужило). Мають бути продумані певні запобіжники "спекуляції" правами, способи контролю дій нового власника/орендаря прав з боку держави. Можливо, саме ця обставина і є основною причиною, чому чинним законодавством не передбачається, а часом і прямо забороняється передача прав на здійснення господарської діяльності/господарських операцій іншим особам. Показовою тут

може стати ситуація із правом оренди земельної ділянки державної або комунальної власності.

Відповідно до ч. 5 ст. 93 Земельного кодексу України право оренди земельної ділянки може відчужуватися, у тому числі продаватися на земельних торгах, а також передаватися у заставу, спадщину, вноситися до статутного капіталу власником земельної ділянки – на термін до 50 років, крім випадків, визначених законом. Однак згідно з ч. 1, 2 ст. 8–1 Закону "Про оренду землі" право на оренду земельної ділянки державної або комунальної власності не може бути відчужено її орендарем іншим особам, внесено до статутного капіталу, передано в заставу, крім передбачених частиною другою цієї статті випадків. Право на оренду земельної ділянки державної або комунальної власності, наданої для будівництва житлового будинку, може бути відчужене орендарем за згодою орендодавця в разі, якщо таке будівництво розпочате на термін та на умовах, визначених первинним договором оренди, або якщо таке відчуження передбачено первинним договором оренди. Як бачимо, держава обмежила можливість обороту права оренди земельної ділянки публічних форм власності, очевидно, у публічних інтересах. Однак загалом така можливість існує, на таку юридичну можливість держава зважилась у 2008 р. згідно із Законом "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України" від 3 червня 2008 р.

Визначитись із потенційним колом оборотоздатних прав за документами дозвольного характеру (або виявити певні умови, наявність чи відсутність яких буде умовою залучення в оборот відповідних прав) може допомогти класифікація цих прав. Права за документами дозвольного характеру можуть бути класифіковані за різними критеріями. Значення для поставленого нами питання можуть мати такі класифікації прав:

- *за змістом того суб'єктивного права, яке надає держава згідно з документом дозвольного характеру.* Оборотоздатність можуть мати спеціальні права на використання природних ресурсів, на здійснення окремих видів господарської діяльності, на проведення певних робіт, на розміщення та експлуатацію об'єктів на певних земельних ділянках (наприклад, дозвіл на порушення об'єктів благоустрою);

- *за формою власності об'єкта, щодо якого надаються права,* вони можуть бути класифіковані на ті, що надаються щодо належного заявнику на праві власності об'єкта, і ті, що надаються щодо об'єктів права державної/комунальної власності. Перші, найімовірніше, не здатні до обороту (наприклад, право на забудову приватної земельної ділянки, дозволи у сфері охорони культурних цінностей, які вивозять або ввозять в Україну, – щодо цінностей приватної форми власності, погодження відчуження або передачі пам'яток приватної власності), адже інші суб'єкти – невластники не вправі реалізовувати права щодо таких об'єктів. Друга група дозволів має значно більший потенціал до обороту;

- *за критерієм наявності/відсутності зв'язку між правом, що надається, й особою власника права* (його наявною господарською компетенцією, кваліфікацією персоналу тощо). Умови видачі низки дозволів напряму пов'язані з вимогами до конкретного потенційного володільця дозволом. Тісний зв'язок об'єкта, щодо якого видають дозвіл, з особою заявника, може свідчити про неможливість вільного обороту права.

Наприклад, дозвіл на експлуатацію радіоелектронних засобів мовлення може отримати особа, що має ліцензію на мовлення або ліцензію оператора багатоканальної телемережі (п. 3 ч. 7 ст. 42 Закону "Про радіочастотний ресурс України"). Дозвіл на проведення державної апробації (випробування) генетично модифікованих організмів у відкритій системі видають юридич-

¹¹ У юридичній літературі висловлюється думка, що обіг у цивільному обороті, наприклад, неопредмечених об'єктів інформації є юридичною фікцією [35, с. 223]. Юридична фікція існує лише тоді, коли вона закріплена в законі [36, с. 205].

ним і фізичним особам, діяльність яких пов'язана з поводженням із генетично модифікованими організмами (п. 3 Порядку видачі дозволу на проведення державної апробації (випробування) генетично модифікованих організмів у відкритій системі, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 2 квітня 2009 р. № 308) (поз. 39, 146 Переліку документів дозвільного характеру). Зрозуміло, що у вільному обігу такі дозволи перебувати не можуть; допустимим могло би бути їх відчуження спеціальним суб'єктам;

■ *залежно від мети (призначення) відповідної дозвільної процедури* – ті, що спрямовані на захист прав споживачів, на захист довкілля тощо. Перша група дозволів (наприклад ветеринарні документи, карантинні та фітосанітарні сертифікати) не володіє економічною цінністю для інших суб'єктів, окрім власників відповідних партій товарів, а тому не може бути в обороті. Водночас дозволи у сфері поводження з відходами, на здійснення викидів в атмосферне повітря, скидів у водні об'єкти (друга група) можуть мати економічну привабливість для інших господарюючих суб'єктів, окрім тих, що їх придбали (наприклад, продаж права в межах наданих лімітів на скиди чи викиди забруднюючих речовин у навколишнє природне середовище).

Пропонована нами класифікація не вичерпна та потребує подальшого опрацювання. Однак вона здатна, на нашу думку, стати певним дороговказом на шляху наукової розробки порушеного у статті питання. Знову ж таки, при проведенні класифікації впадає в око та обставина, що здатними до обороту можуть виявитись якраз ті права за документами дозвільного характеру, які є економічно привабливими для кількох суб'єктів господарювання, що вважається важливою умовою формування ринку дозволів у зарубіжній науковій літературі [1, с. 5–6].

Висновки. У процесі дослідження було встановлено, що українськими науковцями поки що не висловлювалася позиція про те, що права на здійснення господарської діяльності/господарських операцій (їх окремі види) за документами дозвільного характеру можна трактувати як об'єкти цивільних/господарських прав. На нашу думку, частина прав за документами дозвільного характеру, за своєю правовою природою, є майновими правами або нематеріальними активами, а тому вони є об'єктами цивільних прав (наприклад, права використання майнових об'єктів, належних державі чи територіальній громаді, згідно з дозволом на спеціальне використання природних ресурсів у межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду, дозволу на спеціальне використання об'єктів тваринного світу, дозволу на спеціальне використання природних ресурсів рослинних ресурсів, дозволу на спеціальне водокористування). Однак усі права за документами дозвільного характеру некоректно називати майновими правами. За нормами Податкового кодексу України, актів бухгалтерського законодавства нематеріальними активами є право користування майном і майновими правами: право користування земельною ділянкою, крім права постійного користування земельною ділянкою, право користування будівлею, право на оренду приміщень, право користування природними ресурсами.

Як було встановлено, прямої кореляції між правовою природою зазначених об'єктів господарського/цивільного обігу і їх здатністю до обороту встановити не можна. Більшість прав за документами дозвільного характеру, включно з тими, що є майновими правами або нематеріальними активами, не допущені законодавцем до обігу або прямо заборонені до обороту (як у випадку із правом спеціального користування надрами, правом оренди земельних ділянок публічних форм власності). Однак оборот цих прав (їх окремих груп) є перспективним з погляду використання таких

механізмів й у публічних інтересах (наприклад, у сфері екології), й у приватних інтересах.

Завданням правового регулювання економіки є не охорона наявних у законодавчій практиці правових конструкцій, а забезпечення належного правового підґрунтя ефективного розвитку економіки країни у світі, що змінюється, в інтересах суспільства, держави й окремих громадян; ринок примушує юридичні відносини рухатись в унісон із потребами господарського розвитку. Законодавець може надати характеристик оборотоздатності правам на здійснення окремих видів господарської діяльності, окремих господарських операцій, що засвідчується документом дозвільного характеру, як це уже зроблено частково щодо ліцензованих видів господарської діяльності Законом 2015 року, щодо права на оренду земельних ділянок – Законом 2008 року. Як зазначає С.І. Шимон щодо майнових прав [9, с. 158], обов'язок передати майнове право можна конструювати винятково у вигляді фікції. Аналогічним чином можна уявити і передачу прав за документами дозвільного характеру. У цьому зв'язку пригадуються слова Р. Саватьє: "Як й інші види техніки, юридична техніка знайшла способи та прийоми перетворення конкретних речей у поняття, концепції, цифри і кількісні співвідношення для того, щоби зручніше ними оперувати. Внаслідок цього *юридико-технічні абстракції потіснили тілесні речі*" [30, с. 98].

Комерціалізувати аналізовані нами об'єкти потрібно з необхідними обмеженнями і застереженнями, ретельно продумуючи умови та механізми їх обігу, щоб не завдати шкоди публічним інтересам. Бажано, щоби приватні та публічні інтереси у правовідносинах із відчуження прав за документами дозвільного характеру були враховані та взаємообумовлені, щоб відчуження прав відбувалось у приватних інтересах, що водночас було би вигідно й суспільству (державі), чи навпаки. Наприклад, суб'єкт господарювання, що набув право на спеціальне природокористування, на розміщення зовнішньої реклами, втратив інтерес до користування цим правом через об'єктивні обставини. Однак на період до закінчення терміну користування відповідним правом інтерес до нього може мати інша особа; водночас, не в інтересах держави втрачати плату за користування природними ресурсами (іншими правами) на період підготовки та проведення наступного конкурсу на право користування (оформлення такого права). Допустимим було би "виписати" в законодавстві правила, за якими зацікавлений суб'єкт на період до закінчення терміну дії наявного документа дозвільного характеру отримує від попереднього користувача таке право, не порушуючи при цьому публічних інтересів і не створюючи додаткових несправедливих прибутків першому користувачу за рахунок відчуження відповідного права (наприклад, визначити формулу максимального розміру плати за відчуження права, обмежити відчуження права згодою держави тощо).

Надання характеристик оборотоздатності певним правам за документами дозвільного характеру може стати доцільним юридико-технічним прийомом, за допомогою якого можна було би досягнути необхідних суспільних цілей (наприклад, стимулювати зменшення викидів забруднюючих речовин в атмосферне повітря чи водні об'єкти, зменшення обсягів неперероблених відходів).

Проведене дослідження спонукає до роздумів про доцільність розширення конкурсних механізмів отримання окремих видів прав (наприклад, прав на спеціальне використання природних ресурсів, на розміщення зовнішньої реклами, прав у сфері поводження з відходами), що дозволить обирати найкращих користувачів цих прав, спрямовувати більші фінансові ресурси до бюджету й можливо – стимулювати обмеження негативного впливу на довкілля.

З урахуванням запропонованої наукової розвідки варто й далі розробляти питання про правову природу тих прав, які надаються за документами дозволюючого характеру. На нашу думку, невизначеність у законодавстві статусу цих прав є першою перешкодою для подальшого розвитку їх правового режиму.

Необхідно підкреслити, що нами не ставилося завдання визначити правові механізми відчуження аналізованих у статті прав; це просто неможливо в межах однієї статті, на самому початку відповідних наукових досліджень. Надалі слід проаналізувати здатність до обороту окремих груп прав за дозволюючими документами (чи окремими правами), змодельювати можливі наслідки наділення їх оборотоздатністю, розробити належні механізми функціонування такого обороту. Відповідні питання можуть стати предметом наступних наукових досліджень порушеної нами тематики.

Список використаних джерел

1. Broemel R. Concepts of economic freedoms in China and EU: a methodical approach / R. Broemel, L. Xie // *China – EU Law Journal*. – 2015. – № 4. – Ч. 1. – С. 1–9.
2. Broemel R. Fundamental rights and fundamental freedoms framing market activities / R. Broemel // *China – EU Law Journal*. – 2015. – February. – P. 11–32.
3. Akao K.-I. A tradable permit system in an intertemporal economy / K.-I. Akao, Sh. Managi // *Environmental and Resource Economics*. – 2013. – July. – № 55. – Part. 3. – P. 309–336.
4. Manaka T. Multi-sector model of tradable emission permits / T. Manaka // *Environmental and Resource Economics*. – 2012. – January. – № 51. – Part. 1. – P. 61–77.
5. Кобецька Н.Р. Дозвоільна система у сфері користування надрами / Н.Р. Кобецька // *Право і суспільство*. – 2014. – № 3. – С. 140–146.
6. Спасибо-Фатеева І.В. Відчуження права оренди / І.В. Спасибо-Фатеева // *Вісник Академії правових наук України*. – 2010. – № 4 (63). – С. 118–127.
7. Шимон С.І. Майнові права як об'єкти цивільних правовідносин (теоретичні та практичні аспекти): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / С.І. Шимон. – К.: Нац. акад. прокуратури України, 2014. – 40 с.
8. Шимон С.І. Майнові права в системі об'єктів цивільних правовідносин та цивільного обороту [Електронний ресурс] / С.І. Шимон // *Форум права*. – 2011. – № 4. – С. 841–846. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/e-journals/FP/2011-4/11scitco.pdf.
9. Шимон С.І. Відчуження майнових прав і "traditio" в зобов'язаннях купівлі-продажу / С.І. Шимон // *Науковий вісник НУБІП України. Серія: Право*. – 2012. – № 173-3. – С. 154–160.
10. Шимон С.І. Передання товару, фікційна традиція та правова фікція у правовідносинах з купівлі-продажу майнових прав / С.І. Шимон // *Держава і право*. – 2011. – Вип. 54. – С. 317–322.
11. Шимон С.І. Теоретичні та практичні проблеми визначення складу "майна" як об'єкта цивільних правовідносин / С.І. Шимон // *Часопис Академії адвокатури України*. – 2012. – № 14 (1). – С. 1–5.
12. Сліпченко С.О. Механізм правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук (12.00.03) / С.О. Сліпченко. – Х.: Національний юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2014. – 39 с.
13. Спасибо-Фатеева І. Оборотноздатність об'єктів цивільних прав / І. Спасибо-Фатеева // *Право України*. – 2005. – № 6. – С. 34–37.
14. Апанасенко К.І. Правова природа прав за документами дозволюючого характеру: постановка питання / К.І. Апанасенко // *Вісник Київсь-*

кого нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Серія "Юридичні науки". – 2015. – № 2 (101). – С. 56–64.

15. Гусь А.В. Нематеріальні активи: господарсько-правовий аспект: монограф. / А.В. Гусь. – Ужгород: ПП "АУТДОР-ШАРК", 2015. – 248 с.

16. Гусь А.В. Правовий режим нематеріальних активів у складі майна державних вищих навчальних закладів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук (12.00.04) / А.В. Гусь. – К.: Інститут екон.-прав. дослідж. НАН України, 2015. – 23 с.

17. Туктаров Ю.Е. Имущественные права как объекты гражданско-правового оборота / Ю.Е. Туктаров // *Актуальные проблемы гражданского права: сб. ст. – Вып. 6 / под ред. О.Ю. Шилохвоста. – М.: Издательство НОРМА, 2003. – С. 101–136.*

18. Кохановська О. Лекція "Об'єкти цивільних прав" / О. Кохановська // *Право України*. – 2014. – № 2. – С. 235–248.

19. Цивільне право України: Загальна частина: підруч. / за ред. В.Г. Фазикоша, С.Б. Булеци; В.Г. Фазикош, С.Б. Булеца. – К.: Знання, 2010. – 631 с.

20. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В.М. Коссака / В.М. Коссака. – К.: Істина, 2004. – 976 с.

21. Цивільне право України: підруч.: у 3 кн. – Кн. 1 / за ред. Є.О. Харитонов, А.І. Дрішлюка / Є.О. Харитонов, А.І. Дрішлюк. – О.: Юридична література, 2005. – 528 с.

22. Цивільне право: підручник: у 2 т. / за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатеевої, В.Л. Яроцького / В.І. Борисова, І.В. Спасибо-Фатеева, В.Л. Яроцький. – Х.: Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.

23. Цивільне право України: Академічний курс: підруч.: у 2 т. – Вид. 2-ге, доп. і перероб. / за заг. ред. Я.М. Шевченка. – К.: Вид. Дім "Ін Юре", 2006. – Т. 1. Загальна частина. – 696 с.

24. Маттеї У. Основные положения права собственности / У. Маттеї, Е.А. Суханов. – М.: Юрист, 1999. – 384 с.

25. Синайский В.И. Русское гражданское право / В.И. Синайский. – М.: Статут, 2002.

26. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права / Г.Ф. Шершеневич. – Тула: Автограф, 2001.

27. Яворська О. Майнові права як об'єкти цивільного обороту / О. Яворська // *Вісник Львівського ун-ту. Серія юридична*. – 2011. – Вип. 53. – С. 225–231.

28. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По испр. и доп. 8-му изд., 1902. – Изд. 3-е, испр. / Д.И. Мейер. – М.: "Статут", 2003. – 831 с. (Классика российской цивилистики).

29. Васильковский Е.В. Учебник гражданского права / Е.В. Васильковский. – СПб., 1894. – Вып. I.

30. Саватье Р. Теория обязательств, юридический и экономический очерк / Р. Саватье. – М.: Прогресс, 1972. – 440 с.

31. Міхно О.І. До питання про визначення майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин [Електронний ресурс] / О.І. Міхно. – Режим доступу: <http://eprints.kname.edu.ua/39540/1/44-47.pdf>.

32. Старженецкий В.В. Россия и Совет Европы: право собственности / В.В. Старженецкий. – М., 2004. – 208 с.

33. Шупінська О.В. Реалізація європейських стандартів у сфері права власності в процесі європейської інтеграції України / О.В. Шупінська // *Вісник Запорізького нац. ун-ту. Юридичні науки*. – 2005. – № 2. – С. 94–98.

34. Орженецкий Р. Учение об экономическом явлении. Введение в теорию ценности / Р. Орженецкий. – О., 1903.

35. Величко О. Юридичні фікції в цивільному праві / О. Величко // *Наукові записки НаУКМА*. – 2003. – Т. 22, ч. 2: Суспільні науки. – С. 221–223.

36. Іванський А.Й. Роль юридичних фікцій у регулюванні відносин фінансово-правової відповідальності [Електронний ресурс] / А.Й. Іванський // *Форум права*. – 2008. – № 3. – С. 202–207. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/e-journals/FP/2008-3/08iajvfv.pdf.

Надійшла до редколегії 20.01.17

Е. Апанасенко, канд. юрид. наук, доц.

Черниговский национальный технологический университет, Чернигов

ОБОРОТОСПОСОБНОСТЬ ПРАВ СОГЛАСНО ДОКУМЕНТАМ РАЗРЕШИТЕЛЬНОГО ХАРАКТЕРА: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

Анализируется вопрос о возможности квалификации прав согласно документам разрешительного характера в качестве объектов гражданских/хозяйственных прав, их оборотоспособность. Исследованы признаки оборотоспособности нематериальных объектов гражданских прав, проведено классификацию прав согласно документам разрешительного характера для выявления потенциально оборотоспособных прав. Также в работе приведены аргументы в пользу вовлечения этих прав в гражданский/хозяйственный оборот.

Ключевые слова: оборотоспособность, объекты гражданских/ хозяйственных прав, документ разрешительного характера, имущественные права, нематериальные активы.

К. Апанасенко, PhD, Docent

Chernihiv national technological university, Chernihiv, Ukraine

TRADABILITY OF RIGHTS PROVIDING BY PERMISSIVE DOCUMENTS: DEFINITION OF THE PROBLEM

The question about qualification of rights providing by permissive documents as objects of civil/economic rights and their tradability is analyzed in the article. Author investigates signs of a tradability of non-material objects of civil rights, classifies rights, providing by permissive documents, in purpose of the searching of potentially tradable rights. Also arguments for the involving of these rights in civil/economic turnover are presented in the work.

Key words: tradability, objects of civil/economic rights, permissive document, material rights, non-material assets.

УДК – 348.51

І. Мацелюх, канд. юрид. наук, асист.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ДО ПРОБЛЕМИ СТРАТИФІКАЦІЇ ЦЕРКОВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ РУСЬКОЇ ДЕРЖАВИ В ІСТОРІОГРАФІЧНІЙ ЛІТЕРАТУРІ

Присвячено проблематиці класифікації церковних правопорушень Руської держави, відображених в історіографічній літературі дореволюційних кантоністів та сучасних дослідників церковного права. Висловлено авторську стратифікацію церковних правопорушень досліджуваної епохи.

Ключові слова: церковне правопорушення, каноніст, Руська держава, джерела церковного права.

Проблема класифікації правопорушень у сфері регулювання церковних відносин не є новою для історико-правової науки. До неї неодноразово зверталися як дореволюційні дослідники, науковці радянської доби, так і сучасна вітчизняна історіографія. На жаль, досі історики права не виробили спільного підходу до проблеми стратифікації церковних правопорушень доби Руської держави. Відтак, метою нашої розвідки є комплексний аналіз історіографічної літератури, що актуалізувала проблему стратифікації церковних правопорушень.

Загалом у літературі каноністів минулої епохи складалася традиція, за якою церковні правопорушення поділялися за суб'єктом здійснення на протиправні діяння, учинені мирянином, і проступки, скоєні церковним кліром. Так, узагальнивши зміст Святого Письма, Правил Святих апостолів, Святих Отців церкви, рішень Вселенських і Помісних соборів, І. Бердников поділив церковні злочини на три групи. До першої він вніс загальні церковні злочини християн (проти віри, проти моралі та церковно-дисциплінарні злочини), до другої – злочинні дії, учинені ченцями проти правил чернечого життя та монастирського уставу, до третьої – злочини церковних кліриків (дияконів, пресвітерів, єпископів) щодо неналежного виконання посадових обов'язків [1, с. 440].

Інший дослідник – Н. Мілаш запропонував власну стратифікацію церковних злочинів, звузивши їх до двох груп – загальної та спеціальної. До першої групи він зарахував відступництво, ересь, розкол і синонімію (продаж церковних посад, вимагання матеріальної вигоди за надання церковних послуг, підкуп виборців церковних ієрархів). Суб'єктами вчинення подібних злочинів могли бути лише християни [2, с. 509–510]. До спеціальних злочинів дослідник відніс неправомірні діяння, учинені духовенством під час виконання ними церковно-службових функцій. На відміну від І. Берднікова, Н. Мілаш не виокремлював злочини ченців, а об'єднав їх зі спеціальними церковними злочинами.

Прагнення останнього розділив сучасний дослідник В. Ципін. Він, у свою чергу, виокремив у самостійні групи злочини мирян і злочини духовенства, вважаючи за недоцільне розглядати церковні правопорушення чернечтва як окрему групу [3, с. 639–655].

Дещо інша стратифікація церковних правопорушень міститься в роботі "Суд и наказания за преступления против веры и нравственности по русскому праву" дореволюційного каноніста А. Попова. Переконливість його висновків забезпечувалася багатим нормативним матеріалом. Усі церковні правопорушення ним були поділені на дві групи. До першої, яку назвав злочинами проти віри, дослідник відніс сповідання заборонених релігій, апостазію або відступництво від християнства, ересь, богохульство, зневагу до богослужіння, блюзнірство, чародійство, святотатство, порушення присяги. До другої групи, що охоплювала злочини проти моралі, він зарахував перелюбство, розпусту та кровозмішення [4, с. 19–38].

Проте проблематиці класифікації церковних правопорушень Руської держави приділено значно менше уваги. Так, тією чи іншою мірою наближалися до розв'я-

зання згаданої наукової проблеми М. Суворов. Проаналізувавши церковні устави, учений виокремив із них чотири групи злочинів. До першої – названої ним злочинами проти віри і церкви, – він вніс ересь, відступництво від християнської віри, чародійство в усіх його виявах, святотатство, блюзнірство над могилами та посягання на церковне майно. Друга група злочинів охоплювала протиправні діяння, учинені в межах шлюбно-сімейного союзу, а саме: самовільне розлучення, перелюбство, неповага дітей до своїх батьків, кровозмішення, двоєженство. До третьої групи дослідник відніс злочини проти моралі, зокрема: викрадення нареченої, зоофілію, непристойний захист жінкою чоловіка, розпусту, убивство матір'ю немовляти [5, с. 142–143]. Формуючи останню групу, до якої належали такі види злочинів, як крадіжка жінкою майна чоловіка і навпаки, особисті образи, тілесні ушкодження, здійснені одним із подружжя, убивство на заручинах чи весіллі, учений назвав їх достатньо оригінально – "злочинами у зв'язку із шлюбом" [5, с. 142–143]. Інші види протиправних діянь, що містяться у джерелах руського церковного права, дослідником не були помічені і, як наслідок, не знайшли свого місця у класифікації.

Ознайомившись із переліком церковних злочинів, наведених в Уставах Володимира, Ярослава та в Номоканонах, каноніст А. Павлов навів дещо іншу стратифікацію, поділивши їх на п'ять самостійних груп. До першої групи він традиційно зарахував злочини проти віри і церкви, які, на переконання дослідника, виявляються у таких діяннях: у здійсненні християнами язичницьких обрядів, чародійстві, святотатстві, посяганні на святині та храми, богохульстві, відступництві від віри, ересі та розколі. Друга група злочинів, що вперше озвучена під назвою "злочини проти суспільного порядку та моралі", характеризується такими протиправними діяннями як розпуста, зґвалтування жінки, зоофілія [6, с. 347]. Третя група охоплювала правопорушення у сфері шлюбно-сімейного права, а саме: багатоженство, шлюби між родичами, кровозмішення, самовільне розлучення, зловживання батьківською владою, неповага дітей до своїх батьків. До четвертої групи належали злочини проти життя окремих категорій осіб, зокрема: убивство чи посягання на життя одного з подружжя, аборт, вбивство особи, що перебувала під захистом церкви, убивство осіб, які належали до "церковних людей", або ж якщо злочинцем була сама особа духовного сану. До останньої групи вчений відніс злочини проти честі. "Сюди зараховували всі види злочинів, які на той час вважалися ганебними та такими, що принижують честь і гідність" – зазначає дослідник [6, с. 347]. До неї, крім того, учений зарахував і порушення церковнослужителями своїх професійних обов'язків [6, с. 346–348]. Зазначений вид правопорушення вперше виокремлено в літературі дореволюційних каноністів, проте жодних об'єктивних підстав для цього він не мав, оскільки князівські устави не мають у своєму тексті такого виду злочину.

Класифікація А. Павлова, на нашу думку, була вдалішою та мала кращу градацію відповідно до об'єкта злочинного посягання, а тому була підтримана його су-

часником М. Красноженом. Останній, не вдаючись до детального аналізу видів церковних правопорушень, поділив їх на злочини проти віри і церкви, проти сімейного союзу, проти моралі, проти честі, посягання на життя особи, що перебуває під опікою церкви [7, с. 107]. Хибою запропонованої класифікації є той факт, що вчений оминув окремі склади злочину, зафіксовані у джерелах церковного права державного походження Руської держави.

На підставі аналізу Просторової редакції церковних Уставів Володимира та Ярослава, які упорядкував Е. Голубінський, каноніст І. Бердников запропонував власну класифікацію церковних правопорушень. Він скористався існуючою в Російській імперії правовою парадигмою, типологізувавши правопорушення за галузевою ознакою. Оскільки російське право на початку ХХ ст. ділилося на дві основні галузі, автор застосував тотожний підхід і до церковних правопорушень, поділивши їх на цивільні порушення та злочини [1, с. 514]. Останні вчений розмежував на чотири самостійні групи. Злочини проти віри, як завжди, посіли першу сходинку. До них належали ідолопоклонство, перехід до іудаїзму чи ісламу, усі форми ересі, розкол, богохульство, чародійство, приготування зілля, святотатство, блюзнірство, різноманітне посягання на церковні святині. До другої категорії вчений зарахував злочини проти моралі, честі та гідності. Третю – становлять злочини проти сімейного союзу, а саме: викрадення наречених для вступу до шлюбу, самовільне розлучення, перелюбство, аборт, убивство дитини, жорстоке поводження батьків зі своїми дітьми, зневага дітей до своїх батьків. До останньої категорії злочинів належать діяння, що посягають на життя особи, де об'єктивною стороною є сімейно-шлюбні відносини, тобто вбивство, учинене на заручинах чи весіллі, або вбивство, скоєне одним із подружжя.

Самостійну групу діянь, які також підпадають під юрисдикцію церковного суду, утворюють церковні правопорушення цивільного характеру. До них віднесені шлюбно-сімейні справи щодо дійсності шлюбів та їх розлучення, справи про дійсність заручин, про законність народження дітей, про усиновлення, про спадкування та дійсність заповіту, спори майнового характеру, об'єктом якого є посаг [1, с. 513].

Наведені стратифікації дореволюційних каноністів імперської доби далекі від свого ідеалу. Імовірно, каноністи, відчуваючи брак знань із кримінального права, уникали аналізу окремих видів злочину і, як наслідок, вони не потрапили в поле зору дослідників.

Незатребуваність теми обраного нами дослідження в радянський період є зрозумілою. Сфера церковних відносин була табуованою з погляду партійної ідеології. Нині дослідники цього наукового напрямку не актуалізують церковно-правову проблематику, як вважається, з причин, що пов'язані, начебто, з вичерпаністю інформативного ресурсу та відсутністю додатково виявлених правових та історичних джерел, які могли би сприяти новому прочитанню відомого дослідницького матеріалу.

З огляду на досягнення сучасної теорії кримінального права, ураховуючи нинішню судову практику із кримінальних справ, що перегукуються зі складами церковних злочинів Руської держави, пропонуємо власну класифікацію церковних правопорушень доби, що досліджується. Джерельною базою для нас слугуватимуть Церковний Устав князя Володимира Оленінської редакції та Церковний Устав князя Ярослава Короткої редакції, які, на переконання радянського історика Я. Шапова, є близькими до оригіналу та були поширені на Київщині і в Західній Україні [8, с. 115].

Ознайомлення з ознаками церковних злочинів, вивчення їхньої природи свідчить про достатньо професійне і юридично вмотивоване виокремлення каноністами й істориками права такої категорії церковних пра-

випоруків як злочини проти віри та церкви. До другої групи злочинів учені у своїй більшості відносять злочини проти сім'ї та моралі, що не може не поділятися сучасними дослідниками історії права загалом та нами, зокрема. Виокремлення третьої групи злочинів не має аналогів ні в церковно-правовій, ні в юридичній літературі. З огляду на спорідненість об'єкта злочину доцільно, на нашу думку, виокремити таку категорію як злочини проти особистої свободи та честі. І, нарешті, у церковних уставах містяться такі види протиправних діянь, що не потрапляють до жодної зі структурованих нами груп злочинів. Зважаючи на це пропонуємо зарахувати такі протиправні діяння до групи інших злочинних діянь, які віднесені князівським законодавством до церковної юрисдикції. Запропонована нами класифікація правопорушень у сфері регулювання церковних відносин має на меті продемонструвати ставлення до предмета кримінально-правової юрисдикції не лише істориків, богословів, а, насамперед, правознавців.

Структура викладу матеріалу зазначеної розвідки вимагає проведення наукового аналізу названих окремих самостійних груп церковних правопорушень загалом і кожного злочину зокрема. Відтак розпочнемо з першої групи злочинів, що в кримінально- та історико-правовій літературі отримали назву "злочини проти віри та церкви". Протиправні діяння такої групи полягають у сповідуванні політеїзму чи виконанні язичницьких обрядів, ересі, зневазі до богослужіння, блюзнірстві, святотатстві, чародійстві. До другої групи злочинів належать злочини проти сім'ї та моралі: перелюбство, розпуста, кровозмішення, двоєженство, побиття дітьми своїх батьків або бійки між подружжям, убивство дівчиною своєї новонареченої дитини, самовільне розлучення, відмова нареченого від весілля після укладання весільного договору, крадіжка дружиною майна чоловіка. При цьому зауважимо, що на Русі перелік зазначеної групи злочинів має значно більше кваліфікацій, що переслідувалися державою та засуджувалися церквою.

До третьої групи злочинів ми відносимо злочини проти особистої свободи та честі. Так, ганебними визнавалися такі дії: словесна образа чужої дружини, вистригання волосся голови чи бороди; бійки між жінками; завдання чоловіком тілесних ушкоджень чужій дружині; зґвалтування; заборона дочці виходити заміж, за умов її бажання; насильницьке одруження діте; викрадення нареченої з метою укладання шлюбу. Варто зауважити, що більшість статей відповідної групи злочинів містять у своїй структурі обтяжуючу обставину, що залежить від об'єкта злочину та відображає становий устрій середньовічного суспільства.

І, нарешті, у церковних уставах містяться такі види протиправних діянь, що не потрапляють до жодної зі структурованих нами груп злочинів, адже не пов'язані із віросповіданням, інститутом сім'ї, моральними засадами чи принципами честі. Такий стан речей спричинив відсутність серед кантоністів наукового інтересу до зазначених протиправних діянь. Ми вперше їх виокремили в самостійну групу церковних правопорушень під назвою "інші злочинні діяння, які віднесені князівським законодавством до церковної юрисдикції".

До самостійної групи злочинів необхідно зарахувати правопорушення церковних людей, тобто священників, ченців, паламарів, проскурниць, єпископів та інших. Норми Уставу Ярослава стосувалися як морально-етичних принципів їхньої поведінки, так і професійних обов'язків. Розпуста заборонялася в будь-яких її вирахах. Надмірне вживання спиртних напоїв також не віталася церквою, адже лягало брудною плямою на її репутацію. Князівське законодавство регламентувало порядок організації служби священників та охороняло

приходську юрисдикцію місцевого духовенства. Так, священнику заборонялося хрестити дітей у приході іншого священника, за винятком крайньої необхідності чи хвороби останнього [9, с. 249]. Князівське законодавство регулювало окремі питання чернечого життя. Самовільний вихід із монастиря та залишення чернечого послуху забороняли, передбачаючи штраф на користь митрополита в розмірі 40 грн [9, с. 249].

Таким чином, проблема стратифікації церковних правопорушень неодноразово була предметом досліджень як дореволюційних так і сучасних істориків, юристів, джерелознавців. Наукова дискусія щодо розподілу не вирішена і нині. Вивчення історіографічної літератури й ознак складів церковних правопорушень, передбачених руськими джерелами церковного права державного походження, надало нам підстави здійснити градацію, поділивши їх на чотири групи: злочини проти віри та церкви, злочини проти сім'ї та моралі, злочини проти особистої свободи та честі та інші злочинні діяння, які віднесені князівським законодавством до церковної юрисдикції.

И. Мацелюх, канд. юрид. наук, ассист.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев

К ПРОБЛЕМЕ СТРАТИФИКАЦИИ ЦЕРКОВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ РУССКОГО ГОСУДАРСТВА В ИСТОРИОГРАФИЧЕСКОЙ ЛИТЕРАТУРЕ

Посвящено проблематике классификации церковных правонарушений Русского государства, отраженной в историографической литературе дореволюционных кантонистов и современных исследователей церковного права. Высказанная авторская стратификация церковных правонарушений изучаемой эпохи.

Ключевые слова: церковное правонарушение, канонист, Русь, источники церковного права.

I. Matselyukh, PhD., assistant.
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE PROBLEM OF STRATIFICATION OF CANONICAL OFFENCES OF THE RUS STATE IN HISTORIOGRAPHICAL LITERATURE

The paper addresses the issue of classification of canonical offences of the Rus State, reflected in the historiographical literature of pre-revolutionary cantonists and modern scholars specializing in canon law. Author's stratification of canonical offences of the studied historical period has been outlined.

Keywords: a canonical offence, a canonist, the Rus State, sources of canon law.

УДК 347.62

Л. Радченко, канд. юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ТРАНСФОРМАЦІЯ РОЗУМІННЯ КАТЕГОРІЇ ШЛЮБ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ОКРЕМИХ ДЕРЖАВ

Присвячено розгляду проблематики правового регулювання шлюбних і подібних до шлюбу сімейних відносин у міжнародному сімейному праві, оцінці сучасного розуміння категорії "шлюб" за законодавством окремих зарубіжних держав та аналізу практики його застосування. З позиції юридичної доктрини проаналізовано положення нормативно-правових актів у сфері сімейних відносин окремих зарубіжних держав, визначено тенденції та перспективи правового регулювання шлюбних-сімейних відносин у законодавстві України.

Ключові слова: шлюб, шлюбні відносини, міжнародне сімейне право, інші сімейні союзи, співмешкання, партнерство.

Серед цінностей людства, що характерні для сучасності, була і залишається найбільш важлива цінність для кожної особистості – сім'я. Саме сім'я формує людину як особистість.

Сім'я, як одна з найдавніших біосоціальних груп, у сучасних умовах схильна, як відомо, до великих змін, підставою для яких є як поступове руйнування традиційних цінностей, так і зміна традиційних форм шлюбу і сімейного життя, що надає таким змінам глобальний, а часом, навіть універсальний характер. З погляду соціології, сучасна сім'я із соціального інституту трансформується в малу соціальну групу. Водночас сім'я втрачає певну залежність і набуває приватності, також стають ширшими її межі. Безумовно, що на процеси такої трансформації впливають різні аспекти і нові погляди, спектр яких досить широкий; починаючи від економіко-

Список використаних джерел

1. Бердников И.С. Краткий курс церковного права православной церкви. – Изд 2-е / И.С. Бердников. – Казань: Типография Императорского университета, 1913. – 1443 с.
2. Никодим (Милаш) еп. Православное церковное право / Никодим (Милаш), еп. – СПб. – 1897. – 708 с.
3. Протоиерей Владислав Цыпин. Каноническое право. – 2-е изд. / протоиерей Владислав Цыпин. – М.: Изд-во Сретенского монастыря, 2012. – 864 с.
4. Попов А. Суд и наказания за преступления против веры и нравственности по русскому праву / А. Попов. – Казань: Типография Императорского Университета, 1904. – 516 с.
5. Суворов Н.С. Курс церковного права / Н.С. Суворов. – Ярославль: Типография Г.В. Фальк, 1890. – Т. 2. – 550 с.
6. Павлов А.С. Сокращенный курс лекций церковного права / А.С. Павлов. – М.: Б. и., 1899. – 514 с.
7. Красножен М. Краткий курс церковного права / М. Красножен. – Юрьев: Типография Маттиеевна, 1913. – 157 с.
8. Шапов Я.Н. Княжеские уставы и церковь в древней Руси XI–XIV вв. / Я.Н. Шапов. – М.: Изд-во "Наука", 1972. – 340 с.
9. Мацелюх І.А. Джерела церковного права за доби українського Середньовіччя: монограф. / І.А. Мацелюх. – К.: Талком, 2015. – 290 с.

Надійшла до редколегії 20.01.17

споживацького підходу до сім'ї (наприклад, популярне раніше соціалістичне гасло "Сім'я – осередок суспільства"), державної підконтрольності, цілей і підстав її створення, народження та виховання дітей, відокремлення сім'ї від суспільства, і, до сприйняття, зокрема, українським сімейним законодавством, найголовніших сучасних індивідуальних цінностей – самореалізації, самоствердження, становлення особистості в сім'ї. Сім'я стає іншою, а відносини подружжя, дітей набувають нових рис.

Зазначені фактори зумовлюють актуальність звернення до розгляду проблематики правового регулювання шлюбних і подібних до шлюбу сімейних відносин у міжнародному сімейному праві, оцінці сучасного розуміння категорії "шлюб" за законодавством окремих зарубіжних держав та аналізу практики його застосування.

Наведені питання були предметом наукового дослідження представників різних галузей юридичної науки, зокрема О.Є. Бурлая, А.С. Довгерта, О.В. Дзери, В.Я. Калакури, В.І. Кисіля, В.Л. Толстих, Г.С. Фединак, Л.С. Фединак та інших науковців. При написанні статті використовувалися як загальнонаукові, так і спеціально-юридичні методи дослідження правових явищ і юридичних категорій, зокрема, порівняльно-правовий, історичний, формально-логічний та інші методи.

Метою зазначеної публікації є дослідження категорії "шлюб" у міжнародному сімейному праві, визначення специфіки інших подібних до шлюбу сімейних союзів (партнерство, співмешкання тощо), аналіз їх видів та особливостей, окреслення специфіки правового регулювання шлюбних відносин у сучасному законодавстві окремих зарубіжних держав.

Сучасні підходи до категорії "сім'я" вимагають ухвалення певної ефективної державної сімейної політики, що виявляється у прийнятті державою зважених нормативно-правових актах. Такі акти мають бути спрямовані на створення сприятливих умов для створення та існування сім'ї.

Нині сім'я – це складна архітектурна будова, що складається з різних взаємозв'язаних частин. Фундаментом такої будови, на наш погляд, є союз подружжя.

Традиційно союз подружжя називають шлюбом ("шлюб" – категорія українського права), як у нормативно-правових актах, так і в юридичній літературі. Однак сучасні підходи правову категорію "шлюб" пропонують розглядати через призму основних аспектів його існування: укладання, розірвання шлюбу, й обумовлених цими фактами правових наслідків.

Насамперед, укладання шлюбу є важливим питанням і певною точкою відліку з метою визначення правової категорії "шлюб".

Звертає на себе увагу той факт, що, на відміну від українського сімейного законодавства¹², не всі сучасні правові системи дають легальне визначення правової категорії "шлюб". Водночас слід звернути увагу, що іноді законодавство іноземних держав, з одного боку, не пропонує конкретного поняття "шлюбу", проте, з іншого, досить чітко конкретизує, що не є шлюбом. Наприклад, сімейне законодавство Англії містить об'ємну кількість норм, присвячених недійсності шлюбу (law of nullity), загальний розгляд яких дозволяє зробити певний висновок про правову категорію "шлюб" у цій країні. Норми англійського права про недійсність шлюбу стосуються питань наявності юридичної сили або її відсутності в передбачуваному шлюбі з моменту його укладання¹³ [2].

Тим часом, доктриною вироблена загальна правова концепція в розумінні шлюбу, яка склалася на підставі сталого підходу, що шлюб – це сімейний союз чоловіка і жінки. Такий союз є продовженням роду і створенням усіх необхідних матеріальних і моральних умов для виховання дітей.

При цьому міжнародно-правові стандарти передбачають аналогічні підходи, підкреслюючи право людини на укладання шлюбу. Зокрема, Загальною декларацією прав людини від 10.12.1948 у ст. 16 встановлено: 1. Чоловіки і жінки, які досягли повноліття, мають право

без будь-яких обмежень за ознакою раси, національності або релігії одружуватися і засновувати сім'ю. Вони користуються однаковими правами щодо одруження, під час перебування у шлюбі і при його розірванні. 2. Шлюб можна укладати тільки за вільної і повної згоди обох сторін, що одружуються. 3. Сім'я є природним й основним осередком суспільства і має право на захист з боку суспільства і держави [3].

У теорії наголошується, що шлюб може вважатися добровільним союзом чоловіка і жінки, внаслідок чого між особами, які вступають у шлюб, встановлюється особливе шлюбне правовідношення; або союзом, укладеним на договірних засадах, заснованим на вимогах, пропонуєваних законом до порядку укладання будь-яких договорів (Англія, США, Японія, Франція). Шлюб-партнерство – концепція, характерна для держав "сім'ї континентального" і частково "загального права". Її змістом є чіткий поділ функцій між подружжям. Розуміння шлюбу як союзу двох незалежних і рівноправних партнерів характерне і для країн Східної Європи, у тому числі і для України. Також підкреслюється, що відповідно до норм Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 р. (далі – СК України) передбачається закріплення в законодавстві відносної свободи кожного з подружжя у вирішенні питань про продовження чи припинення спільного життя. Дещо іншим є розуміння шлюбу як союзу чоловіка і жінки в мусульманських державах. Тут союз трактується нормами шариату як освячений Богом. Підставою його реєстрації є попередня домовленість (договір) між родичами майбутніх нареченої і нареченого [4].

З огляду на те, що законодавство і правова доктрина зарубіжних держав не виробили остаточного варіанту визначення правової природи шлюбу, у юридичній літературі зазначається: існує переважно три точки зору на шлюб як на сімейний союз чоловіка і жінки: шлюб-договір, шлюб-статус, шлюб-партнерство [5, с. 517].

1. Шлюб-договір є найпоширенішою формою сімейного союзу. Ця форма заснована на певних вимогах, що пред'являються законодавством щодо порядку та умов укладання шлюбу, умов його дійсності, можливості отримання відшкодування збитків, що виникають у подружжя внаслідок розірвання шлюбу, до винної поведінки подружжя як підстави, що надає право іншому подружжю на розірвання шлюбу. Отже, законодавство встановлює вимоги до шлюбу, що є аналогічними до цивільно-правових договорів.

2. Шлюб-статус є формою сімейного союзу, що заснований на природній меті шлюбу – створення сім'ї, народження та виховання нащадків. Зважаючи на це, шлюб – це статус, який набувається відповідним суб'єктом внаслідок здійснення певних дій, передбачених законодавством, спрямованих на укладання шлюбу. Особа, що наділена таким статусом, цілком правомірно відноситься до категорії одружених чоловіків або заміжніх жінок.

3. Шлюб-партнерство є відображенням новітнього соціального уявлення про сімейний союз як партнерство (*partnership*). Ця концепція спрямована на рівність подружжя у шлюбі та на більш незалежне становище дружини в сім'ї [5, с. 518–519].

Однак постає питання щодо того, чи завжди партнерство є шлюбом. Як свідчить законодавство різних країн – це різні як за назвою, так і за змістом правові категорії.

Нині поряд із традиційною категорією шлюб набуло поширення партнерство, яке може бути різностатевим, одностатевим, називатися союзом, "цивільним партнерством" тощо. Легалізація партнерства законодавством різних країн провадиться, ґрунтуючись на загаль-

¹² Згідно із ч. 1 ст. 21 СК України шлюбом є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органі державної реєстрації актів цивільного стану [1].

¹³ Так, шлюб вважають дійсним, якщо він із юридичного погляду в жодному сенсі не є хибним і, відповідно, має обов'язкову силу для сторін (і для всіх інших осіб). Дійсний шлюб може бути припинений тільки смертю або рішенням суду про розлучення, яке визнає наявність дійсного шлюбу, а потім припиняє його.

новизнаних принципах рівності людей (незалежно від раси, статі й інших ознак).

Такі одностатеві союзи, як цивільні партнерства або цивільні союзи наразі передбачені законодавством багатьох держав Європи, зокрема у Великій Британії, Ірландії, Франції (тут визнається також ПАКС – Угода цивільної солідарності), Андоррі, Німеччині, Гренландії, Фінляндії, Люксембурзі, Чехії, Словенії, Угорщині, Швейцарії, Австрії, Ліхтенштейні. У Хорватії, Ізраїлі, Колумбії та Еквадорі визнають одностатеві союзи де-факто. Крім того, різні форми одностатевих союзів визнають регіонально повсюдно в Австралії і в деяких регіонах США, Бразилії, Мексики та Венесуели.

Водночас легалізація партнерства (насамперед одностатєвого) у законодавстві різних держав є різноковторною: одні з них прирівнюють і називають таке партнерство шлюбом; інші – чітко відмежовують шлюб, який може існувати винятково між різностатєвими особами та цивільне партнерство як одностатєвий союз.

Якщо говорити про законодавство європейських держав, то державою, що сприйняла шлюб як між особами різної, так й однієї статі – є Франція.

Так, Франція стала тринадцятою країною, у якій дозволено створювати одностатєві союзи. Специфікою французького законодавства стало те, що такому союзу надано офіційний статус шлюбу з відповідними правовими наслідками, зокрема, із правом усиновлення дітей. Такі шлюби стали можливими завдяки Закону Франції № 2013-404 від 17 травня 2013 р. про дозвіл на шлюб для одностатєвих пар, яким були внесені відповідні зміни до Цивільного кодексу Франції, а саме до гл. I (Положення, що стосуються шлюбу) розд. V кн. I. Так, встановлено, що шлюб укладається між особами різної статі або однієї статі (ст. 143). Унесено також зміни до гл. IV біс (Правила колізій законів), у якій передбачено, що якості й умови, необхідні для вступу до шлюбу регулюються для кожного із подружжя його особистим законом. Однак двоє людей однієї статі можуть вступати до шлюбу, якщо це дозволено особистим законом або правом держави, у якому має місце проживання або дозвіл на проживання хоча б один із них (ст. 202-1). Шлюб є дійсним, якщо його вчинено відповідно до формальностей, передбачених законодавством держави, у якій відбулося одруження (ст. 202-2) [6].

Іншим способом урегулює такі відносини Німеччина. Зокрема, їхньому регламентуванню присвячено Закон про зареєстроване партнерство (Закон про цивільне партнерство – LPaTG) від 16.02.2001 [7]. Насамперед, звертає увагу той факт, що в Німеччині перш ніж зареєструвати цивільне партнерство вимагається його обґрунтування особисто обома зацікавленими особами, яке необхідно надати посадовій особі, яка уповноважена на реєстрацію партнерства (п.(1) §1 розд. 1). Право на цивільне партнерство надається двом особам однієї статі. При цьому закон встановлює випадки, за яких партнерство не може обґрунтовуватися, а саме: з неповнолітньою особою або одруженою особою, чи особою, яка вже перебуває в цивільному партнерстві; поміж особами однієї лінії кровного споріднення; поміж особами одного роду та зведеними братами і сестрами; якщо партнери при обґрунтуванні цивільного партнерства дійшли згоди не виконувати обов'язки § 2 зазначеного закону (п. (3) § 1 розд. 1), де передбачено, що партнери зобов'язані один одного підтримувати і піклуватися про своє життя разом. Вони несуть відповідальність один за одного.

Серед питань цивільного партнерства в Німеччині законодавець приділив увагу регламентації як особистих немайнових, так і майнових прав партнерів. Зокрема, цивільні партнери вправі визначити спільне прізвище

партнерства, заяву про визначення якого, за загальним правилом, подають при обґрунтуванні цивільного партнерства. При цьому у випадку припинення цивільного партнерства партнер вправі зберегти спільне прізвище (§ 3 розд. 2). Питання режиму власності цивільного партнерства врегульовані в загальному вигляді у § 6 даного закону, із можливістю визначити відносини власності по іншому, шляхом укладання договору – угоди про партнерство, до якої будуть застосовувати положення Цивільного уложення, зокрема § 1409–1563.

Окрім питань майнового та немайнового характеру між партнерами, у зазначеному законі встановлені правила, що стосуються дітей одного із партнерів (§ 9), а також питання спадкування (§ 10). Крім того, законом [7] визначені інші питання цивільного партнерства (§ 11), серед яких загальне положення, згідно з якими партнер вважають членом сім'ї іншого партнера, а родичі одного партнера зважають на іншого цивільного партнера.

Необхідно звернути увагу, що скористатися правом одностатєвих партнерів на вступ до шлюбу у країнах, які легалізували інститут "одностатєвої сім'ї", може одна з осіб, що укладають такий шлюб, яка є громадянином країни, що визнає одностатєві шлюби або яка має постійне місце проживання на території цієї держави. Короткотермінове перебування у країні, пов'язане із навчанням або туризмом, не надає право на укладання одностатєвого шлюбу особами з держав, де така практика заборонена. Винятком є штат Вермонт, чи не єдине місце у світі, де одностатєві пари з будь-яких країн можуть узаконити свої стосунки. Отже, нині у Данії, Норвегії, Швеції, Німеччині, Бельгії, Голландії, Іспанії, Франції, деяких штатах США та в деяких інших країнах вже набрали чинності закони, що дозволяють укладати одностатєві шлюби як союзи "двох осіб".

Прихильники легалізації одностатєвих шлюбів стверджують, що інститут шлюбу постійно еволюціонує, тому заборона таких шлюбів – це фактично спроба зупинити розвиток цивілізації. Противники укладання подібних союзів переконані, що одностатєві шлюби знищують традиційний інститут сім'ї із традиційними підходами до мети його створення та вчинять руйнівний вплив на людство. Зважаючи на це досить переконливою є позиція, що законодавець повинен відкривати інститут шлюбу для представників однієї статі, при цьому він може створити паралельний правовий інститут у вигляді "цивільних партнерств". Це дозволить уникнути проблеми, пов'язаної з наділенням одностатєвих пар правом усиновлювати дітей [8].

Чинне законодавство багатьох держав допускає інші сімейні союзи, що виникають між чоловіком та жінкою. Це союзи, які не кваліфікуються як шлюб і регулюються спеціальним законодавством. Називають такі союзи "партнерством".

У літературі аргументується [5, с. 520], що ухвалення такого законодавства є реакцією держави на вступ досить значної кількості чоловіків і жінок у сімейне життя без укладання шлюбу і виникнення у багатьох людей різних проблем матеріального й особистого характеру у таких сімейних союзах у сфері оподаткування, спадкових прав і пенсійного забезпечення.

Зокрема, у Нідерландах 5 липня 1997 р. ухвалений Закон про зареєстроване партнерство, яким було встановлено, що чоловік і жінка, не вступаючи до шлюбу, як це завжди було традиційно прийнято, можуть укласти договір про спільне життя, зареєструвати такий договір і тим самим створити сімейний союз у вигляді партнерства. Після прийняття 13 грудня 2000 р. парламентом Нідерландів Закону про подальше зближення між шлюбом і партнерством, правові відмінності між шлюбом і парт-

нерством стали несуттєвими. З огляду на це зареєстроване партнерство може легко трансформуватися у шлюб, а шлюб, у свою чергу, – у партнерство.

У Франції 15 листопада 1999 р. був ухвалений Пакт цивільної солідарності (ПАКС), що став правовою базою для створення так званого соціально-економічного партнерства. Суть зазначеного партнерства полягає в тому, що дві повнолітніх фізичних особи укладають по суті цивільно-правовий договір про спільне життя, який регулюється нормами ст. 515-1-515-7 Французького цивільного кодексу, з метою організації їх спільного життя. У договорі про спільне життя сторони можуть урегулювати свої майнові відносини на майбутнє, а також установити режим майна, що належить кожній стороні на праві власності на момент укладання договору. До цього договору встановлено суттєві обмеження; його не можна укладати між кровними родичами, свояками, між особами, якщо одна з них перебуває у шлюбі або уклала подібний договір.

Водночас, існує ще один інститут сімейного союзу, який породжує правові наслідки фактичного спільного сімейного проживання впродовж тривалого часу, – співжиття. Так, багатьма країнами ухвалені нормативні акти, на підставі яких визнаються правові наслідки, що виникають внаслідок фактичного спільного сімейного проживання впродовж тривалого часу. Такі відносини за своєю сутністю не є шлюбом відповідно до змісту законодавства про шлюб і називаються співмешканням. Співмешкання (*cohabitation*) – це інститут, урегульований, як наголошено в юридичній літературі, із незначними відмінностями у багатьох державах (Швеція, Нідерланди, Угорщина, Бельгія, Франція і Португалія). Наприклад, відповідно до ст. 515-8 ЦК Франції позашлюбним співмешканням є фактичний союз, що характеризується спільним життям, що має неперервний і стійкий характер [9]. Особливістю правового регулювання таких відносин порівняно зі шлюбом й іншими сімейними союзами є те, що наявність співмешкання не як факту спільного проживання, а як правовідносин сімейного характеру визнається не тільки з огляду на реєстрацію,

але і без реєстрації з огляду на доведений факт тривалого і безперервного ведення спільного сімейного життя з веденням спільного господарства.

Проведений аналіз визначення змісту категорії "шлюб" та інших сімейних союзів за законодавством окремих зарубіжних країн надає підстави для висновку про те, що хоча сучасний шлюб докорінно перетворює поняття сім'ї, яка серед усіх традиційних основ її формування у класичному вигляді зберегла незмінною основу, – турботу про потомство, проте саме ця якість надає йому, як правовій категорії, особливе значення у правовій регламентації законодавством зарубіжних держав. Нинішній етап розвитку суспільства зумовив трансформацію традиційних сімейних відносин, що, у свою чергу, має наслідком зміну акцентів правового регулювання сімейних відносин у законодавстві зарубіжних держав та необхідність нових глибоких наукових досліджень відносин зазначеної сфери.

Список використаних джерел

1. Сімейний кодекс України: від 10.01.2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
2. Law Commission, Report on Nullity of Marriage, Law Com 33. – L.: HMSO, 1970, s. 3 (a).
3. Загальна декларація прав людини: від 10.12.1948 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
4. Фединак Г.С. Міжнародне приватне право [Електронний ресурс] / Г.С. Фединак, Л.С. Фединак. – 2012. – Режим доступу: http://pidruchniki.ws/1595021047213/pravo/pravove_regulyuvannya_simeynih_pravovidosin_inozemnim_elementom.
5. Гражданское и торговое право зарубежных государств: учеб. / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – 4-е изд., перераб. и доп.: в 2 т. – М.: Междунар. отношения, 2008. – Т. II. – 640 с.
6. LOI n 2013-404 du 17 mai 2013 [Electronic source]. – Access mode: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&dateTexte=&categorieLien=id>.
7. Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG) [Electronic source]. – Access mode: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/lpartg/gesamt.pdf>.
8. Байбороща Н.С. Правовое регулирование заключения брака в международном семейном праве: проблемы и реалии [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://elbib.bsu.by/bitstream/123456789/5873/1/bayborosha_2009_1_IL_issues.pdf.
9. Code civil [Electronic source]. – Access mode: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>.

Надійшла до редколегії 20.01.17

L. Radchenko, PhD, Associate Professor,
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

TRANSFORMATION OF UNDERSTANDING CATEGORY MARRIAGE IN THE LEGISLATION OF FOREIGN COUNTRIES

The article is devoted to the problems of legal regulation of marriage and other family unions in international family law, assessment of the current understanding of the category "marriage" under the laws of some foreign countries and analysis of practice. This article from the perspective of legal doctrine examines the provisions of regulations in the field of family relations of some foreign states and determines trends and prospects of legal regulation of marriage and family relations in the legislation of Ukraine.

Key words: marriage, marital relations, international family law, other family unions, cohabitation, partnership.

Л. Радченко, канд. юрид. наук, доц.,
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев, Украина

ТРАНСФОРМАЦИЯ ПОНИМАНИЯ КАТЕГОРИИ БРАК ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ОТДЕЛЬНЫХ СТРАН

Посвящено рассмотрению проблематики правового регулирования брачных и иных семейных союзов в международном семейном праве, оценке современного понимания категории "брак" по законодательству отдельных зарубежных государств и анализу практики ее применения. С позиции юридической доктрины проанализированы положения нормативно-правовых актов в сфере семейных отношений отдельных зарубежных государств, определены тенденции и перспективы правового регулирования брачно-семейных отношений в законодательстве Украины.

Ключевые слова: брак, брачные отношения, международное семейное право, иные семейные союзы, сожительство, партнерство.

УДК: 342.5

В. Шатіло, канд. юрид. наук, доц.
Київський національний лінгвістичний університет, Київ

ПОНЯТТЯ Й ОСНОВНІ ОЗНАКИ КОНСТИТУЦІЙНОГО МЕХАНІЗМУ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

Присвячено дослідженню поняття та основних ознак конституційного механізму державної влади. З метою визначення дефініції конституційного механізму державної влади виділено основні ознаки зазначеного правового феномена. З'ясовано, що основними ознаками конституційного механізму державної влади є публічність (транспарентність), легальність та легітимність, нормативність, інституційність, системність, єдність, ресурсність, територіальність тощо. Зроблено висновок про те, що для ефективного реформування конституційного механізму державної влади слід відштовхуватися від основних принципів легітимності державної влади, які мають базувати на застосуванні норм права з урахуванням загальнолюдських цінностей. Також зауважується про те, що запропоновані ознаки конституційного механізму державної влади не є вичерпними.

Ключові слова: механізм державної влади, транспарентність механізму державної влади, конституційний механізм державної влади, ознаки конституційного механізму державної влади.

Дослідження конституційного механізму державної влади набуває особливої актуальності в сучасних умовах конституційного реформування та децентралізації публічної влади, адже зумовлюється широким колом проблемних питань, що виникають у процесі взаємодії його окремих структурних елементів із громадянським суспільством й іншими інститутами публічної влади, зокрема, з муніципальною владою.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання наукової проблеми, пов'язаний із великою кількістю досліджень, присвячених даній проблематиці. Зокрема, до них слід віднести праці О.В. Батанова, Л.М. Белкіна, А.В. Грабильнікова, Д.О. Кулагіна, С.В. Матвєєва, Е.М. Сибанкулова, І.Д. Сліденка, О.І. Ющика й інших як вітчизняних, так і зарубіжних авторів.

Метою нашої статті є розгляд основних підходів до визначення поняття конституційного механізму державної влади та виокремлення його ознак.

Відповідно до поставленої мети у статті передбачається розв'язання таких завдань:

- розгляд змісту поняття конституційного механізму державної влади;
- розгляд основних ознак конституційного механізму державної влади.

Отже, для ґрунтовнішого дослідження сутності та змісту правової категорії "конституційний механізм державної влади" необхідно визначити її дефініцію з урахуванням сучасних пріоритетних напрямів його розвитку та на підставі з'ясування низки кваліфікуючих ознак, притаманних досліджуваному правовому феномену.

Вважаємо, що основними ознаками, які дозволяють розкрити сутність і зміст поняття конституційний механізм державної влади є: публічність (транспарентність), легальність і легітимність, нормативність, інституційність, системність, єдність, ресурсність, повсюдність (всеосяжність), територіальність тощо.

Публічність (транспарентність) конституційного механізму державної влади в сучасних умовах державотворення в Україні є досить важливою його ознакою. У перекладі з латинської *publicum* означає *державний, общинний, публічний, суспільний*. Отже, публічність означає ставлення до держави та суспільства як до політико-правових явищ. Внаслідок цього вона передбачає відкритість, гласність, доступність для громадян. Приблизно подібний семантичний зміст має й термін транспарентність (*transparency*), який у дослівному перекладі українською мовою означає *прозорість*. До того ж, поряд із прозорістю, у науковій, публіцистичній літературі, нормативно-правових актах, ділових документах також уживають терміни *відкритість, гласність, підзвітність*, які подекуди навіть розглядають як синоніми. У працях як зарубіжних, так і вітчизняних дослідників суспільно-політичних наук аналіз терміна

транспарентність має певну специфіку, адже фактично сформувався підхід, прихильники якого вважають, що поняття транспарентність об'єднує в собі такі категорії як: "прозорість" (англ. – *transparency*), "відкритість" (англ. – *openness*), "гласність" (англ. – *publicity*). Зазначену позицію підтримують українські дослідники Е. Афонін та О. Суший, які зазначають: "у сучасній вітчизняній літературі поняття "транспарентність" змістовно поєднало у собі як "прозорість", так і "відкритість", до того ж часто ці терміни вживають поряд із поняттями "гласність" та "публічність" [1]. Інакше кажучи, учені, до думки яких можна цілком приєднатися, сходяться на тому, що транспарентність – це засадна властивість політичної влади, яка забезпечує розвиток демократії, громадянського суспільства шляхом відкритості дій різних гілок влади, а також процедури прийняття політичних рішень та активізації суспільного контролю над діяльністю органів державної влади і управління. А тому, визначаючи публічність як атрибутивну ознаку конституційного механізму державної влади, вважаємо, що варто застосовувати й термін транспарентність, не виокремлюючи несуттєвих семантичних відмінностей.

Звісно, що доступ населення до інформації постає ключовим чинником діалогу та взаємозв'язку між суспільством і владою. Лише завдяки розширеним можливостям політичної участі різноманітних соціальних груп та неурядових організацій, збільшеній відповідальності та прозорості влади, вільному, зрозумілому та доступному потоку інформації, зупиненню криміналізації політичної діяльності можна підвищити якість життя населення, ефективність механізму державної влади та забезпечити успішність здійснюваних реформ (у т. ч. конституційної).

При цьому транспарентність механізму державної влади є проблемою загальносвітового масштабу, яка додатково актуалізується в контексті боротьби з корупцією. Організація Об'єднаних Націй розглядає транспарентність і підзвітність як основні характеристики ефективного державного управління (*Good Governance*), що мінімізує корупцію державного апарату і визначає якість механізму державної влади.

Основними постулатами ООН у забезпеченні транспарентності владних інститутів є: 1) ухвалення рішень і легальний примус, здійснюється відповідно до норм та принципів; 2) інформація є вільною у розпорядженні та доступною є лише для тих осіб, яких стосуються ці рішення і хто примушується до їх виконання; 3) достатній обсяг інформації забезпечується в легко зрозумілих формах та через медіа. Підзвітність полягає в тому, що органи влади мають бути підзвітні суспільству та громадським організаціям, особливо тим особам, яких стосуються рішення чи дії влади. При цьому забезпечення реальної підзвітності влади безпосередньо пов'язане з її транспарентністю. Взагалі, серед основних характерис-

тик ефективного державного управління (*Good Governance*) виокремлюють вісім ключових: участь в управлінні (*Participation*), верховенство права (*Rule of law*), транспарентність (*Transparency*), оперативність реагування на проблеми (*Responsiveness*), орієнтація на консенсус (*Consensus oriented*), справедливість та інклюзивність (*Equity and inclusiveness*), ефективність і дієвість (*Effectiveness and efficiency*), підзвітність (*Accountability*) [2]. Викладені постулати цілком можна взяти на озброєння для побудови ефективного конституційного механізму державної влади в Україні з урахуванням загальносвітових тенденцій демократичного державотворення.

У розвинених країнах розуміння того, що компетентне громадське обговорення, суспільна участь, публічна підзвітність влади зумовлені повнотою та доступністю до інформації про функціонування публічних інститутів є беззаперечною істиною [3].

Як цілком справедливо зазначає Ю.О. Тихомиров "нині необхідно по-новому осмислити поняття публічності в суспільстві, не зводячи його до забезпечення державних інтересів. Це – спільні інтереси людей різного роду спільнот, об'єднань, це – об'єктивовані умови нормального існування та діяльності людей, їх організацій, підприємств, суспільства загалом, це – колективна самоорганізація та саморегулювання, самоврядування" [4].

Дійсно, інформаційна відкритість державної влади дозволить громадянам отримувати реальне уявлення та формувати власну позицію про стан процесу державного будівництва, зміцнити дієвість та ефективність громадського контролю над діяльністю органів державної влади. Тобто, інформаційна прозорість діяльності органів державної влади покликана забезпечити реальний доступ громадян України як єдиного джерела державної влади до інформації про ухвалені ними рішення та поточну діяльність.

Транспарентність конституційного механізму державної влади передбачає, що громадяни та громадські об'єднання мають можливість не тільки достовірно знати механізм ухвалення державно-владних рішень на будь-якій стадії та на будь-якому владному рівні, але й активно брати участь у цьому процесі.

Легальність і легітимність є невід'ємною кваліфікуючою ознакою конституційного механізму державної влади, адже органи державної влади, видаючи нормативні акти чи ухвалюючи рішення, легалізують, тобто визнають законними чи, навпаки, нелегальними (незаконними) ті чи інші суспільні відносини, допускаючи чи забороняючи їх. Та й сама державна влада також потребує легалізації. Так, легалізація державної влади є юридичним проголошенням і закріпленням правомірності її виникнення (установлення), існування, організації та діяльності. Лише за дотримання таких умов як законність походження державної влади, законність її механізму організації, форм і методів здійснення, сфери компетенції, а також легітимністю в державі можна створити легальний (конституційний) ефективний механізм державної влади.

У свою чергу, легітимність державної влади має базуватися на законному походженні державної влади, на побудові законного механізму організації, на законній сфері компетенції, на законних формах і методах її здійснення.

Нормативність є основою існування ефективного конституційного механізму державної влади, правовою базою упорядкування механізму державної влади. Найважливішим завданням розвитку нормативної основи механізму державної влади є перманентна системна модернізація законодавства, формування внутрішньо

узгодженої нормативно-правової бази, створення умов для синхронної трансформації елементів державно-правової надбудови, а також підтримання балансу у структурі законодавства.

Таким чином, створення єдиної, комплексної і зрозумілої системи нормативно-правових актів є нагальною потребою в сучасних умовах конституційного реформування та необхідно передумовою створення ефективного конституційного механізму державної влади.

Інституційність є необхідною ознакою і беззаперечною умовою існування ефективного збалансованого конституційного механізму державної влади. У юридичній науці поняття *інститут* найчастіше означає комплекс норм, що регулюють суспільні відносини. Діяльність же інститутів заснована на чітко розробленій системі правил і норм, контролі за їх виконанням [5]. Проте, варто зазначити, що юриспруденція, з одного боку, є беззаперечно інституційною наукою, тобто вивчає правові інститути, а, з іншого, юриспруденція вивчає інститути-моделі і не завжди звертає увагу на правові інститути, що реально функціонують і реалізуються у суспільних відносинах.

Проте, на жаль, реальність не завжди відповідає інститутам-моделям, а тому основним завданням дослідження та побудови ефективного конституційного механізму державної влади є наближення інститутів-моделей до реального існування в суспільному житті. Адже суто формалістський *інституціоналізм* може призвести до вивчення фіктивних інститутів, тобто моделей, яким у реальності мало що відповідає.

Конституційний механізм державної влади має ґрунтуватися на інституційній основі та функціонувати ефективно і стабільно. В інакшому випадку врегулювання політичних, економічних та соціальних завдань не буде результативним і держава буде слабшати.

Отже, викладене дозволяє говорити про інституційність як базову характеризуючу ознаку та невід'ємний елемент конституційного механізму державної влади в Україні.

Системність є важливою ознакою конституційного механізму державної влади. Адже ефективне функціонування конституційного механізму державної влади неможливе без наявності системоутворюючих зв'язків. У конституційно-правовій науці аналіз і вдосконалення системної взаємодії органів державної влади й інших політико-правових інститутів чи інститутів громадянського суспільства є надзвичайно важливим, оскільки в конституційно-правових нормах відображаються структурний взаємозв'язок, взаємозалежність і взаємовідповідальність органів державної влади між собою та їх взаємодія з населенням, що, власне, і становить базову основу функціонування конституційного механізму державної влади.

Системні зв'язки в конституційному механізмі державної влади пропонуємо диференціювати на: вертикальні, горизонтальні та контрольні.

Так, вертикальні зв'язки в конституційному механізмі державної влади виявляються в жорстко субординованій системі ієрархічних зв'язків, в основі якої лежить підпорядкування одних органів державної влади іншим. Подібний вид зв'язків забезпечить як прямий, так і зворотний зв'язок між державними органами вищого та нижчого рівнів.

В основі горизонтальних (паралельних) зв'язків у конституційному механізмі державної влади лежить координація дій між різними органами державної влади для виконання спільних завдань.

В основі контрольних зв'язків у конституційному механізмі державної влади лежить так звана система стримувань і противаг, що ґрунтується на принципі до-

тримання суб'єктивних прав і свобод та взаємному контролі гілок влади.

Єдність є також ознакою конституційного механізму державної влади. Ця ознака полягає в тому, що кожен елемент конституційного механізму державної влади – складова частина єдиного цілого. Так, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, політичні партії, громадські організації та інші елементи структури конституційного механізму державної влади, маючи відносно відокремлену структуру і будучи самостійними, разом із тим утворюють єдину взаємопов'язану і взаємоузгоджену систему.

Ресурсність є наступною ознакою конституційного механізму державної влади. Існування ефективного та стабільного конституційного механізму державної влади має спиратися на наявність відповідних ресурсів: людських, нормативно-правових, матеріальних, науково-технічних, інформаційних, економічних, кадрових, бюджетно-фінансових, оборонних тощо. Усі зазначені ресурси та їх раціональний розподіл формують матеріальну основу існування держави взагалі.

Саме тому підвищення ступеня концентрації державної влади є реальною загрозою існування стабільного конституційного механізму державної влади. До того ж це може призвести, з одного боку, до монополізації владних ресурсів у державно-інтегруючих формуваннях, а, з іншого, – до гострого дефіциту цих ресурсів у конкуруючих адміністративних та інших локальних публічно-територіальних утвореннях, а також в інститутах громадянського суспільства.

Отже, підсумовуючи вище викладене, можна дійти таких висновків:

■ Нині в Україні відбувається процес конституційного реформування публічної влади в напрямі децентралізації державної влади. Однак нестача державно-владних ресурсів та засобів у тих чи інших публічно-владних інститутах викликає їхню певну дисфункціональність. Такий стан речей може призвести до нівеляції їх ролі і, тим

самим, до руйнування системно-функціональної єдності конституційного механізму державної влади взагалі. До того ж, загальний державно-владний ресурсний дефіцит може становити загрозу переходу владних повноважень до квазідержавних формувань, а також призвести до порушення існуючого конституційного правопорядку та дестабілізації суспільних відносин.

■ Під поняттям конституційного механізму державної влади пропонуємо визначити засновану на правових (конституційних) принципах єдину систему взаємопов'язаних, публічних, легальних, нормативно визначених, організаційно та функціонально забезпечених інститутів, що мають на меті практичну реалізацію функцій держави та спираються на наявні ресурси.

■ До ознак конституційного механізму державної влади можна віднести: публічність (транспарентність), легальність і легітимність, нормативність, інституційність, системність, єдність, ресурсність.

Вважаємо, що викладене вище найповніше відображає наявність кваліфікуючих ознак, притаманних категорії "конституційний механізм державної влади", хоча він не є вичерпним і його можна доповнювати.

Список використаних джерел

1. Транспарентність влади в контексті європейської інтеграції України [Електронний ресурс]: консп. лекц. до короткотерм. семінарів в системі підвищення кваліфікації кадрів / укл.: Е.А. Афонін, О.В. Суший. – К.: НАДУ, 2010. – 48 с. – Режим доступу: <http://lib.rada.gov.ua/static/about/text/transparentnist.pdf>.
2. What is Good Governance? // United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific [Electronic source]. – Access mode: <http://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>.
3. Pollitt C. The Essential Public Manager / C. Pollitt. – L., 2003. – P. 88–90.
4. Тихомиров Ю.А. Публичное право / Ю.А. Тихомиров. – М.: БЕК, 1995. – С. 35.
5. Горбатенко В.П. Институт / В.П. Горбатенко // Великий енциклопедичний юридичний словник; за ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. – К.: Юридична думка., 2007. – С. 336.

Надійшла до редколегії 20.01.17

В. Шатило, канд. юрид. наук, доц.

Киевский национальный лингвистический университет, Киев

ПОНЯТИЕ И ОСНОВНЫЕ ПРИЗНАКИ КОНСТИТУЦИОННОГО МЕХАНИЗМА ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

Посвящено исследованию понятия и основным признакам конституционного механизма государственной власти. С целью исследования дефиниции конституционного механизма государственной власти выделены основные признаки данного правового феномена. Указывается на то, что основными признаками конституционного механизма государственной власти являются публичность (транспарентность), легальность и легитимность, нормативность, институциональность, системность, единство, ресурсность, территориальность и т. д. Сделано вывод о том, что с целью эффективного реформирования конституционного механизма государственной власти следует отталкиваться от основных принципов легитимности государственной власти, которые базируются на применении норм права с учётом общечеловеческих ценностей. Также указывается на то, что предложенные признаки конституционного механизма государственной власти не являются исчерпывающими.

Ключевые слова: механизм государственной власти, транспарентность механизма государственной власти, конституционный механизм государственной власти, признаки конституционного механизма государственной власти.

V. Shatilo, PhD in Law, Associate Professor
Kyiv National Linguistic University, Kyiv, Ukraine

CONCEPT AND MAIN FEATURES OF THE CONSTITUTIONAL STATE POWER MECHANISM

The article is devoted to study of the concept and main feature of the constitutional state power mechanism. The main features of this legal phenomenon are outlined to study the definition of the constitutional state power mechanism. It is argued that the main features of the constitutional state power mechanism are publicity (transparency), legality and legitimacy, regulatory nature, institutional nature, system nature, unity, resource capacity, territoriality etc. The conclusion is made that effective reforms of the constitutional state power mechanism need to rely on the main principles of state power legitimacy, which are based on use of the legal norms with due consideration to human values. It is emphasized that the proposed features of the constitutional state power mechanism are not comprehensive.

Key words: state power mechanism, transparence of state power mechanism, constitutional state power mechanism, features of constitutional state power mechanism.

УДК 342.9.07; 351.74

О. Заярний, канд. юрид. наук, доц.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ДО ПИТАННЯ ЩОДО ФОРМУВАННЯ ЦІЛЕЙ ТА ЗАВДАНЬ АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ В ІНФОРМАЦІЙНІЙ СФЕРІ

Досліджено цілі та завдання адміністративно-деліктної політики, що здійснюється в інформаційній сфері, визначено основні критерії для їхньої класифікації, охарактеризовано вплив зазначених елементів адміністративно-деліктної політики на її предмет і засоби реалізації.

Ключові слова: адміністративно-деліктна політика, завдання адміністративно-деліктної політики в інформаційній сфері, інформаційна сфера, суспільний інформаційний правопорядок, цілі адміністративно-деліктної політики в інформаційній сфері.

Актуальність теми дослідження. На сучасному етапі суспільного розвитку широке використання інформаційно-комунікаційних технологій, (далі – ІКТ) в діяльності публічної адміністрації дозволяє організувати взаємодію із громадянами та юридичними особами в електронно-цифровій формі, створює можливість для надання публічних послуг у режимі реального часу, сприяє повнішому задоволенню інформаційних потреб суспільства.

Проте, як доводить статистика [1, 2], триваюча в Україні адміністративно-правова реформа не змогла відобразити існуючі світові тенденції розвитку ІКТ, урахувати потреби правового регулювання інформаційних відносин за участі органів публічної адміністрації, розкрити значення інформаційних ресурсів та систем у процесі здійснення державою покладених на неї функцій і завдань.

Чинна в Україні Концепція адміністративно-правової реформи, схвалена Указом Президента України від 22.07.1998 р. № 810/98 [3] визначає інформацію, інформаційні ресурси й інформаційні технології як один із видів засобів організаційно-правового забезпечення проведення реформи органів публічної адміністрації, що має наслідком зміщення основного акценту саме на процедури інформатизації механізму функціонування виконавчої влади.

Системний аналіз програмних документів, що стали основою для проведення адміністративної реформи в різних країнах світу [4, 5, 6] дає нам підстави розділити думку Е.В. Талапіної, згідно з якою: "Інформаційний аспект адміністративної реформи як такий ніколи не виокремлювався в самостійний напрям державної політики" [7].

Своє зовнішнє відображення існуючі розбіжності між станом реалізації адміністративної реформи та рівнем розвитку новітніх ІКТ одержали в істотному збільшенні кількості адміністративних інформаційних правопорушень, що вчиняються на території України.

Це вимагає формування та реалізації ефективної, комплексної, багаторівневої нормативно-обґрунтованої адміністративно-деліктної політики, спрямованої на запобігання вчинення адміністративних інформаційних правопорушень, забезпечення охорони, захисту соціальних цінностей, що існують в інформаційній сфері України.

Для цілей статті ми будемо розглядати адміністративно-деліктну політику в інформаційній сфері, як виражену в передбачених законодавством України правових формах діяльності держави щодо нормативного встановлення ознак складів адміністративних інформаційних правопорушень, формування та реалізація комплексу організаційно-правових засобів профілактики адміністративної деліктності в межах національного інформаційного простору, вироблення стратегії усунення причин та умов, які сприяють її розвитку, забезпечення охорони інформаційних прав особи у відносинах з публічною адміністрацією, недопущення поширення загроз для національної інформаційної безпеки.

Метою статті є дослідження цілей і завдань адміністративно-деліктної політики, що здійснюється в інфо-

рмаційній сфері, проведення їх наукової класифікації, а також виявлення системи соціально-правових факторів, що безпосередньо позначаються на зазначених елементах змісту політики держави.

Обумовлена цілями цієї статті проблематика була предметом розгляду багатьох учених-адміністративістів: В.К. Колпакова, Д.М. Лук'янця, В.І. Олефіра, О.І. Остапенка, О.С. Рогачова та інших, однак особливості формування і реалізації цілей, завдань адміністративно-деліктної політики в інформаційній сфері України не одержали самостійного висвітлення в науковій літературі, що свідчить про актуальність предмета цього дослідження.

Виклад основного матеріалу. У юридичній науці та методології наукового пізнання категоріям "цілі" та "завдання" надається багатоаспектне змістовне наповнення. Разом із тим, у більшості науково-філософських підходів до інтерпретації зазначених категорій, їхній зміст істотно зближується з розумінням змісту самої проблеми, на вирішення або усунення якої спрямовані ті або інші цілі та завдання.

Як зазначав Г.Ф. Шершеневич, сама постановка питання про зміст категорії "цілі" може бути двоякою. Дослідник вважав, що можна ставити питання про те, яка цілі існування самої держави, яка цілі суспільного спілкування, що іменується державою? В іншому аспекті постає питання, коли визначають, які цілі переслідує держава. Учений-правознавець зазначав, що в першому випадку ідеться про абсолютну цілі, а у другому – про відносну.

Пошуки абсолютної цілі спрямовані на пошук єдиної для всіх історичних типів держави цілі її функціонування, у якій розкривається її сутність, що є незмінною незалежно від історичних форм самої держави. Така цілі визначалася не емпіричним, а раціоналістичним шляхом і виникала не зі спостереження над фактами суспільного життя, а з ідеального уявлення про державу.

Практична мотивація до абсолютної цілі держави полягає у визначенні дедуктивним шляхом тих завдань, які має переслідувати державна влада.

На думку Г.Ф. Шершеневича, відносні цілі діяльності держави слід розглядати через призму питань, які гостро постали в конкретний історичний період, вимагають докладання необхідних зусиль з боку держави та накладають свій відбиток на державний лад, обумовлюють конкретний історичний тип її розвитку [8, с. 348].

Розвиток поглядів Г.Ф. Шершеневича в контексті визначення цілей адміністративно-деліктної політики в інформаційній сфері надає підстави констатувати, що абсолютними цілями діяльності сучасної демократичної правової держави є утвердження і забезпечення прав і свобод людини в усіх сферах життєдіяльності суспільства, створення ефективних механізмів їх охорони та захисту. В іншому випадку ідеться про відносні цілі адміністративно-деліктної політики, виникнення та реалізація яких визначається станом адміністративної інформаційної деліктності в конкретний історичний період,

характером актуалізації загроз для інформаційної безпеки держави, а також ступенем розповсюдження в суспільстві інформаційно-правових конфліктів за участі суб'єктів публічної адміністрації.

Залежно від змістовного наповнення категорії "ціль" існуючі в науковій та філософській літературі погляди можна об'єднати в кілька підходів:

- Предмет, істота або місце, куди спрямовують постріл, кидок, удар тощо.

- Те, до чого прагнуть, чого намагаються досягти. При цьому, як зазначається у Великому академічному словнику за редакцією І.К. Білодіда, в останній інтерпретації постановка цілі ототожнюється з поставленою метою [9, с. 235].

- Один з елементів поведінки та свідомої діяльності індивіда, що відображає мислиневе захоплення результатами діяльності.

- Результат поведінки функціонуючої системи, що досягається за допомогою зворотного зв'язку [10, с. 596].

- Кінцеве бажання, прагнення досягти чого-небудь [11, с. 821].

Узагальнення сформованих у науковій та філософській літературі поглядів на категорію "ціль" показує, що вона відображає передусім ідеальний (бажаний) стан об'єкта чи системи однопорядкових об'єктів, якого прагне досягти людина, або суспільство шляхом безпосереднього впливу на предмети, явища, або процеси, із функціонуванням яких безпосередньо пов'язана конкретна ціль. Тим самим, ціль, як складова змісту адміністративно-деліктної політики, що здійснюється в інформаційній сфері охоплює своїм змістом три основних компоненти: 1) об'єкт або групу об'єктів, з існуванням яких безпосередньо пов'язаний процес цілепокладання та досягнення конкретної цілі; 2) ідеальний стан об'єкта чи системи, якого прагне досягти особа, здійснюючи вплив на такі об'єкти або систему; 3) побудова системи дій, завдань і процедур, необхідних для досягнення поставлених цілей.

З огляду на подані аспекти змісту категорії "ціль", вона може відображати як ідеальний стан об'єкта безпосереднього впливу людини, держави чи суспільства або системи таких об'єктів, так, і певну мотивацію носіїв цілей, що спонукає їх до активної діяльності з досягнення запланованих результатів.

Відображаючи мотиваційну спрямованість поведінки особи, ціль постає як спосіб інтеграції різних дій особи в конкретну послідовність чи систему, що забезпечує внутрішній зв'язок самих цілей, дій, процедур та інструментів із їх досягнення. У такому контексті дослідження цілеспрямованої діяльності передбачає виявлення розбіжностей між життєвими ситуаціями та самими цілями. У зв'язку із цим у загальному розумінні процес досягнення цілей фактично означає подолання розбіжностей між поданими вище елементами механізму людської життєдіяльності.

Застосування досягнень науки філософії у визначенні категорії "ціль" щодо адміністративно-деліктної політики в інформаційній сфері надає підстави розглядати цей елемент змісту державної політики як зниження рівня розвитку адміністративної інформаційної деліктності по всій території України, в окремому регіоні чи галузі інформаційної діяльності, недопущення переростання цього антисоціального, протиправного явища у стан однієї із ключових загроз інформаційної безпеки держави, поліпшення стану адміністративно-правової охорони та захисту інформаційних прав, свобод і законних інтересів особи у відносинах із публічною адміністрацією, а також вироблення ефективної, послідовної стратегії усунення причин та умов, що сприяють учиненню адміністративних інформаційних правопорушень.

Щодо інформаційної сфери, сформульовані цілі адміністративно-деліктної політики мають загальний характер і відображають соціально-допустимий рівень адміністративної інформаційної деліктності, бажаний стан забезпечення інформаційного правопорядку з позицій суспільного розвитку, а також характеризують мотивацію діяльності органів публічної адміністрації, громадських об'єднань і міжнародних організацій у галузі запобігання вчинення адміністративних інформаційних правопорушень.

У такому контексті кожна ціль або група цілей, які знаходять своє відображення в конкретних напрямках державної політики постають індикаторами ефективності діяльності держави щодо створення правових та організаційних умов забезпечення доступу до найважливіших соціальних цінностей, у конкретних сферах правового регулювання, характеризують фактичні та юридичні перешкоди здійснення визнаних за громадянами, юридичними особами прав, свобод і законних інтересів.

Разом із конституційним проголошенням України демократичною правовою державою, де панують принципи верховенства права, відповідальності перед людиною за свою діяльність, а спрямованість діяльності держави визначається змістом законодавчо закріплених прав і свобод людини [12], цілі адміністративно-деліктної політики набувають значення ключових орієнтирів у визначенні інформаційного правопорядку, необхідного стану захищеності життєво важливих соціальних цінностей, існуючих в інформаційній сфері.

Однак невизнаність на законодавчому рівні самостійності адміністративно-деліктної політики як окремого напрямку діяльності держави в інформаційній сфері зумовлює розпорошеність її цілей по різних нормативно-правових актах, програмних документах і міжнародних договорах. У зазначених документах цілі адміністративно-деліктної політики розкриваються через забезпечення охорони інформаційних прав і свобод особи [13], запобігання вчинення адміністративних правопорушень у національному інформаційному просторі [14], забезпечення інформаційної безпеки від можливих і потенційних загроз [15], підвищення ефективності функціонування кримінальної юстиції в напрямках профілактики вчинення правопорушень, забезпечення прав і законних інтересів людини [16].

Зіставлення змісту норм, якими встановлюються цілі адміністративно-деліктної політики в межах інформаційної сфери свідчить про існування єдиної законодавчої лінії у визначенні очікуваних результатів від здійснення відповідного виду політичної діяльності, критеріїв оцінки ефективності його здійснення.

Фактично, через законодавче визначення критеріїв бажаного стану інформаційного правопорядку, законодавець формує мотивацію до досягнення конкретних результатів, пов'язаних із функціонуванням предметних складових адміністративно-деліктної політики в межах інформаційної сфери, визначає групу засобів, необхідних для досягнення поставлених цілей. Тим самим відображені в нормах адміністративно-деліктного законодавства цілі діяльності держави в інформаційній сфері обумовлюють коло завдань, що виникають перед державою, міжнародними організаціями, іншими учасниками інформаційних відносин у зв'язку з необхідністю забезпечення інформаційних прав і свобод особи, інформаційного правопорядку й інформаційної безпеки держави.

Аналогічно до інших елементів змісту адміністративно-деліктної політики, категорія "завдання" одержала у науковій літературі широку інтерпретацію. Це пов'язано з тим, що цією категорією позначаються як динамічні процеси та явища – конкретні дії, учинення яких зумовлено поставленими цілями, окремі процедури з їх дося-

гнення, так і статичні явища – проблемні ситуації, що вимагають свого розв'язання.

Великий тлумачний словник за загальною редакцією І.К. Білодіда надає таку інтерпретацію змісту категорії "завдання":

1. "... Наперед визначений, запланований для виконання обсяг роботи, справа і таке інше; настанова, розпорядження виконати певне доручення".

2. Мета, до якої прагнуть; те, що хочуть здійснити [17, с. 53].

У Великій психологічній енциклопедії завдання визначається як:

1. відображена у свідомості чи об'єктивована у знаковій моделі проблемна ситуація, що містить відповідні умови, які є необхідними та достатніми для його розв'язання наявними засобами знань та досвіду; 2. форма структурування [18, с. 516].

З наведених підходів до інтерпретації категорії завдання слідує, що її змістом охоплюється як проблемна ситуація з яскраво вираженою ціллю, якої необхідно досягнути, шляхом виконання конкретної, заздалегідь запланованої роботи, так, і сама ціль, поставлена в межах проблемної ситуації, тобто те, що слід виконати. Це надає визначального значення для формулювання завдань адміністративно-деліктної політики, що здійснюються в інформаційній сфері саме деліктологічним проблемам, які супроводжують триваючі процеси побудови інформаційного суспільства, а також цілям діяльності держави, обумовленим виконанням завдань щодо забезпечення інформаційного правопорядку, зниження існуючої динаміки розвитку адміністративної інформаційної деліктності.

Відповідно, завдання адміністративно-деліктної політики, що здійснюються в інформаційній сфері можна визначити як обумовлені станом адміністративної інформаційної деліктності та встановлені в нормах адміністративно-деліктового законодавства заходи, виконання яких є необхідним для усунення деліктологічних проблем, які супроводжують інформаційну діяльність, досягнення мети адміністративно-деліктної політики, реалізація яких відображає сутність і соціальне призначення держави у національному інформаційному просторі.

За своєю сутністю та змістом вироблені юридичною наукою завдання адміністративно-деліктної політики, що здійснюються в інформаційній сфері утворюють багаторівневу, послідовну систему заходів, об'єднаних спільною метою та інструментами реалізації. У своїй сукупності завдання адміністративно-деліктної політики є офіційною реакцією на існуючі в суспільстві деліктологічні проблеми, а також визначають систему юридично значимих дій з боку уповноважених суб'єктів публічної адміністрації, громадянських об'єднань і міжнародних організацій із досягнення цілей цього напрямку державної політики [19, с. 6].

Це дозволило вченим-адміністративістам застосувати існуючу систему завдань діяльності держави зі зниження рівня адміністративної інформаційної деліктності, охорони та захисту інформаційних прав особи поряд із цілями адміністративно-деліктної політики як ключових засад побудови системи функцій держави у сфері адміністративно-деліктового регулювання інформаційних відносин.

Закладаючи правові основи адміністративно-деліктної політики держави, Кодекс України про адміністративні правопорушення від 24.12.1984 (далі – КУпАП), у ст. 1 [20] розкриває її завдання через завдання законодавства України про адміністративні правопорушення, чим фактично виводить їх постановку на рівень формування відповідного напрямку політики держави. Постановка в такий спосіб завдань адміністративно-деліктної політики держави, зокрема щодо інфор-

маційної сфери надає цьому елементу державної політики занадто узагальнений, формалізований характер, не завжди сприяє узгодженню поставлених перед державою завдань зі змістом деліктологічних проблем, на розв'язання яких спрямоване їхнє виконання.

З такої методологічної позиції усю систему завдань діяльності держави, які охоплюються змістом адміністративно-деліктної політики в інформаційній сфері, можна розділити на кілька основних видів: 1. Залежно від складності та глибини проникнення деліктологічних проблем у життєдіяльність суспільства слід виокремити поточні, тактичні та стратегічні завдання. 2. Залежно від змісту деліктологічних проблем, які потребують законодавчого, правозастосовчого чи наукового врегулювання, у межах інформаційної сфери можна виокремити інституційні, правотворчі та правозастосовчі завдання адміністративно-деліктної політики.

Стратегічні завдання адміністративно-деліктної політики спрямовані на загальне зниження рівня адміністративної інформаційної деліктності в усіх галузях діяльності публічної адміністрації, поетапне усунення причин й умов, що сприяють учиненню адміністративних інформаційних правопорушень, підвищення рівня економічної конкуренції в інформаційній сфері, збільшення ступеня ефективності адміністративно-правової охорони та захисту інформаційних прав і свобод особи, забезпечення інформаційної безпеки держави, у тому числі в кіберпросторі.

Тактичну групу завдань утворюють окремі проблемні ситуації, які вимагають безпосереднього втручання держави, шляхом розробки та практичної реалізації організаційно-правових заходів, спрямованих на подолання конкретних причин та умов, що сприяють учиненню адміністративних інформаційних правопорушень, запобіганню виникненню інформаційно-правових конфліктів в окремих напрямках діяльності публічної адміністрації, удосконаленню механізму адміністративно-правового захисту інформаційних прав, свобод чи законних інтересів особи, які зазнають найбільших порушень, або обмежень з боку суб'єктів публічної адміністрації впродовж незначного періоду часу. Зазначену групу завдань діяльності держави серед іншого становлять: зниження рівня розвитку адміністративної інформаційної деліктності в галузі обробки персональних даних, забезпечення доступу особи до публічної інформації, удосконалення системи стягнень за адміністративні інформаційні правопорушення, проведення деліктолізації окремих протиправних діянь, що вчиняються органами публічної адміністрації, їх посадовими особами, удосконалення системи суб'єктів адміністративно-деліктового провадження, уповноважених розглядати справи про адміністративні інформаційні правопорушення.

Сутність поточних завдань адміністративно-деліктної політики в інформаційній сфері полягає у здійсненні комплексу організаційно-правових заходів, спрямованих на забезпечення інформаційного правопорядку в суспільстві, ефективне виявлення і припинення адміністративних інформаційних правопорушень, своєчасне виконання постанов суб'єктів адміністративно-деліктового провадження про накладення адміністративних покарань на порушників норм інформаційного законодавства, створення належних правових умов для реалізації громадянами та юридичними особами визнаних за ними інформаційних прав, свобод, законних інтересів.

До поточних завдань адміністративно-деліктної політики держави в інформаційній сфері можна віднести: забезпечення практичної реалізації комплексу загальнопрофілактичних заходів запобігання вчинення адміністративних інформаційних правопорушень по всій території України, здійснення поточного моніторингу за дотриманням вимог інформаційного законодавства суб'єктами

публічної адміністрації, їх посадовими та службовими особами, іншими суб'єктами, на яких поширюється дія адміністративно-правових заборон чинних в інформаційній сфері, забезпечення адміністративно-правової охорони інформаційних прав, свобод, законних інтересів учасників інформаційних відносин, створення належних правових та організаційних умов для повного, об'єктивного, своєчасного провадження у справах про адміністративні інформаційні правопорушення, здійснення повного виконання рішень суб'єктів адміністративно-деліктного провадження у зазначеній категорії справ.

Щодо поділу завдань адміністративно-деліктної політики в інформаційній сфері за іншим критерієм, а саме – характером їх змісту, то для формування системи інституційних, правотворчих і правозастосовних завдань принципово важливе значення має група кореспондуючих деліктологічних проблем, вирішення яких є метою адміністративно-деліктної політики в інформаційній сфері.

На цій основі можна запропонувати таку концептуальну структуру інституційних, правотворчих та правозастосовних завдань, що охоплюються відповідним напрямом державної політики.

▪ *Інституційними завданнями* адміністративно-деліктної політики в інформаційній сфері є: 1) необхідність визнання на законодавчому рівні як самостійного напрямку державної політики, що здійснюється в інформаційній сфері – адміністративно-деліктної політики, розробки та прийняття відповідної концепції; 2) зміна пріоритетів у суб'єктному спрямуванні дії норм адміністративно-деліктного законодавства, норми якого поширюються на інформаційну сферу, шляхом визнання основним суб'єктом відповідальності за адміністративні інформаційні правопорушення посадових і службових осіб суб'єктів публічної адміністрації замість фізичних осіб без спеціального статусу чи юридичних осіб; 3) усунення причин та умов, що сприяють учиненню адміністративних інформаційних правопорушень, недопущення переростання їх у загрози для інформаційної безпеки держави; 4) законодавче визнання адміністративних інформаційних правопорушень самостійним видом адміністративних деліктів, що вчиняються органами публічної адміністрації; 5) зниження рівня розвитку адміністративної інформаційної деліктності, у тому числі латентної; 6) формування цілісної, функціонально зв'язаної системи суб'єктів адміністративно-деліктного процесу, уповноважених розглядати справи про адміністративні інформаційні правопорушення, у межах якої основним суб'єктом із розгляду і вирішення відповідної категорії справ буде саме районний (міський районний суд); 7) вироблення чітких і недвозначних критеріїв деліктологізації протиправних діянь, що вчиняються суб'єктами публічної адміністрації в інформаційній сфері; 8) розробка та забезпечення пріоритетного застосування заходів позитивного стимулювання правомірної поведінки посадових осіб органів публічної адміністрації, інших фізичних та юридичних осіб – учасників інформаційних відносин, поступове зниження на цій основі ролі заходів адміністративного примусу в механізмі запобігання адміністративних інформаційних правопорушень; 9) здійснення наукової розробки та законодавче закріплення базових критеріїв розмежування адміністративних правопорушень, злочинів і дисциплінарних проступків, що вчиняються в інформаційній сфері; 10) формування єдиних правил та критеріїв поділу інформації на види залежно від їхніх правових режимів, забезпечення обов'язкового врахування цих особливостей при встановленні конкретних адміністративно-правових дозволів, обмежень чи заборон.

▪ *Серед правотворчих завдань*, розв'язання яких на сучасному етапі історичного розвитку України є необхідним результатом здійснення адміністративно-деліктної політики в межах інформаційної сфери можна назвати такі: 1) здійснення розробки та прийняття концепції адміністративно-деліктної політики України, що стане нормативною та доктринальною основою для удосконалення механізму запобігання адміністративних інформаційних правопорушень, забезпечення охорони та захисту соціальних цінностей, функціонування яких пов'язано з інформаційною сферою України; 2) проведення систематизації складів адміністративних інформаційних правопорушень, шляхом об'єднання їхніх складів у межах єдиного кодифікованого акта – проекту Адміністративно-деліктного кодексу України; 3) виконання системи організаційно-правових заходів із гармонізації норм адміністративно-деліктного законодавства України та ЄС, яким регулюються адміністративно-деліктні відносини в інформаційній сфері; 4) наукове обґрунтування та законодавче закріплення чітких обґрунтованих критеріїв адміністративної деліктологізації протиправних діянь, що вчиняються суб'єктами публічної адміністрації, їх посадовими, службовими особами у процесі їхньої інформаційної діяльності; 5) здійснення наукової розробки та подальше схвалення спеціальної методики виявлення, фіксації та припинення окремих видів адміністративних інформаційних правопорушень; 6) вироблення науково обґрунтованих універсальних критеріїв обчислення розмірів майнових стягнень за адміністративні інформаційні правопорушення, забезпечення їх подальшої нормативної легалізації в нормах КУпАП; 7) створення єдиної багатофункціональної інформаційної системи обліку адміністративних правопорушень із внутрішньою диференціацією; 9) здійснення наукової розробки та подальше схвалення спеціальної методики виявлення, фіксації та припинення окремих видів адміністративних інформаційних правопорушень; 10) вироблення науково обґрунтованих універсальних критеріїв обчислення розмірів майнових стягнень за адміністративні інформаційні правопорушення, забезпечення їхньої подальшої нормативної легалізації в нормах КУпАП; 11) здійснення наукової розробки та законодавче закріплення базових критеріїв розмежування адміністративних правопорушень, злочинів та дисциплінарних проступків, що вчиняються в інформаційній сфері; 12) створення єдиної багатофункціональної інформаційної системи обліку адміністративних правопорушень із внутрішньою диференціацією її ресурсів на види за родовим об'єктом протиправного посягання; 13) законодавче визнання виключною компетенцією Верховної Ради України вирішення питань щодо адміністративної деліктологізації протиправних діянь, які вчиняються в інформаційній сфері, встановлення видів і розмірів покарань за їх учинення; 14) забезпечення формулювання санкцій адміністративно-деліктних норм, що виключають або мінімізують виникнення корупційних факторів при встановленні розмірів покарань за вчинення адміністративних інформаційних правопорушень; 15) усунення необґрунтованих обмежень інформаційних прав, свобод і законних інтересів особи, створення сприятливих організаційних, процедурних та інших умов для їх належної реалізації; 16) наукова розробка та законодавче закріплення системи заходів позитивного стимулювання правомірної поведінки учасників інформаційних відносин, сприяння їх широкому застосуванню в цілях запобігання вчиненню адміністративних інформаційних правопорушень.

▪ *До завдань адміністративно-деліктної політики*, що здійснюється в інформаційній сфері, у яких розкриваються правозастосовчі аспекти діяльності держави у цьому напрямі, на наш погляд, належать:

1) підвищення ефективності практики розгляду і вирішення справ про адміністративні інформаційні правопорушення, шляхом усунення існуючих проблем, пов'язаних із правовою кваліфікацією протиправних діянь суб'єктів публічної адміністрації, проведенням адміністративного розслідування, виконання покарань у справах про адміністративні інформаційні правопорушення; 2) недопущення виникнення правових конфліктів щодо підвідомчості та підсудності справ, які виникають у зв'язку з учиненням адміністративних інформаційних правопорушень; 3) підвищення рівня ефективності заходів з контролю та моніторингу стану дотримання інформаційних прав, свобод, законних інтересів особи у відносинах із публічною адміністрацією; 4) здійснення розробки та забезпечення практичної реалізації комплексу організаційно-правових заходів, спрямованих на залучення виробників програмної продукції, професійних громадських об'єднань у механізм запобігання вчиненню адміністративних інформаційних правопорушень, усунення причин, умов, які сприяють їх учиненню; 5) широке впровадження в різні сфери суспільної життєдіяльності загально-профілактичних заходів, спрямованих на підвищення правової культури учасників інформаційних відносин, передусім посадових і службових осіб суб'єктів публічної адміністрації, підвищення рівня комп'ютерної грамотності населення; 6) забезпечення повсюдного застосування інструментів технічного захисту інформації, що відповідають характеру правового режиму об'єктів захисту в інформаційній сфері.

Кожна з наведених груп завдань адміністративно-деліктної політики відображає офіційну реакцію держави на деліктологічні проблеми, існування яких істотно обмежує, перешкоджає чи унеможлиблює задоволення суспільних інтересів і потреб учасників інформаційних відносин. Розкриваючи юридично значимі дії та процеси, реалізація яких є необхідною для забезпечення в суспільстві інформаційного правопорядку й інформаційної безпеки, завдання адміністративно-деліктної політики мають у своїй основі глибоку науково-методологічну основу. Це пов'язано з тим, що, відображаючи умови, засоби та процедури досягнення цілей адміністративно-деліктної політики в інформаційній сфері, завдання цього напрямку політики відображають офіційну реакцію держави на деліктологічні проблеми, виявлені в ході спеціальних наукових досліджень, постають способами узагальненого вирішення цих проблем.

Висновки. У сучасних умовах побудови в Україні інформаційного суспільства, розвитку механізму електронного урядування адміністративно-деліктна політика стає одним із ключових інструментів створення правових й організаційних умов забезпечення інформаційних прав і законних інтересів громадян, юридичних осіб у відносинах із публічною адміністрацією, формою протидії інформаційно-правовим конфліктам за участі органів публічної адміністрації, інструментом усунення причин й умов, що сприяють розвитку адміністративно-деліктної політики в механізмі правового регулювання інформаційних відносин значною мірою обумов-

люється цілями та завданнями цього напрямку діяльності держави, від правильності, суспільної обґрунтованості яких безпосередньо залежить ступінь реального правового забезпечення ключових соціальних цінностей, що існують у національному інформаційному просторі.

Список використаних джерел

1. Статистичні дані щодо розвитку людського капіталу в Україні: станом на листопад 2015 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.me.gov.ua/.
2. Статистичні дані щодо розвитку it-індустрії за даними Комітету інформаційних технологій Європейської бізнес асоціації: станом на вересень 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.eba.com.ua/.../committees/.../4049-eba-it-...
3. Про схвалення Концепції адміністративно-правової реформи в Україні: Указ Президента України від 22.07.1998 р. № 810/98 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 21. – Ст. 32 [з наступ. змін. та доп.].
4. О реформе гражданской службы: Закон США. 1978 // Порівняльне правознавство: хрестомат. для юрид. вищ. навч. закл. і ф-тів : навч. посіб. / укл.: О.В. Петришин, О.В. Зінченко, Д.В. Лук'янов. – Х. : Право, 2016. – С. 398–400.
5. Закон Французької Республіки № 82-653 от 29.07.1982 г. "О реформе планирования" // Порівняльне правознавство: хрестомат. для юрид. вищ. навч. закл. і ф-тів : навч. посіб. / укл.: О.В. Петришин, О.В. Зінченко, Д.В. Лук'янов. – Х. : Право, 2016. – С. 99–102.
6. Конституція Республіки Естонія схвалена на всенародному референдумі 28.06.1992 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:RtbhV5L7gMJ:www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/estonia/estoni-r.htm+&cd=5&hl=ru&ct=clnk&gl=ua
7. Талапина Э.В. Государственное управление в информационном обществе: [правовой аспект]. : монограф. / Э.В. Талапина. – М.: ИД "Юриспруденция", 2015. – 192 с.
8. Шершеневич Г.Ф. Задачи государства. – М., 1911 // Хропанюк В.Н. Теория государства и права: хрестомат.: учеб. посіб. / В.Н. Хропанюк; под ред. проф. Т.Н. Радька. – М.: "Интерстиль" 1998. – С. 347–351.
9. Словник української мови: в 11 т. / редкол.: І.К. Білодід (гол. ред.) та ін.. – К.: Наук. думка, 1980. – Т. 11. – 862 с.
10. Социология: энциклопед. / сост. А.А. Грицанов, В.Л. Абушенко, Г.М. Евелькин, Г.Н. Соколова, О.В. Терещенко. – Мн.: Книжный Дом, 2003. – 1312 с.
11. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: избр. ст. / В.И. Даль; совмещ. ред. изд. В.И. Даля и И.А. Бодуэна де Куртена; науч. ред. Л. В. Беловинский. – М.: ОЛМА Медиа Групп, 2009. – 573 с.
12. Конституція України від 28.06.1996 // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
13. Про інформацію. Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650 в ред. Закону України від 13.01.2011 р.
14. Про рішення Ради національної безпеки й оборони України від 27 січня 2016 року "Про Стратегію кібербезпеки України": Указ Президента України від 15.03.2016 р. № 96/2016 // Урядовий кур'єр. – 2016. – 18.03. – № 52.
15. Про схвалення стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15.05.2013 р. № 386-р // Урядовий кур'єр. – 2013. – 13.06. – № 102.
16. Про схвалення Концепції реформування кримінальної юстиції в Україні: Указ Президента України від 08.04.2008 року № 311/2008 р. // Урядовий кур'єр. – 2008. – 17.04. – № 72.
17. Словник української мови: в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І.К. Білодіда. – К.: Наукова думка, 1972. – Т. 3 – 3.
18. Большая психологическая энциклопедия: самое полное современное издание: Более 5000 психологических терминов и понятий / А. Б. Альмуханова и др. – М.: Эксмо, 2007. – 542 с.
19. Административно-деликтная политика как одно из направлений административной реформы в Российской Федерации / П.Ю. Константинов, А.К. Соловьева, А.П. Стуканов // Известия вузов. Правоведение. – 2007. – № 1. – С. 5–20.
20. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – дод. до № 51. – Ст. 1123 (з наступ. змін. та доп.).

Надійшла до редколегії 20.01.17

O. Zaiarnyi, PhD, Associate Professor
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

TOWARDS THE ISSUE OF FORMATION OF AIMS AND OBJECTIVES OF ADMINISTRATIVE AND TORT POLICY OF UKRAINE IN THE INFORMATION SPHERE.

This article examines aims and objectives of administrative and tort policy in the information sphere. The author defines the main criteria for their classification and shows the influence of these elements of administrative and tort policy on its subject and means of realization.

Keywords: administrative and tort policy, objectives of administrative and tort policy in the information sphere, information sphere, social information law and order, aims of administrative and tort policy in the information sphere.

О. Заярный, канд. юрид. наук, доц.
Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев

К ВОПРОСУ О ФОРМИРОВАНИИ ЦЕЛЕЙ И ЗАДАНИЙ АДМИНИСТРАТИВНО-ДЕЛИКТНОЙ ПОЛИТИКИ УКРАИНЫ В ИНФОРМАЦИОННОЙ СФЕРЕ

Проведено дослідження цілей і завдань адміністративно-деліктної політики, проводимої в інформаційній сфері, визначено основні критерії для їх класифікації, охарактеризовано вплив цих елементів адміністративно-деліктної політики на її предмет, а так же засоби реалізації.

Ключевые слова: административно-деликтная политика, задания административно-деликтной политики в информационной сфере, информационная сфера, общественный информационный правовой порядок, цели административно-деликтной политики в информационной сфере.

УДК 349.6 (477)

Ю. Краснова, канд. юрид. наук, доц.
Національний університет біоресурсів і природокористування України, Київ

ОБЪЕКТИВНЫЕ ПРЕДУМОВЫ РОЗВИТКУ НОРМ ТА ВІДНОСИН ПРАВА ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ

Присвячено дослідженню об'єктивних передумов розвитку норм і відносин права екологічної безпеки. Встановлено, що такими передумовами служили як соціальні, економічні так і політичні чинники, що формувалися під впливом стрімкої деградації навколишнього природного середовища, спричиненої збільшенням антропогенного навантаження.

Ключові слова: екологічна безпека, право екологічної безпеки, передумови формування відносин права екологічної безпеки, співіснування людини і природи, антропогенний фактор.

Традиційно ще із часів римського права основними ознаками формування самостійної галузі права вважали наявність публічних і приватних інтересів, відособлену систему суспільних відносин, або ж предмет галузі, відповідні прийоми та способи регулювання таких відносин, або ж метод правового регулювання, які визначалися сукупністю правових норм, що й формували систему права та законодавства. Метою ж нашої статті є аналіз генези формування таких ознак щодо права екологічної безпеки, які раніше не були об'єктом наукових досліджень.

Загальноновизнаним є розуміння того, що необхідною умовою життєдіяльності людства на планеті Земля є Природа та її ресурси. Існування людства обумовлено матеріальними, біологічними (фізіологічними) та духовними (естетичними) потребами, які задовольнялися використанням природних ресурсів, збереженням природних компонентів і захистом людини від несприятливого середовища. Тисячоліттями людство прагнуло жити в гармонії із природою, тому тривалий час потреби у використанні природних ресурсів були мінімальними й обмежувалися їжею та одягом. Водночас гармонійне співіснування людства із Природою значною мірою залежало від розуміння законів природи, їх вияву та впливу на стан існування матеріального світу. Адже сама природа постійно містить низку небезпек, пов'язаних із природними процесами космічного (падіння великого космічного тіла, сонячне та космічне випромінювання), літосферного (землетруси, виверження вулканів, зсуви, гірські обвали, викиди гірських порід, карстові провалля, ерозія ґрунтів тощо), гідросферного (цунамі, повені, снігові лавини, льодові затори, шторми тощо), атмосферного (урагани, зливи, град, тумани, блискавки, ожеледь тощо), біосферного (небезпечні рослини, тварини, риби, комахи, грибки, бактерії, віруси) характеру або кількох процесів одночасно і які безперервно змінюються розвиваються у природному середовищі під дією сонячної та внутрішньої енергії Землі та які відбуваються незалежно від участі людини.

Зважаючи на це пристосування людства до небезпечних природних умов проживання стало основою його існування. Так, на засадах існуючих упродовж усієї історії людського розвитку соціальних ідей, вірувань, релігійних уявлень, наукових концепцій почав познача-

тися саме безпековий характер відносин людини і природи, залежний від того, як людина дотримується законів природи, що прирівнювалися до законів Божих. Не дарма ще у Стародавньому світі світогляд людини ґрунтувався на визнанні залежності життя людей від природи та її ритмів. Так, у написах, зроблених на пірамідах Стародавнього Єгипту і датованих майже ХХІ ст. до н. е., йдеться: "Люди загинуть від невміння користуватися силами природи і від незнання істинного світу" [1, с. 300–310]. Так само в Біблії знаходимо: на питання пророка Ієремії: "За що загинула країна і випалена як пустеля, так, що ніхто не проходить по ній?" – слідує відповідь Господа: "За те, що вони забули Закон Мій, який я поставив для них, і не чули голосу Мого і не вчиняли по ньому; а ходили по зятатості серця свого" (Іер. 9. 12–14).

Розуміння залежності від природи є характерним і для правлячих кіл древніх держав. Наприклад, у тому ж Стародавньому Єгипті впродовж тисячоліть уже розробляли відповідні правові норми природокористування, особливо щодо використання природних моделей – священних (тотемних) тварин, природних урочищ. У цей же час починають формуватися норми охорони природно-заповідних об'єктів, насамперед гаїв, необхідних для збереження природних ландшафтів пустельної зони за умов високої щільності населення й інтенсивної господарської діяльності в долині ріки Ніл. При цьому враховували сезонні природні ритми [1, с. 301].

Для давньогрецької культури була властива поетизація природи та наповнення ставлення до неї духовними початками. В епоху існування давньогрецької цивілізації держава починає зіставляти свою політику з уявленнями про властивості природного оточення, що відобразилось у працях філософів. Так, у роботі "Про повітря, води і місцевості" Гіппократ розглядав не тільки суто медичні аспекти природи, а й виокремлював її як фундаментальний зв'язок, що об'єднував людей і навколишнє середовище, впливав на умови їхнього проживання, від чого залежали здоров'я і життя кожного члена суспільства. Він зробив спробу позначити концепцію політичного розвитку полісу, охоплюючи і його екологічні аспекти [2]. Аристотель вважав, що власне соціальні структури сягають своїм корінням саме у природу. Він проводив аналогії між розвитком суспільства, держави і співтовариств живих істот і рослин [3]. У своїй

роботі "Законо" Платон ратував за дбайливе ставлення до всього живого, до землі, виступав проти браконьєрства та способів полювання: застосування капканів і мереж, що могло завдати шкоди природі [4].

Проте вже у священній книзі іудеїв Торі (з єврейського – Закон) ідеться про панування людини над природою. З початку виникнення християнства служителі цього культу включили Тору до складу Біблії, назвавши її "П'ятикнижжям Мойсеевим" і тим самим спотворили повеління Бога начебто дане ним іудеям, зокрема володіти землею природою [5]. Цікаво, що цей же підхід застосовувався і в Римській імперії, де зародилося римське право, яке захищало право власності вельмож на природні багатства. Сучасний учений Р.А. Папаян розвінчує цей підхід, наводячи положення Біблії про те, що Едемський Сад, тобто Земля, де Бог розміщує людину "за образом і подобою своєю", – це простір, який надається їй тільки у користування, для реалізації божественної творчої здатності "обробляти й охороняти його". "Землю не повинні продавати завжди, бо Моя земля" (Лев. 25.23), каже Господь, тобто повноцінною власністю людини могли бути лише плоди Саду, плоди власної праці [6, с. 112, 134].

Отже, безпека існування людства у взаємодії із природою є залежним явищем до світоглядних розумінь істинності світу. Так, побутує думка, що заслугою багатьох давньоримських авторів (Катон, Варрон, Калпелла) є обґрунтування ними політико-екологічних концепцій розвитку держави [7]. І хоч використання природних ресурсів і встановлення права власності на них всебічно запроваджувалися, усе ж у період республіки й імперії широко використовували досвід попередніх цивілізацій з охорони природи, освоєння її багатств. Римські міста, інші населені пункти були зразками дотримання правил санітарії, які були досягнуті європейцями лише у XX ст. Вони мали розвинені системи водопостачання чистою джерельною водою або водою з гірських льодовиків. Вражають створені в них системи каналізації, інші елементи житлово-комунального господарства. Праці римських учених, добре відомі їх сучасникам, містили безліч рекомендацій, що стосувалися зменшення впливу шкідливих факторів на навколишнє середовище. Так, Страбон наводив конкретні відомості про шкідників сільськогосподарства і рекомендації боротьби з ними, про необхідність і способи споруджувати високі труби для шкідливого диму при виплавці металів, про міські нечистоти і методи їх очищення тощо [8].

На прагненнях людини до моральної досконалості, у тому числі і внаслідок побудови гармонійних відносин із навколишнім світом, певною мірою будувалися й ідеї Відродження. Так, Томас Мор у своїй відомій праці "Утопія" звертав увагу на необхідність дбайливого, вдячного ставлення до природи [9]. Про необхідність збереження балансу екосистеми на Землі у процесі господарювання вчені говорили і в XVIII ст. Так, А.Р.Ж. Тюрго (фр.) обґрунтував закон знижувальної родючості ґрунту [10]. Т.Р. Мальтус відстоював думку падіння життєвого рівня внаслідок того, що зростання засобів існування відбувається по арифметичній прогресії, а зростання населення – по геометричній прогресії [11]. Опублікована в 1778 р. робота Ж. Бюффона "Епохи природи" містила міркування про сім періодів розвитку Землі [12]. Упродовж останнього, на думку автора, "до сил природи приєдналася могутність людини". Учень Ж. Бюффона Ж.Ж. Ламарк, продовжуючи розвивати ідеї останнього про часто згубний вплив людини на природу, на початку XX ст. висловлював песимістичне переконання, що людині призначено винищити себе після того, як вона зробить Землю непридатною для проживання [13].

За періоди суспільного розвитку, що охарактеризовані, людство пройшло так звані збирально-привласнювальний, виробничо-продуктивний й інноваційно-конструктивістський типи природокористування [14, с. 16], у межах яких здійснювався поступовий негативний вплив на природу та її ресурси через збільшення населення, потреб у тих чи інших природних ресурсах, відходів виробництва, які потребували відведення різних природних ресурсів тощо. Відтак об'єктивно виникають правові вимоги щодо охорони повітря, води, земель, місць загального користування від забруднення та які стали основою формування законодавства, яке, наприклад, у Царській Росії, називали санітарним. Як зазначається в літературі, згідно з вимогами окремих правил про розміщення й облаштування заводів, мануфактур, фабричних та інших виробництв у Санкт-Петербурзі, відповідні промислові підприємства залежно від шкідливості впливу на навколишнє середовище ділили на три категорії, причому підприємства третьої категорії забороняли розміщувати в межах населених пунктів [15, с. 19–20].

Принципово новий тип природокористування – ноосферний, викладено у фундаментальних основах світогляду про взаємозалежність складових екосистеми Землі в роботах В.І. Вернадського – творця вчення про біосферу і ноосферу [16], який розглядав навколишнє середовище і діяльність людини інтегровано, у єдиній системі "природа-суспільство". Біосфера, за В.І. Вернадським, це специфічна оболонка Землі, у якій фізичні, хімічні й енергетичні параметри визначаються сукупною діяльністю багатьох поколінь живих організмів. Наступна еволюційна стадія біосфери – ноосфера (сфера розуму) є якісно новою формою організованості біосфери, що виникає в ході прояву людства як "потужної геологічної сили". Ноосфера веде до ускладнення системи суперечностей, які пронизують цілісність життя в біосфері: фундаментальну динамічну рівновагу між "абіогенним і біогенним", що доповнюється співвідношенням між "соціоприродним і соціогенним" [16]. Людство має вписуватися в цю рівновагу як в умову свого існування, а не порушувати його. Людина розглядається В.І. Вернадським як природний об'єкт, а людство – як природне явище, прояв великого природного процесу, що триває впродовж приблизно 2 млрд років. Упродовж 20–30 тис. років людство своєю діяльністю, розумом сприяє переходу біосфери в ноосферу. У цьому, зокрема за Вернадським, реалізується незворотність наукової думки як живої речовини. Звідси зроблено висновок про неможливість знищення цивілізації як частини біосфери. Людина, як частина природи, є цінним видом, проте все живе має свою значимість. Роль людини полягає у співпраці з природою, а не в її завоюванні. Усе, що робиться, робиться правильно лише в тому випадку, коли воно спрямоване на підтримку систем життєзабезпечення. Визначене людською діяльністю життя в біосфері виходить на якісно новий рівень самоорганізації, параметри якого у визначальній мірі будуть залежати від характеру сукупної активності людства [16]. Ідеєю про ноосферу В.І. Вернадський уперше в науці XX ст. поставив питання про необхідність переосмислення ролі та значення людської діяльності, що спрямовується розвитком наукової думки, гармонізацією соціального порядку в системі планети. Його вчення про взаємовідносини природи і суспільства має визначальне значення для формування сучасної екологічної свідомості, стає теоретичною базою природоохоронних заходів.

В.І. Вернадський працював у період створення та застосування атомної бомби, широкого використання в економіці атомних установок, запусків космічних об'єктів, грандіозної мілітаризації на основі екологічно небезпеч-

ного озброєння. Проте й тоді В.І. Вернадський звертав серйозну увагу на моральну відповідальність учених за використання наукових відкриттів і наукової роботи для руйнівної, суперечливої ідеї ноосфери мети.

Таким чином, незважаючи на володіння людством системою наукових знань про об'єктивні закони життя на Землі, воно некоректно та невчасно ними користується і допускає серйозні порушення в системах життєзабезпечення. Не до кінця розуміючи наслідки своєї діяльності, люди виявилися заручниками технократії. Як зазначає Р.А. Папаян, "уся біда сучасної епохи у тому, що світ достатньо призабув, що Бог (читай – Природа) і божественні істини перебувають поза часом, і вважає, що автономні від Богом даних істин інтелектуальні пошуки людства є прогресом. Разючий парадокс полягає в тому, що чомусь обґрунтованість своїх правових норм на релігійно-моральних цінностях християнства нинішній світ вважає кроком назад, а майже повне базування нинішніх правових уявлень на язичницькому, у своїй основі римському праві, вважає цілком прогресивним. Тому світ уже майже потонує і задихається у тому, що з гордістю (або з гординою) називає науково-технічним прогресом, водночас щиро бажаючи знайти способи протистояння цим ідолам із багатьма похідними явищами, не тільки не вміючи цього зробити, але все більше занурюючись у.... язичницькі цінності" [6, с. 3].

Занепокоєнням того, що людство продовжує ігнорувати існуючі принципи взаємодії із природою, стало порушення в середині ХХ ст. питання наявності екологічних проблем світового рівня. Так, загроза екологічної катастрофи для планети Земля як спільного дому людства, була проголошена вченими різних спеціальностей, які об'єдналися у так званий Римський клуб та підготували серію монографій, де показали всьому світу: більшість природних ресурсів є вичерпними і вимагають до себе дбайливого ставлення; чисельність людства має бути стабілізована; наростає деградація біосфери Землі. На мою думку, інтерес до проблеми був викликаний насамперед світовою нафтовою кризою, яка показала вразливість країн та їхніх економік до нестачі енергетичних ресурсів [17, с. 12].

У цей же період під керівництвом американського вченого Д. Медоуза було проведено низку наукових досліджень, у яких виявлено той факт, що надмірне використання не відновлювальних природних ресурсів на землі існуючими технологіями видобутку і переробки, а також швидкості їх споживання призведуть до їх виснаження вже на початку ХХ ст., а отже й до нових воєнних конфліктів [18]. Такий науковий підхід до екологічних проблем привернув увагу політиків та громадськості загалом, у тому числі й на міжнародному рівні, внаслідок чого було вказано на: зростаючий дефіцит природних ресурсів через їх нераціональне використання; загострення продовольчої небезпеки через зменшення кількості та якості продуктів харчування, що напряму залежить від якості довкілля, у якому їх вирощують та виготовляють; зміну клімату внаслідок надмірного техногенного навантаження довкілля та його вплив на льодовики Арктики й Антарктики; надмірне видобування корисних копалин та утворення відходів; забруднення земель, вод Світового океану й атмосфери; зникнення та виснаження біологічних ресурсів; використання ГМО; виникнення військових конфліктів через природні ресурси тощо [19].

Екологічні проблеми стали актуальними для ООН, за даними яких внаслідок порушення природних екологічних зв'язків і структур, варварського ставлення до природних ресурсів загублено 1/3 ґрунтового шару, ліси на 2/3 вирубані, степи як тип ландшафту майже зникли, флора і фауна втратили майже половину свого генетичного різноманіття. Поглиблюються і проблеми в галузі

забезпечення населення водними ресурсами. Уже зараз 1/3 світового населення проживає у країнах, що зазнають "водного стресу": обсяг споживання води тут на 10 % перевищує обсяг наявних запасів. Рівень ґрунтових вод, що забезпечують водою 1/3 населення планети, падає в деяких районах на 1–3 м на рік. При збереженні нинішніх тенденцій в умовах дефіциту води будуть проживати кожні два із трьох жителів Землі [20].

Швидке зниження якості навколишнього природного середовища загострило проблему генофонду людини, що тривалий час піддавався повільному техногенному впливу. З'явився термін *екологічний геноцид*, що за суттю охоплює в тій чи іншій мірі все населення планети. Усвідомлення близької екологічної катастрофи на тлі виснаження ресурсів, погіршення якості природного середовища і збільшення чисельності захворюваності та смертності населення через забруднене довкілля змусило країни задуматися про внесення суттєвих коректив у стратегії планетарного розвитку. У виступах учених, державних і політичних діячів зростає увага до екологічного безпекового аспекту у всіх сферах суспільного життя. Зважаючи на це у світі порушується питання про екологічну безпеку планети та її місця в концепціях національної безпеки [21, 22].

Аналізуючи етапи становлення екологічної безпеки, як важливої складової національної безпеки, російський учений В.Д. Писарев зауважує, що першими усвідомили необхідність внесення суттєвих коректив у концепцію національної безпеки, її орієнтири, стратегію та засоби забезпечення США. Проте формування нового підходу наштовхувалося на питання теоретичного та практичного характеру, суть яких зводилася до доцільності розширення традиційного трактування поняття національної безпеки; до залучення до дестабілізуючих чинників невійськових (екологічних) загроз; та визначення відносно внеску екологічної складової [23, с. 5–16].

Зрушення в бік розширеного тлумачення концепції національної безпеки США відбулося в 1974 р. після опублікування генералом М. Тейлором публікації "Закономі вимоги національної безпеки", де автор уперше зробив наголос на те, що основні загрози національній безпеці США розвиваються в невійськовій сфері. Через три роки президент інституту "Уорлдотч" Л. Браун у статті "Переглянути визначення національної безпеки" виокремив серед найважливіших загроз невійськового характеру екологічні загрози (ерозія ґрунтів, скорочення лісових масивів та зміна клімату) [24, с. 16].

Таким чином, публікації низки наукових статей, а також результати численних дискусій призвели до того, що екологічна безпека була внесена до концепції національної безпеки США. Це відповідно потребувало створення державної системи екологічної безпеки, що гарантує захист людини та довкілля від антропогенних чинників [24, с. 16–17; 23, с. 5–16].

До основних аргументів, які сформували основу на користь підвищення статусу екологічної безпеки до рівня вищих національних інтересів, віднесено: 1) глобальна екологічна криза, пов'язана зі зростанням навантаження на життєзабезпечувальні системи і відтворювальні природні ресурси планети, з деградацією довкілля та підризом стійкості біосфери, є такою ж серйозною загрозою, як і традиційні загрози воєнного характеру; 2) екологічна криза загрожує не тільки гідному існуванню людини, але й самому життю; 3) для держави екологічна криза пов'язана зі скороченням свободи політичного вибору, що обумовлена транскордонним характером екологічних проблем; 4) загострення екологічної ситуації в різних регіонах світу стає причиною соціальної та політичної нестабільності, міждержавних суперечностей та насильницьких конфліктів.

Саме ці позиції примусили чіткіше визначити об'єкт несилових загроз і невійськову ціль стратегії національної безпеки, такі як можливість підвищення якості життя населення, що досягається екологічно стійким (сталім) розвитком [24, с. 13–17].

Питання екологічної безпеки людства у зв'язку із цим стають найважливішою частиною повісток міжнародних форумів. У 1970 р. ухвалюється спеціальна міжнародна програма ЮНЕСКО "Людина і біосфера" [25]; у 1972 р. представники 113 держав на Першій Всесвітній зустрічі з проблем навколишнього середовища (Стокгольм) визначили пріоритетною метою людства "Охорону і поліпшення стану навколишнього середовища для нинішнього і майбутніх поколінь" [26]. У 1972 р. засновується Програма ООН із проблем навколишнього середовища і розвитку (ЮНЕП).

Низка промислових аварій другої половини ХХ ст. змусила, натомість, до формування на міжнародному рівні нового напрямку екологічних відносин – промислової безпеки. Такими аваріями стали, зокрема, аварії у 1976 р. в італійському місті Севезо, де відбувся викид хмари діоксину; ядерна аварія на острові Три-Майл у США в 1979 р.; у 1984 р. в м. Бхопал (Індія), де внаслідок аварії на хімічному підприємстві загинула велика кількість людей та була спричинена шкода навколишньому природному середовищу на великій відстані; у 1986 р. на Чорнобильській атомній електростанції, катастрофа на якій отримала міжнародний рівень [27]. Зважаючи на це стало очевидним, що подальше розширення й ускладнення промислових потужностей може призвести до ще трагічніших наслідків, якщо докорінно не змінити підхід до промислової безпеки [28, с. 6–8].

Нормативно-правове регулювання питань екологічної безпеки відбулося міжнародною рівні у відповідних рішеннях Генеральної Асамблеї ООН, зокрема від 1 січня 1982 р. шляхом ухвалення Всесвітньої Хартії природи, у п. 11 якої зазначається, що діяльність, яка може справити негативний вплив на природу, має контролюватися, і слід використовувати технологію, що може зменшити розміри небезпеки чи інших шкідливих наслідків для природи [29], та резолюціях від 5 грудня 1986 р. і 7 грудня 1987 р., у яких уже зазначалося, що захист і поліпшення довкілля, раціональне використання природних ресурсів тісно пов'язані із забезпеченням міжнародної безпеки у всіх її аспектах, припиненням гонки озброєнь і роззброєнням, насамперед ядерним [30, с. 49–53].

У цей же період на нараді Постійного консультативного комітету країн – членів Організації Варшавського договору (1987, травень) країнами соціалістичного табору висувуються основні положення концепції міжнародної екологічної безпеки як складової всеосяжної системи міжнародної безпеки та що були сформульовані в Комюніке Берлінської наради [30, с. 50]. Взаємозв'язок екологічної і міжнародної безпеки переконливо показано у статті М.С. Горбачова "Реальність і гарантії безпечного миру" [31].

Позитивні тенденції у сфері міжнародної екологічної безпеки отримали закріплення і в Меморандумі соціалістичних країн, поширеному на 42-й сесії Генеральної Асамблеї ООН, а також у проекті резолюції "Міжнародна екологічна безпека" (1987, 30 жовтня), представленому на сесії делегаціями Чехословаччини та УРСР [32].

Подальший розвиток концепції міжнародної екологічної безпеки отримала на Нараді Політичного консультативного комітету держав-учасниць Варшавського договору (Варшава, 1988, червень). На цій нараді був ухвалений важливий документ із питань забезпечення екологічної безпеки – "Наслідки гонки озброєнь для довкілля та інші аспекти екологічної безпеки" [33, с. 305]. У ньому визначено основи концепції міжнародної екологічної без-

пеки, покликаної сприяти стійкому та безпечному розвитку всіх держав і створенню сприятливих умов для життя кожного народу і кожної людини. Важливо згадати і розроблену державами – учасниками Варшавського договору програму термінових дій із забезпечення екологічної безпеки на основі відкритої міжнародної співпраці. Ця програма дій держав служить прикладом нового екологічного мислення в міжнародній політиці.

На теренах сучасної України вперше термін *екологічна безпека* був використаний у постанові ЦК КПРС і Ради Міністрів СРСР "Про корінну перебудову справи з охорони природи у країні" від 7 січня 1988 р. [34]. У ній, зокрема, підкреслювали, що "питання охорони природи мають велике суспільне значення, у їх вирішенні недопустимі політична й організаційна млявість, безініціативність органів державного управління, підприємств, установ та організацій. Боротьбу за екологічну безпеку на Землі слід розглядати як одне із найвідповідальніших і найшляхетніших завдань радянських людей". Згодом екологічна безпека була визначена як самостійний напрям національної політики в Декларації про державний суверенітет України [35] від 16 липня 1990 р. У цьому політичному документі екологічна безпека представлена як характеристика держави Україна: самостійно встановлювати порядок організації охорони природи на території Республіки та порядок використання природних ресурсів; мати свою національну комісію радіаційного захисту населення; мати право забороняти будівництво та припиняти функціонування будь-яких підприємств, установ, організацій та інших об'єктів, які спричиняють загрозу екологічній безпеці; дбати про екологічну безпеку громадян, про генофонд народу, його молодого покоління; мати право на відшкодування збитків, завданих екології України діями союзних органів.

Таким чином, об'єктивними передумовами формування та розвитку норм і суспільних відносин права екологічної безпеки доцільно визначити ті реально існуючі природні і соціальні умови виникнення та становлення загальнообов'язкових правил, вимог, обмежень і застережень щодо запобігання екологічним небезпекам природного та техногенного характеру. Такі умови обумовлені міжнародними та національними інтересами в межах відповідних політик забезпечити якість і безпечність самого природного середовища та життя і здоров'я людей у такому середовищі з метою сталого розвитку людства.

Список використаних джерел

1. Лукьянцев В.П. Экологическая функция российского государства в Х – начале XX века / В.П. Лукьянцев // "Черные дыры" в Российском законодательстве. – 2002. – № 4. – С. 300–310.
2. Античные источники. Гиппократ [Електронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.ruistor.ru/istochniki_ant_011.html.
3. Скирбекк Гуннар. История философии: Аристотель и экология / Гуннар Скирбекк, Нилс Гилье [Електронный ресурс]. – Режим доступа: http://philosophica.ru/history_philo/26.htm.
4. Платон. Законы // Електронный ресурс. – Режим доступа: <http://lib.ru/POEEAST/PLATO/zakony.txt>.
5. Тора. Пятикнижие Моисеево [Електронный ресурс]. – Режим доступа: <http://toldot.ru/limud/library/humash/bereshit/bereshit/>.
6. Папаян Р.А. Христианские корни современного права / Р.А. Папаян. – М.: Изд-во НОРМА, 2002. – 416 с.
7. Катон Варрон. О сельском хозяйстве / Варрон Катон, Плиний Колуммела. – Изд-во: Александрия, 2009. – 624 с.
8. Античная литература. Страбон. География: в 17 кн. – Кн. 1, 2. Введение [Електронный ресурс]. – Режим доступа: <http://ancientrome.ru/antlittr/strabo/>.
9. Томас Мор. Утопия [Електронный ресурс]. – Режим доступа: <http://lib.ru/INOOLD/MOR/utopia.txt>.
10. Закон Тюрго [Електронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.activestudy.info/zakon-tyurgo/>.
11. Теория Мальтуса кратко. Мальтус и его теория народонаселения [Електронный ресурс]. – Режим доступа: <http://fb.ru/article/220926/teoriya-maltusa-kratko-maltus-i-ego-teoriya-narodonaseleniya>.
12. Теория катастроф в книге Ж. Бюффона "Эпохи природы" (1778) [Електронный ресурс]. – Режим доступа: <http://oplib.ru/random/view/16255>.

13. Современная теория эволюции. Кратко – учение Ламарка [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.avifarm.ru/page.php?al=pvidooobrazovaniye>.
14. Екологічне право України: підруч. для студ. вищих навч. закл. / за ред. І.І. Каракаша – О., Фенікс, 2012. – 788 с.
15. Малышко Н.И. Государственный контроль за охраной атмосферного воздуха / Н.И. Малышко. – Киев, 1982. – 131 с.
16. Вернадский В.И. Биосфера и ноосфера / В.И. Вернадский. – М.: Наука, 1989. – 264 с.
17. Краснова Ю.А. Наукові підходи до розуміння екологічної безпеки в західній зарубіжній літературі / Ю.А. Краснова // Правове забезпечення економічного розвитку та екологічної безпеки суспільства: Програма Всеукраїнської наук.-практ. конф., 14–15 травня 2015 р., м. Вінниця / Донецький нац. ун-т; Київський ун-т права НАН України; Інститут екон.-прав. дослідж. НАПрН України; Донецький регіон. наук. центр НАПрН України; Міжнародна асоціація госп. права. – Вінниця. – 24 с.
18. Meadows Donella H. Limits to Growth / Donella H. Meadows, L. Dennis, Jorgen Randers, William W. Behrens. – N. Y.: New American Library, 1972.
19. Karen Hulme Environmental Security: Implications for International Law [Electronic source]. – Access mode: search.proquest.com/technologycollection/docview/1563228758/fulltextPDF/4C74846CBEE34C10PQ/152?accountid=174530.
20. Kofi A. Annan. Secretary-general of the United Nations. We the peoples: the role of the United Nations in the XXI st. Century United Nations / A. Kofi Annan. – 2000.
21. Донченко В.Ю. Роль Организации Объединенных Наций в обеспечении экологической безопасности: дис...канд. юрид. наук: спец. 12.00.10. – Москва: Московская гос. юрид. акад., 2008. – 225 с.
22. Ярыгин Г.О. Проблемы экологической безопасности в политике США, Канады и Европейского Союза: дис...канд. полит. наук: спец. 23.00.04 / Г.О. Ярыгин. – СПб: Санкт-Петербургский гос. ун-т, 2007. – 180 с.
23. Писарев В.Д. Экологическая безопасность как компонент национальной безопасности США / В.Д. Писарев // США: экономика, политика, идеология. – 1997. – № 6. – С. 5–16.
24. Екологічна безпека: підруч. / В.М. Шмандій, М.О. Клименко, Ю.С. Голік та ін. – Херсон: Олді-плюс, 2013. – 366 с.
25. Международная программа "Человек и биосфера" (МАБ), ее задачи и цели [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://biofile.ru/geo/24158.html>.
26. Стокгольмська декларація (Щодо питань навколишнього середовища) від 16 червня 1972 року // Действующее международное право. – М.: Московский независимый ин-т междунар. права, 1997. – Т. 3. – С. 682–687.
27. Лисаускайте В.В. Международное право чрезвычайных ситуаций как новая отрасль международного права [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://docviewer.yandex.ua/?url=http%3A%2F%2FCyberLeninka.ru%2Farticle%2F%2Fmezhdunarodnoe-pravo-chrezvychaynyh-situatsiy-kak-novaya-otrasl-mezhdunarodnogo-prava.pdf&name=mezhdunarodnoe-pravo-chrezvychaynyh-situatsiy-kak-novaya-otrasl-mezhdunarodnogo-prava.pdf&lang=ru&c=58c52f11be3c>.
28. Особенности идентификации, декларирования, экспертизы и страхования опасных производственных объектов ОАО "АПТИТ" / Б.Н. Ржевский, Е.В. Каретников, С.Ю. Яковлев, М.А. Драновский // Безопасность труда в промышленности. – 2002. – № 12. – Ст. 6–8.
29. Всемирная хартия природы от 1 января 1982 г. // Международное публичное право: сб. док. – М., 1996. – Т. 2.
30. Кириленко В.П. Принцип экологической безопасности в современном международном праве / В.П. Кириленко // Правоведение. – 1989. – № 3. – С. 49–53.
31. Горбачев М.С. Реальность и гарантии безопасного мира / М.С. Горбачев // Право. – 1987, 17 сентября.
32. Міжнародна екологічна безпека: проект резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 30 жовтня 1987 року // UN Doc. A/C.2/42/L.34. – 1987. – 30 oct.
33. Последствия гонки разоружения для окружающей среды и другие аспекты экологической безопасности // Ежегодный доклад директора-исполнителя ЮНЕП. Найроби, 1987. – 437 с.
34. Про корінну перебудову справи з охорони природи: постанова ЦК КПРС і Ради Міністрів СРСР від 7 січня 1988 року // Собрание постановлений СССР. – 1988. – № 2. – Ст. 16.
35. Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 31. – Ст. 429.

Надійшла до редколегії 07.02.17

J. Krasnova, PhD, associate Professor
National University of life and environmental Sciences of Ukraine, Kyiv, Ukraine

THE OBJECTIVE CONDITIONS STANDARDS DEVELOPMENT AND RELATIONS LAW ENVIRONMENTAL SAFETY

The article investigates norms of objective conditions and relations law environmental safety. It is established that such preconditions served as social, economic and political factors that are shaped by the rapid degradation of the environment caused by increasing anthropogenic pressure.

Key words: ecological safety, the right to environmental safety, conditions of relations law environmental safety, coexistence of man and nature, man-made factors.

Ю. Краснова, канд. юрид. наук, доц.
Национальный университет биоресурсов и природопользования Украины, Киев

ОБЪЕКТИВНЫЕ ПРЕДПОСЫЛКИ РАЗВИТИЯ НОРМ И ОТНОШЕНИЙ ПРАВА ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

Посвящено исследованию объективных предпосылок развития норм и отношений права экологической безопасности. Установлено, что такими предпосылками послужили как социальные, экономические так и политические факторы, которые формировались под влиянием стремительной деградации окружающей природной среды, вызванной увеличением антропогенной нагрузки.

Ключевые слова: экологическая безопасность, право экологической безопасности, предпосылки к формированию отношений права экологической безопасности, сосуществование человека и природы, антропогенный фактор.

УДК 340.1

М. Булкат, канд. юрид. наук, начальник управління юридичного забезпечення суду
Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Київ

СИСТЕМА ОЗНАК СУДОВОЇ ВЛАДИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА

Представлено результати наукового аналізу щодо системи ознак судової влади. Запропоновано авторський підхід, в основі якого використання трирівневої структури. Обґрунтовано, що первинною ознакою є характеристика природи судової влади як загального поняття та відображення напрямів діяльності в конкретно-визначеній сфері владного регулювання – з приводу встановлення справедливості. Цей рівень характеризує призначення державно-правового явища та відповідного юридичного поняття. Серед основних ознак судової влади другого рівня – як складової державної влади, запропоновано визначати її державний характер, відносно самостійність, імперативні характеристики судової влади, легітимність, універсальність, нормативність. З-поміж основних ознак судової влади, які відображають її власну специфіку (третій рівень), зазначено особливості структури правовідносин судової влади, зокрема специфічний суб'єктно-об'єктний склад, спеціальну предметну сферу судової влади, ситуативний характер в основі функціонування судової влади тощо.

Ключові слова: державна влада, судова влада, ознака судової влади, система ознак судової влади.

У сучасній науковій юридичній літературі існує досить велика кількість підходів до визначення та обґрунтування системи ознак судової влади. Умовно їх можна систематизувати у кілька однорідних груп, позначивши

першу як "нормативну". Так, систематизацію ознак судової влади цієї групи підходів здійснено, здебільшого, на основі чинного законодавства, а характеристику системи ознак – із зазначенням конкретних норм, напри-

клад: "Судова влада здійснюється виключно спеціальними державними органами – судами ... 2. Судова влада в Україні належить судам, які складають єдину судову систему. Судова система, згідно з положеннями Конституції України представлена судами загальної юрисдикції та Конституційним Судом України. 3. Суди є правозастосовчими органами. Вирішення судом справи означає, що суд застосовує норми матеріального права (кримінального, цивільного, адміністративного тощо) до конкретного правовідношення, яке було предметом розгляду в судовому засіданні та виносить на їхній основі мотивоване рішення (вирок). 4. Судова влада здійснюється на основі та в чіткій відповідності з вимогами процесуального закону. 5. Участь представників народу у здійсненні правосуддя – важлива риса судової влади ... тощо" [18, с. 31–42].

Певним недоліком таких підходів є ототожнення поняття ознак судової влади як державно-правового явища та юридичного поняття із характеристиками нормативного регулювання роботи її органів у чинному законодавстві.

Іншою групою підходів, які можна об'єднати за спільними рисами, є визначення ознак судової влади як складової державної влади. Відповідно до таких підходів основними ознаками судової влади є: 1) державний характер; 2) незалежність, самостійність та відокремленість; 3) виключність; 4) єдність; 5) здійснення на основі і відповідно до вимог процесуального закону та певних принципів; 6) належність функції контролю; 7) забезпечення виконання вимог суду і рішень силою держави [11, с. 21–22].

Очевидно, що характеристики судової влади як складової державної влади є досить узагальненими і не повною мірою відображають її власну специфіку та відповідну систему ознак. У цьому контексті слід зауважити про доцільність формування підходів, які поєднують риси зазначених груп ознак судової влади.

Основу комплексного розуміння системи ознак судової влади становлять праці професора І.Є. Марочкіна, який запропонував виокремлювати "дворівневу" систему ознак – загальні ознаки судової влади та такі, що виражають її специфіку [17, с. 12–16]. Концепція, запропонована І.Є. Марочкіним, донині залишається чи не найбільш уживаним і науково-обґрунтованим підходом у вітчизняній теорії судової влади.

Разом із тим, з огляду на активізацію державотворчих процесів, розвиток вітчизняної теорії держави і права та положень про судову владу сучасної держави наразі виникає обґрунтована потреба у формуванні оновлених теоретико-правових "моделей" та концепцій системи ознак судової влади сучасної держави, орієнтованої на демократично-правові цінності.

Так, узагальнивши підходи до визначення системи ознак судової влади, а також урахувавши дослідження природи судової влади, як державно-правового поняття, характеристики первинних (щодо судової влади) категорій та їхніх ознак [2], можна запропонувати систему ознак судової влади у вигляді трирівневої структури.

Первинною характеристикою природи судової влади як загального явища та поняття є "уособлення", відображення напрямів діяльності в конкретно-визначеній сфері владного регулювання – з приводу встановлення справедливості, з урахуванням конкретизованих, аутентичних цінностей та орієнтирів; що корелюється із розумінням призначення (мети) цієї держави у суспільстві; її цілями; змістом функцій, які виконує держава у суспільстві (державних функцій); завданнями, поставленими суспільством перед державою та державною владою на кожному етапі розвитку. У структурі ознак судової влади її можна

охарактеризувати як "ознаку призначення" державно-правового явища та відповідного юридичного поняття.

Суть цієї ознаки можна сформулювати як "відображення напрямів діяльності в конкретно-визначеній сфері владного регулювання – з приводу встановлення справедливості". Первинність зазначеної ознаки є логічно-обґрунтованою з огляду на те, що призначення судової влади як "регулятора" справедливості не стосується конкретної державно-правової моделі, наприклад трискладової державної влади. Воно може бути наявне в моделях судової влади будь-якої природи та структури і конкретизується аутентичними цінностями й орієнтирами, а також призначенням (метою) цієї держави (або іншої суспільно-владної структури), її цілями, змістом функцій, завданнями тощо. Слід зауважити, що в існуючих науково-обґрунтованих підходах дещо подібного можна вважати ознаку "відображення соціальної сутності". Разом із тим, очевидно, що вона є характеризуючою для складової державної влади та конкретизується соціальною сутністю конкретної держави окремого періоду. З огляду на це, соціальна сутність, призначення та цінність, безумовно, характеризують судову владу, однак їх доцільно виокремлювати з-поміж ознак складових державної влади другого рівня. У запропонованому підході їх зміст відображено в ознаках "державного характеру" та "легітимності судової влади як складової влади".

Переходячи до вищезгаданого другого рівня системи ознак судової влади як складової державної влади, слід зауважити, що він є чи не найбільш вивченим у вітчизняній юридичній науці. Так, у концепції, запропонованій професором І.Є. Марочкіним, виокремлено так звані загальні ознаки, які, очевидно, стосуються цього рівня ознак судової влади. Серед них: цілеспрямованість влади, вольовий характер влади, регулююче й організаційне призначення влади, примусовий характер влади тощо. Зазначені ознаки, безперечно, характеризують судову владу як складову державної влади. Разом із тим, до групи "загальних" ознак згідно із цією концепцією віднесено структуру правовідносин. Із зазначеним підходом не можна погодитись у повній мірі, адже структура правовідносин судової влади відображає її власну специфіку. Тоді як серед ознак, що характеризують власну специфіку судової влади, у підході І.Є. Марочкіна виокремлено легітимність і нормативність [17, с. 12–16], які, вочевидь, на нинішньому етапі розвитку державної практики є характерними для складових державної влади.

Згідно із запропонованою структурою ознак судової влади, однією з основних характеристик цього рівня є державний характер. Очевидно, що судову владу, як і будь-яку іншу складову державної влади, "санкціоновано" державою та структурою державної влади, яку використано в конкретній державно-правовій практиці. Для її розуміння, а також усього рівня ознак судової влади як складової державної влади слід використати загальні характеристики державної влади, запропоновані професорами М.І. Козюброю, В.Ф. Погорілком, П.М. Біновичем, Ю.О. Фрицьким, Ю.С. Шемшученком та ін. [6, 7, 8, 9, 10, 14, 19].

Наступною ознакою цього рівня є незалежність і самостійність судової влади. Під час її характеристики виникає низка проблемних питань, зокрема щодо значної кількості різних її наукових позначень ("незалежності судової влади", "самостійності судової влади", "незалежності та самостійності", "відокремленості судової влади" тощо) та щодо ототожнення ознаки незалежності і самостійності судової влади із подібним принципом її функціонування. Так, у підході професора І.Є. Марочкіна серед загальних ознак судової влади як складової державної влади не визначено незалежність і

самостійність, натомість в інших підходах її зазначено серед первинних [11, с. 20–23]. Наприклад, У.А. Мірінович запропонувала позначати цю ознаку як "незалежність, самостійність і відокремленість судової влади". Згідно з таким підходом незалежність судової влади – це принцип ефективної діяльності суду, а принцип незалежності суддів спрямований на забезпечення суддів від протизаконного впливу органів й осіб, покликаний підняти самостійність і відповідальність суддів при розв'язанні будь-якого правового питання. Самостійність, згідно з таким підходом, означає відсутність будь-якого підпорядкування судів та потреби затверджувати їх рішення. У свою чергу, відокремленість судової влади впливає з її незалежності і самостійності. Автор тлумачить це положення в контексті, що суди утворюють досить автономну систему, що включає й інші підрозділи, які забезпечують судову владу [11, с. 21]. Очевидно, що під час подібного дефініціювання ознаки судової влади акцентовано увагу на розумінні структури й органів судової влади, тому визначення дещо переобтяжене.

Стосовно ототожнення цієї ознаки із подібним принципом функціонування судової влади слід зауважити, що останній неодноразово був предметом дослідження у вітчизняній правовій науці. У цьому контексті варто зазначити про фундаментальну роботу доктора юридичних наук В.В. Городовенка щодо принципів судової влади [4], до цієї теми звертався і доктор юридичних наук, професор Р.В. Ігонін [5]. Також питання самостійності судової влади комплексно висвітлено в одному з новітніх дисертаційних досліджень В.І. Потапенка [12]. Однак донині в юридичній науці відбувається ототожнення систем ознак судової влади та принципів її організації.

Так, аналіз зазначених наукових досліджень дозволяє констатувати, що розмежування цих понять можливе під час дослідження їх правової природи. Внаслідок проведеного аналізу можна стверджувати, що принцип – це загальна вимога до побудови, організації та функціонування судової влади та її структури, тоді як ознака є фундаментальною характеристикою судової влади як державно-правового явища та відповідного юридичного поняття. Очевидно, що ознака є первинною стосовно принципу, який уточнює питання функціонування судової влади. Якщо порівнювати ці категорії, то ознака є статичною характеристикою поняття, а принцип відображає динаміку його функціонування.

Ще одним питанням, що потребує визначення в контексті характеристики цієї ознаки судової влади є аналіз відповідних наукових позначень. Так, етимологічне значення термінів *незалежний* та *самостійний* згідно з даними Академічного тлумачного словника є тотожним: *незалежний* – "1. від кого-чого і без додатка. Який не залежить від кого-, чого-небудь, не підкоряється комусь, чомусь. // Самостійний, рішучий у поведінці, діях і т. ін. (про вдачу, характер людини). // Який виражає або свідчить про самостійність у поведінці, вчинках і т. ін. 2. Самостійний у міжнародних відносинах та у внутрішніх справах; суверенний" [15, с. 308]; *самостійний* – "1. Який не перебуває під чиєюсь владою; не підпорядкований, не підлеглий кому-, чому-небудь (про держави, політичні організації тощо). // Вільний, незалежний. // Здатний діяти сам, без сторонньої допомоги або керівництва; здатний на незалежні дії, вчинки і т. ін. // Власт. незалежній людині. 2. Відособлений від інших; який в ряді інших має значення сам по собі; окремих. 3. Який здійснюється своїми силами чи з власної ініціативи, без сторонньої допомоги або керівництва. // Побавлений сторонніх впливів; оригінальний" [16, с. 46]. З огляду на зазначене, надання усіх однорідних за значенням характеристик у назві відповідної ознаки судової

вої влади прогнозовано переобтяжить понятійний апарат теоретико-правових основ судової влади. У цьому сенсі доцільно обмежитися тією, що найповніше відображає відповідний рівень ознак.

Так, поняття незалежний, самостійний та суверенний у юридичній науці мають різні контексти слововживання, тоді як у відповідній науково-довідковій літературі їх, зазвичай, визначено синонімами [3]. Для застосування співвідношення в теорії судової влади також слід здійснити аналіз наявних підходів. У цьому контексті імпонує думка П. Афанасьєва, який обґрунтував концепцію щодо доцільності застосування терміна *незалежний* щодо держави, а *суверенний* щодо суспільства цієї держави [1]. Застосовуючи таке бачення до теоретичних положень судової влади, можна запропонувати використання терміна *незалежний* щодо держави загалом, а стосовно характеристики ознак складових державної влади (зокрема судової влади) – *самостійний*. При цьому, очевидно, що зазначену *самостійність* завжди обмежено конкретною структурою державної влади. Так, під час застосування трискладової демократично-правової теорії державної влади в державній практиці, зазначена "самостійність" судової влади співвідноситься з іншими складовими державної влади (механізми "стримувань і противаг"). Таким чином, характеризуючи цю ознаку судової влади як складової державної влади, доцільно вживати термін *відносна самостійність*.

Ще однією ознакою цього рівня є так званий вольовий характер судової влади. Одним із варіантів термінологічного позначення цієї ознаки є також "примусовий характер влади" [17, с. 14]. Природа цієї ознаки пов'язана з первинним поняттям щодо судової влади – владою. Так, у Юридичній енциклопедії державну владу визначено як вид публічної політичної влади, що здійснюється державою та її органами, здатність держави підпорядковувати своїй волі поведінку людей та діяльність об'єднань, що розміщені на її території [14]. Іншими словами, їй притаманні всі характеристики вихідного поняття "влади". Крім того, внаслідок заздалегідь проведених досліджень правової природи судової влади було обґрунтовано, що як складова державної влади вона забезпечується "потенційними можливостями" тієї чи іншої держави, необхідними для її реалізації. Тобто, має імперативний характер, притаманний усім видам влади, у межах конкретно-визначеної держави. Таким чином, можна констатувати етимологічну особливість входження мовних і семантичних характеристик терміна *влада*, зокрема таких як "сила" та "змога (можливість)", до усіх похідних понять, включно із поняттям "судова влада" [2, с. 97–108]. Зазначеними особливостями обґрунтовано цю ознаку судової влади у другому рівні відповідної системи.

Однак, з огляду на семантичні особливості та специфіку юридичної термінології, слід зауважити про необхідність заміни поширеного використання термінологічного словосполучення "вольовий характер". Його морфологічна специфіка свідчить про приналежність до персоніфікованих суб'єктів. Для характеристики ознаки судової влади можна запропонувати термінологічне позначення "імперативні характеристики судової влади", яке відображає специфіку цього предмета дослідження повною мірою.

Серед інших ознак, які можна віднести до змістовно-подібних із запропонованою ознакою імперативних характеристик судової влади слід зауважити про цілеспрямованість влади, регулююче й організаційне призначення та примусовий характер [17]. Однак на нинішньому етапі дослідження державної влади та судової влади як її складової, можна стверджувати, що вони охоплюються

ознакою "імперативних характеристик судової влади", як загальнішим поняттям.

Важливою ознакою цього рівня є легітимність, тобто характеристика, що виражає співвідношення інтересів суспільства конкретної держави із діяльністю складових державної влади. Її значення щодо різних складових державної влади свого часу обґрунтовано професором Ю.О. Фрицьким [19].

Також серед ознак судової влади як складової державної влади слід згадати універсальність, тобто поширення її дії на усю територію конкретно-визначеної держави, у межах якої функціонує відповідна державна влада та її складова – судова влада. Цю ознаку державної влади описано в деяких сучасних наукових підходах [13, с. 95].

Також однією з основних ознак цього рівня є нормативність (нині розповсюджений термін для позначення цієї ознаки – "легальність"). Тобто, судова влада, як і будь-яка інша складова державної влади, функціонує в межах юридично-визначених і закріплених норм права.

Таким чином, серед основних ознак судової влади як складової державної влади слід виокремити державний характер, відносну самостійність, імперативні характеристики судової влади, легітимність, універсальність, нормативність.

Серед основних ознак судової влади, які відображають її власну специфіку, слід виокремити особливості структури правовідносин судової влади, зокрема її специфічний суб'єктно-об'єктний склад, спеціальну предметну сферу судової влади, ситуативний характер в основі функціонування судової влади тощо.

Список використаних джерел

1. Афанасьев П. О соотношении понятий суверенитет и независимость / П. Афанасьев [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.proza.ru/2014/02/05/1263>.
2. Булкат М.С. Деякі питання теоретико-правової природи та сутності судової влади / М.С. Булкат // Держава і право: зб. наук. праць. Серія: Юридичні науки. – К. : Вид-во "Юридична думка", 2016. – Вип. 70. – С. 97–108.

3. Всесвітній словник української мови [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://uk.worldwidedictionary.org/самостійний#Словник_синонімів.

4. Городовенко В.В. Принципи судової влади: автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.10 / В.В. Городовенко; Національний ун-т "Юридична академія України ім. Я. Мудрого". – Х., 2012. – 40 с.

5. Ігонін Р.В. Принципи судової влади [Електронний ресурс] / Р.В. Ігонін // Вісник Академії адвокатури України. – 2011. – Число 1. – С. 24–29. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vaau_2011_1_4.

6. Марченко М.Н. "Проблеми загальної теорії держави й права": у 2 т.: Держава: підруч. для вузів. – М., 2008. – 837 с.

7. Організація державної влади в сучасному світі: конституційно-правова енциклопедія / О.М. Бориславська, С.В. Різник. – 2-ге вид., стереотип. – Л.: ПАІС, 2013. – 456 с.

8. Організація роботи судових і правоохоронних органів : конспект лекцій із дисципліни [Електронний ресурс] / укл.: Т.М. Ковалевська, С.В. Белан. – АЦЗ України, 2005. – 96 с. – Режим доступу: <http://www.vuzlib.su/ospro/2.htm>.

9. Погорілко В.Ф. Публічна влада / В.Ф. Погорілко // Юридична енциклопедія: в 6 т. – К.: Укр. Енцикл., 2003. – Т. 5. – 280 с.

10. Політологія: підруч. / за заг. ред. І.С. Дзюбка, К.М. Левківського. – К.: Вища школа, 1998. – 304 с.

11. Поняття та ознаки судової влади / У.А. Мірінович // Наукові записки Львівського університету бізнесу та права. – 2012. – Вип. 8. – С. 20–23.

12. Потапенко В.І. Самостійність судової влади: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.10, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого / В.І. Потапенко. – Х., 2015. – 18 с.

13. Протасов В.Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства: вопросы и ответы / В.Н. Протасов. – М.: Новый Юрист, 1999. – 240 с.

14. Рабінович П.М. Державна влада / П.М. Рабінович // Юридична енциклопедія: в 6 т. – К.: Укр. Енцикл., 1999. – Т. 2. – 380 с.

15. Словник української мови: в 11 томах // Інститут мовознавства ім. О.О. Потебні АН УРСР / гол. ред. кол. І. К. Білодід. – К.: Наукова думка, 1970–1980. – Т. 5. – С. 308.

16. Словник української мови: в 11 т. / Інститут мовознавства ім. О.О. Потебні АН УРСР / гол. ред. кол. І.К. Білодід. – К.: Наукова думка, 1978. – Т. 9. – С. 46.

17. Судова влада: монограф. / І.Є. Марочкін, Л.М. Москвич, І.В. Назаров та ін.; за заг. ред. І.Є. Марочкіна. – Х.: Право, 2015. – 792 с.

18. Судострой України: підруч. / С.В. Ківалов, Ю.Є. Полянський, М.В. Косюта, В.В. Долежан; за ред. С.В. Ківалова. – К.: Юрінком Інтер, 2011. – 384 с.

19. Фрицький Ю.О. Теоретичні засади державної влади в Україні: автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.02 / Ю.О. Фрицький; Ін-т законодавства Верховної Ради України. – К., 2009. – 38 с.

Надійшла до редколегії 07.02.17

М. Булкат, канд. юрид. наук, начальник управління юридичного забезпечення суда
Вищий спеціалізований суд України по розгляду цивільних і кримінальних справ, Київ

СИСТЕМА ПРИЗНАКОВ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА

Представлены результаты научного анализа системы признаков судебной власти. Предложен авторский подход, в основе которого использование трехуровневой структуры. Обосновано, что первичным признаком является характеристика природы судебной власти как общего понятия и отображения направленной деятельности в конкретно-определенной сфере властного регулирования – по поводу установления справедливости. Этот уровень характеризует назначения государственно-правового явления и соответствующего юридического понятия. Среди основных признаков судебной власти второго уровня – как составляющей государственной власти, предложено определять ее государственный характер, относительную самостоятельность, императивные характеристики судебной власти, легитимность, универсальность, нормативность. Среди основных признаков судебной власти, которые отражают ее собственную специфику (третий уровень), отмечено особенности структуры правоотношений судебной власти, в частности специфический субъектно-объектный состав, специальную предметную сферу судебной власти, ситуативный характер в основе функционирования судебной власти и др.

Ключевые слова: государственная власть, судебная власть, признак судебной власти, система признаков судебной власти.

M. Bulkat, Doctor of Law, Head of Department legal support court
Supreme Court of Ukraine Civil and criminal cases, Kyiv, Ukraine

THE SYSTEM FEATURES THE JUDICIARY: THEORETICAL AND LEGAL DESCRIPTION

The results of scientific analysis on the features of the judicial power. A architectural approach, based on the use of three-tier structure. Proved that the primary feature is the characteristic nature of the judicial power as a general concept and display activities specific to the specific field of powerful regulation – on the establishment of justice. This level describes the purpose of state-legal phenomenon and the relevant legal concepts. The main features of the second level of the judicial power – as part of the state power proposed to define its national character, relative autonomy, compelling characteristics of judicial power, legitimacy, universality, normativity. Among the main features of the judicial power, reflecting its own specificity (third level), these features legal structure of the judicial power, in particular the specific subject-object structure, special substantive scope of judicial power, situational the functioning of the judicial power, etc.

Keywords: state power, judicial power, the feature of the judicial power, the system of the features of the judicial power.

УДК 340.1

О. Кобан, канд. юрид. наук, асист.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ПРАВОВІ ОБМЕЖЕННЯ ТА САМООБМЕЖЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ

Розглянуто деякі питання обмеження державної влади за допомогою права. Обґрунтовано необхідність існування таких обмежень, проаналізовано окремі аспекти обмеження державної влади. Зроблено спробу висвітлення визначальних моментів обмеження державної влади, для чого досліджено наукову еволюцію підходу до зазначеного питання та розглянуто деякі сучасні аспекти обмеження державної влади з погляду дотримання прав людини.

Ключові слова: державна влада, право, обмеження, самообмеження, суспільство.

Досягнутий людством рівень суспільного розвитку потребує відповідної "якості" державної влади. Влада як явище багатовимірне та суперечливе, завжди буде необхідним елементом соціальної системи. Однак за відсутності відповідних обмежень влада здатна перетворитися на самодостатню руйнівну силу, що прагне до ще більшого зростання та підпорядкування над усіма. На цьому тлі в людей виникає жадоба влади та наживи, поширюється беззаконня, народжується і процвітає корупція, які згодом переростають в тотальне свавілля та диктатуру.

Як показує практика, коли держава відмовляється від дотримання норм права, на такий же шлях стають і інші суб'єкти соціальної системи. Побудова ж правової держави завжди висуває на передові позиції проблему обмеження держави правом, встановлення меж державної влади задля ствердження в суспільстві гуманістичних ідей про людину, її права та свободи. Ідея обмеження влади – фундаментальний принцип правової держави.

Межі державної влади завжди були важливим критерієм оцінки діяльності держави, політико-правової системи загалом, методів їх функціонування. Це дає можливість виявити напрями необхідних перетворень у діяльності державної влади, необхідних структурних змін у механізмі держави. За цих умов аналіз різноманіття юридичних, політичних, етичних й інших соціальних явищ є важливою умовою ефективності державно-правового регулювання, дозволяє визначити матеріальні і юридичні межі влади. Захист особи від необґрунтованого втручання та зловживання з боку публічної влади потребує формування цілісної концепції її обмеження.

Як зауважував С.А. Дроботов, "в умовах демократичної і правової держави всі публічно-владні відносини є предметом впливу з боку регулятивної функції права, так само як і інші відносини... на жаль, в умовах неусталених демократій перше, що підпадає під загрозу, – це нормальне функціонування права, коли його функції реалізуються не в повному обсязі або зі значними спотвореннями" [1, с. 49].

Без теоретичного осмислення вищезазначених проблем досягнути ефективного функціонування державної влади в демократичному суспільстві неможливо. Між тим, динаміка суспільних змін вимагає постійного наукового переосмислення як нових виявів державної влади у сучасних умовах, так і співвіднесення їх із тими правовими обмеженнями, що існували дотепер і потребують "реконструкції" за сучасних умов, для пристосування до мінливих умов функціонування самої державної влади.

З огляду на це досліджуване питання має комплексний, багатоаспектний характер, оскільки не обмежується сферою суто правовою, а потребує залучення знань політичної, соціологічної, філософської галузей наук. Вичерпного системного дослідження проблема обмеження державної влади в юриспруденції ще не отримала, але це не означає, що зазначена тема в тому чи іншому ракурсі не висвітлювалася теоретиками права.

До питань обмеження державної влади у своїх працях зверталися і такі українські науковці, як О.М. Бориславсь-

ка, Ф.В. Веніславський, О.І. Вернік, С.П. Головатий, Р.В. Гринюк, А.П. Заєць, В.В. Ковальчук, М.І. Козюбра, В.В. Костицький, А.Р. Крусян, В.В. Ладиченко, А.Р. Мацюк, Ю.М. Оборотов, С.П. Погребняк, Д.Є. Прокопов, С.П. Рабінович, М.В. Савчин, В.М. Селіванов, О.Ф. Скакун, П.Б. Стецюк, В.І. Тимошенко, В.Л. Толстенко, Ю.О. Фрицький, В.М. Шаповал, С.В. Шевчук, Ю.С. Шемшученко та ін.

Проблематика правових обмежень державної влади досліджується і низкою зарубіжних учених та філософів, таких як: Т.Р.С. Аллан, Л. Бальцерович, Г.С. Беляєва, Л.І. Веленто, О.С. Вирлеєва-Балаєва, Ф.А. фон Гайек, І.С. Демидова, Р. Дворкін, М.М. Єршов, І.Ю. Козліхін, Р.В. Косов, Б. Леоні, О.В. Малько, В.С. Нерсисянц, С.В. Поляков, М.М. Султигов, Д.В. Мілушев, Т.В. Мілушева, Р. Нозік, Г. Радбрух, Дж. Сарторі, Б. Таманага, О.О. Троїцька, І.С. Філіппова, В.О. Четвернін, А. Шайо, Б. Янку.

Очевидно, що дослідження цієї проблеми не можна здійснювати поза з'ясуванням історичних умов виникнення і розвитку ідеї обмеження державної влади. Історичний аналіз дозволяє виявити конкретні умови і причини, що активували дослідження питань обмеження державного втручання в суспільне та приватне життя; дослідити запропоновані й апробовані на практиці механізми такого обмеження; виявити можливості запозичення їх елементів та застосування в нових умовах; простежити динаміку та тенденції розвитку в теорії та практиці функціонування моделей правової держави.

Характерно, що правова думка упродовж усього періоду свого розвитку не була єдиною щодо розуміння самої можливості правового обмеження державної влади правом.

У межах нашої статті реалізується спроба дослідити об'єктивну природу меж державної влади, розглянути конституційно-правовий механізм обмеження функціонування державної влади, показати значення прав і свобод людини та громадянина, конституційних обов'язків держави й інших правових механізмів у системі контролю, стримування та поділу державної влади.

Уже сама наявність правового регулювання організації та здійснення державної влади передбачає певне її впорядкування: з одного боку, це організаційне та змістовне зміцнення владних інститутів, наділення їх компетенцією, а, з іншого боку – обмеження влади певною системою правових норм.

Щодо ж іншого аспекту – обмеження державної влади системою правових норм, доводиться говорити про правові обмеження державної влади в буквальному сенсі слова.

Хоча, у широкому розумінні, право обмежує державну владу вже через саме її конституювання (конституювання держави як такої), при визначенні способів, механізмів організації та діяльності державної влади загалом, при встановленні компетенції її органів, цілей її діяльності, повноважень посадових і службових осіб, моделей і каналів взаємозв'язку всередині системи державної влади тощо [2, с. 13].

Дослідження проблеми обмеження державної влади не може здійснюватися в межах одного типу праворозуміння. З погляду юридичного позитивізму держава має правову природу і самообмежується нею ж створеним правом. Природно-правова доктрина виходить із первинності природного права, невідчужуваності прав людини, які є обмежувачами всевладдя держави, критеріями позитивного права. З позицій психологічного підходу до права і держави влада держави простягається настільки, наскільки громадяни усвідомлюють себе від неї залежними. Уявлення підвладних про державу, їх ставлення до права, до особистої та суспільної свободи обумовлюють відповідне обмеження державної влади. Соціологічна юриспруденція межею державної влади визначає завдання влади – громадські інтереси, загальне благо, загальну користь і добробут. Структурою, що обмежує владу, є саме суспільство.

На перший погляд здається, що обмеження державної влади як явище має двоїстий і навіть суперечливий характер. З одного боку, воно є безумовним благом, оскільки за його допомогою забезпечується реалізація і захист прав людини. З іншого ж боку, зрозуміло, що сама державна влада має бути достатньо міцною, аби забезпечити таку реалізацію та захист можливістю застосування заходів державного примусу [3, с. 114].

На таку двоїстість державної влади звертали свою увагу багато вчених, зокрема Р. Ієринг, який зауважував, що "слабкість влади – це смертний гріх держави, який менше прощається керівникам, аніж жорстокість та свавілля" [4, с. 47]. У цьому ж контексті пригадується також ще один вислів, що належить відомому англійцю лорду Дж. Актону: "влада розбещує, абсолютна влада – розбещує абсолютно" [5].

Отже, зрозуміло, що державна влада об'єктивно потребує обмежень, оскільки має ризик переродитися у стихійне та некероване явище, позбавлене свого призначення – служіння інтересам суспільства, а також здатне зазіхнути на руйнування самої правової системи.

Наведені загальнометодологічні застереження є необхідним підґрунтям для аналізу підстав обмеження державної влади загалом та правових її обмежень зокрема.

Своєрідність і специфіка правових обмежень стосовно державної влади полягає в тому, що на державному етапі розвитку людської цивілізації держава сама поступово дедалі більше перебирає на себе функції правотворення. Таким чином, право дедалі більше поєднується з державною владою, її правотворчою діяльністю. За таких умов важливо дослідити методологічні засади обмеження державної влади самим правом з погляду внутрішньої суперечливості чи несуперечливості самої згаданої можливості у принципі.

Сучасне трактування питання про обмеження влади держави при всій своїй новизні й особливостях, обумовлених сформованим рівнем і характером державної влади, опирається на багатий попередній досвід у галузі правових форм організації державного життя суспільства.

Починаючи з давніх епох, одночасно з розумінням феномена держави, мислителі в тому чи іншому аспекті ставили і намагалися врегулювати питання зв'язаності державної влади. У працях багатьох учених ця проблема була ключовою, її осмисленню присвячені спеціальні дослідження.

До аналізу обмеження зверталися мислителі різних епох. За Аристотелем, обмеження – це кінцеве; при цьому обмежене завжди межує із чимось, ціле для Аристотеля – безперервне й обмежене. Для І. Канта "обмеження – реальність, пов'язана із запереченням". Гегель вважав, що "бути людиною, означає мати обмежений дух й обмежену перспективу життя", що правильно

як для індивідуальної людини, так і для суспільства, людства загалом. "Обмеженість особливого народного духу стає законом людського життя і її межею", а держава постає "як обмежене в усіх сенсах земне життя народу" [6, с. 86; 7, с. 468].

Існувала низка правових концепцій, які принципово заперечували саму можливість обмеження державної влади правом, зазвичай зводячи саме право до ролі інструменту державної влади. За таких обставин логічним був би висновок, що право не може обмежувати своє "джерело". Цей підхід, зокрема, ґрунтувався на розумінні винятково державного походження права, його інструментальної ролі в руках державної влади, яким остання, відповідно, ніяк не зв'язана. Цей підхід обґрунтовував також фіктивність прав людини як самостійного правового явища, чітко прив'язуючи їх до волевиявлення держави та надавав перевагу саме об'єктивному, позитивному праву, зокрема втіленому в нормативно-правових актах. Такий підхід був ані єдиний, ані єдино можливий.

Проблематику правового обмеження державної влади методологічно виправдано та практично доцільно розглядати лише в розрізі визнання відповідними концепціями самої можливості такого обмеження – безвідносно до форм, методів і способів таких обмежень тощо.

Неможливо охопити все різноманіття ідейних елементів проблеми обмеження державної влади. Однак цілком очевидно, що, незважаючи на широку палітру відтінків, ідея обмеження влади як система поглядів має загальні методологічні позиції, базується на універсальних принципах (права людини, верховенство права, зв'язаність влади законом, поділ влади, відповідальність держави). Це дозволяє їй претендувати на самостійне концептуальне оформлення.

Насамперед, в історії правової думки все ж більш вагомим та переконливим був той науковий підхід, що ґрунтувався на розумінні позадержавного і навіть додержавного походження права як такого. До того ж, за такого підходу, обґрунтовувалося, зазвичай, і позадержавне походження прав людини як суб'єктивних прав. Роль держави в цьому процесі не применшувалася, але і не перебільшувалася. Зокрема, така роль держави зводилася до функції або захисника негативних прав (концепція ліберальної держави), або до ролі утверджувача та гаранта як негативних, так і позитивних прав загалом (концепція неоліберальної, або сучасної соціальної правової держави).

Перші ідеї обмеження державної влади правом можна, як не дивно, помітити вже в часи античності та середньовіччя, хоча право як соціальний регулятор тоді ще не повністю відокремилось від інших соціальних регуляторів. З іншого боку, право досить часто розглядали як своєрідну еманацию вищого божественного закону, якому мають підпорядковуватися всі люди та людські установи, у тому числі і держава.

Класичним у цьому сенсі є відомий вислів святого Августина, який наголошував, що держава, яка виходить поза межі божественних настанов (справедливості, добра тощо), перетворюється на ватагу розбійників. Зрозуміло, що право ще не позбулося на той час свого релігійного значення і не стало світським, а тому дуже часто виступало в релігійних "шатах". Вищим правом вважався Божий закон, а потім уже людське право (порівняйте із думками київського митрополита XI ст. Іларіона про "закон і благодать").

Згодом ці думки оформилися у природно-правові вчення, які, починаючи з XVI–XVII ст., виходили з того, що позитивне право – право держави має підпорядковуватися праву природному і не виходити за його межі.

Відтак, право почали ототожнювати з упорядкуванням суспільних відносин, що об'єктивно протистоїть державній сваволі. Як зазначав М.І. Палієнко, "природне право завжди і всіма визнавалося межею і для самої суверенної влади" [8, с. 40].

Усе ж варто погодитися з тими вченими, які, відводячи певне місце виникненню ідей щодо обмеження державної влади правом у часи античності та Середньовіччя, наполягають на тому, що активна розробка питань про зміст і форми правового обмеження державної влади, обмеження держави правовими регуляторами, питання про обсяг виконуваних державою функцій почалася активно впроваджуватися саме в модерну добу і була пов'язана, насамперед, із прагненнями нових соціальних сил (зокрема новонародженої буржуазії), зацікавлених у встановленні нового державного ладу, який би ґрунтувався на державно-правових засадах, відмінних від феодальних.

Ідея меж діяльності державної влади пройшла три-валлий шлях розвитку. Вона займала кращі уми людства з тих пір, як з'явилася держава. Її осмислення актуалізувалося в епоху перших буржуазних революцій у Західній Європі, наростало в добу Просвітництва, а потім у Нову добу. Саме в Нову добу така розробка представлена в найбільш концентрованому вигляді як наслідок зосередження і взаємного доповнення багатьох ідей, часто сформульованих у межах різних політико-правових теорій, зокрема концепцій природного права, суспільного договору тощо. Представники раннього лібералізму В.Ф.К. Гумбольдт, Е. Лабуле присвятили цій проблемі спеціальні дослідження.

Необхідністю для держави є опора на право, яке є перешкодою безмежної свободи, завдяки властивості "визначати та зберігати кордони" воно стає закономірністю для свободи. Ще мислителі епохи Просвітництва визначали право як "міру" свободи. Т. Гоббс зазначав: "Закони придумані не для припинення людської діяльності, а для її спрямування, подібно тому, як природа створила береги не для того, щоб зупинити течію річки, а щоб направляти її. Міра цієї свободи має визначатися благом громадян і держави". Ш.-Л. Монтеск'є констатував, що "Свобода є правом робити те, що дозволено законом" [9, с. 74].

У XX ст. проблема правового обмеження державної влади актуалізувалася у зв'язку з теорією та практикою новопосталих тоталітарних режимів. Природною реакцією на політико-правові ідеології тоталітаризму стали концепції, що захищали демократичні цінності цивілізації, традиційну ідею парламентаризму, правової держави, а також теорії плюралістичної демократії і "дифузії влади", що по-різному обґрунтовували обмеження всевладдя держави правами інститутів громадянського суспільства.

У методології наукового пізнання особливу роль відіграє філософська складова, що дозволяє розкрити сенс обмеження держави правом за рахунок тлумачення категорій свободи та необхідності, що виражають співвідношення між цілями, змістом, формами діяльності держави й обумовлюються об'єктивними закономірностями суспільного розвитку. У цьому зв'язку не можна не наголосити, що межі й обмеження державної влади правом ніколи не були сталою величиною, вони відносні і досить рухливі, перебувають у постійній динаміці. Це обумовлено тим, що чинники, які впливають на визначення правових обмежень державної влади ніколи не утверджують себе відразу. Звідси випливає динамізм і стабільність правових обмежень державної влади, що змінюються разом зі зміною відповідних правових регуляторів, які, у свою чергу, трансформуються у зв'язку зі зміною відповідних соціальних умов.

Найбільш конструктивною є філософська позиція, за якою свобода і необхідність розглядаються діалектично як протилежності, які не виключають одна одну, а перебувають у гармонійній єдності. Діалектичним протилежностям властива єдність, взаємозв'язок: вони взаємодоповнюють одна одну, взаємопроникають. Відносини між діалектичними протилежностями мають динамічний характер. Вони здатні переходити одне в інше, мінятися місцями. Їх взаємна зміна призводить до трансформації самого предмета, сторонами якого вони є.

Діалектичні суперечності займали центральне місце у філософії Гегеля. Вирішальне значення він приділяв різноманітним опосередкуванням протилежностей у соціальних процесах розвитку суперечностей. Важлива його ідея про те, що при слабкому розвитку структур, які опосередковують відносини полярних сил, сторін суспільного життя, стає реальною загроза зіткнень протилежностей. Застосовуючи цей посил до цього питання, можна стверджувати, що нерозвиненість структур громадянського суспільства і деспотичність держави або навпаки – слабкість державних структур і надмірність громадянського суспільства можуть призвести до зіткнення їх інтересів. Зважаючи на це, баланс свободи і необхідності – одна з умов сталого розвитку соціуму.

Крім того, зміст, спрямованість і форми здійснення функцій держави визначаються як єдністю об'єктивних і суб'єктивних моментів та, у підсумку, обумовлені закономірностями, що детермінують зміст і специфіку правових обмежень державної влади.

Питання про правові обмеження державної влади завжди продуктивно досліджувати через призму співвідношення типів праворозуміння [10].

Так, за допомогою психологічного підходу до права і держави можна стверджувати, що влада держави сягає тих меж, у яких самі громадяни усвідомлюють себе залежними від державної влади (М.М. Коркунов, С.Р. Котляревський, М.І. Лазаревський, Л.І. Петражицький) [11]. Так, зокрема, М.М. Коркунов відзначав, що "владарювання над нами держави та обмеження цього владарювання правом мають одну і ту ж підставу – у нашій свідомості, в усвідомленні залежності від держави і в усвідомленні цілої низки інтересів, що протиставляють інтересам влади та вимагають певного з ними розмежування" [12]. З огляду на це будь-яке усвідомлення особистої або суспільної свободи безумовно зумовлює відповідне правове обмеження державної влади.

Представники соціологічної юриспруденції (Л. Дюї, Р. Ієринг, С.О. Муромцев, Є. Ерліх, Р. Паунд) вважали мету державної влади методологічною основою, керуючись якою можна окреслити праві обмеження державної влади. Під метою державної влади вони розуміли загальне благо, спільну користь і добробут, моральну досконалість тощо. Проте і тут є небезпеки здійснення державної влади на власний розсуд, нав'язування індивідам свого розуміння свободи та соціального блага, примушування до цього блага навіть у супереччя їхній волі.

Суть позитивістських концепцій правового обмеження державної влади (за всіх відмінностей у наявних концептуальних побудовах різних представників позитивістської юриспруденції) полягає у спробі запропонувати ту чи іншу конструкцію самообмеження держави ним же створеним правом (Г. Еллінек, Р. Ієринг, П. Лабанд, Г.Ф. Шершеневич, А. Есмен та ін.), при цьому заперечується відмінність між правом і законом. Право зводиться до встановлених і захищених державною владою норм, абсолютизується воля законодавця, а сам зміст права виводиться за межі осмислення. З одного боку, держава є джерелом права, вивисується над ним, з іншого боку, у цьому свавільному праві мис-

ляться засоби для обмеження, зв'язування державної влади. Подібне самообмеження державної влади, таким чином, залежить від волі самої державної влади, яка вбачає в цьому певний інтерес [13]. При цьому гарантією правомірної поведінки державної влади, що вдається до самообмеження, на думку німецького правознавця Р. Іеринга, є правосвідомість (внутрішня гарантія) й органи юстиції (зовнішня гарантія). Межею розширення компетенції державної влади вважав визнання індивідуальної особистості інший німецький вчений Г. Еллінек, щоправда, зауважуючи, що не індивід визначає межу державної діяльності, а держава сама закріплює за особою певні права, які є вираженням інтересів і потреб індивіда.

Природно-правова доктрина виходить із первинності та невідчужуваності, невід'ємності прав людини. Межею всевладдя державної влади і критерієм позитивного права служать права людини, свобода, справедливість, вільне громадянське суспільство (Дж. Локк, Ш. Монтеск'є, Дж. Мілль, А. Токвіль, В. Гумбольдт, Е. Лабуле, Б. Констан, Г. Спенсер, П.І. Новгородцев, Б.О. Кістяківський, В.С. Соловйов та ін.). Спільна методологічна настанова усіх природно-правових концепцій полягає в розрізненні та критичному протиставленні права і закону. Щодо проблематики обмеження державної влади правом тут якраз і стверджується та обґрунтовується принцип верховенства права, який розуміється як апіорність природного права щодо позитивного, і, як наслідок, формуються критерії відповідності законів праву.

Як зауважує О.В. Поляков, величезне ідеологічне значення природного права в разі його внутрішнього прийняття полягає в моральному обмеженні можливостей державної влади свавільно зазіхати на свободу індивіда [13]. Теоретична та практична цінність концепцій природного права в дослідженні правових обмежень державної влади полягає в тому, що ідеї свободи, рівності, справедливості, гуманізму стоять над законом, стають метаюридичними критеріями позитивного права. Водночас такі критерії є розпливчастими, нечіткими, залежать від суб'єктивного сприйняття [14, с. 96].

Як впливає з аналізу відповідних концептуальних побудов, вони вміщували в себе як теоретико-правові аспекти (визначення права з погляду того чи іншого типу праворозуміння, і як наслідок поняття і характерні риси співвідношення права і держави, права і закону); індивідуально-правові (аналізували систему прав і свобод особи як елемент у взаємовідношенні права та держави); інституціональні (так чи інакше торкалися аналізу моделей державного устрою – актуальних або проєктованих; форм, методів і засад діяльності органів державної влади); праксеологічні (визначали межі правового регулювання на дану владу та її органи, розробляли рекомендації із поліпшення такого впливу тощо).

Утім, як свідчить критичний аналіз, ефективний механізм правового обмеження державної влади досі не запропонований жодною з наведених концепцій права і держави, у якій містяться як недоліки, так і переваги.

Методологічна настанова, що дозволяє реалізувати можливості права як найважливішого інструменту обмеження державної влади має полягати, очевидно, у певному синтезі позитивних напрацювань наявних концепцій праворозуміння.

Адже кожна з них, як справедливо зауважує В.В. Лапаєва, привносить щось корисне у скрабницю загальнолюдських знань про право, розкриваючи ту чи іншу його грань [15, с. 83].

Водночас, на думку Т.В. Мілушевої, саме в інтегративному правовому підході вбачаються продуктивні можливості об'єднати науково-практичні потенціали

різних типів праворозуміння щодо дослідження правового обмеження державної влади як складного правового феномена [16, с. 136].

Із цього погляду чіткі, пов'язані в систему правові обмеження, закріплені в позитивному праві, не повинні порушувати необхідних прав людини, усвідомлюватися адресатами як такі, що відповідають принципам справедливості, співмірності, інтересам людини і суспільства, загальному благу.

Характерно, що для правової думки питання правового обмеження державної влади постає як дихотомія правового обмеження як зовнішнього щодо держави встановлення меж її діяльності, та правового самообмеження, як внутрішнього обмеження державної влади нею ж самою.

Відповідно до першої позиції, державна влада обмежена правами людини насамперед як чимось зовнішнім щодо неї, тоді як за іншою концепцією обмеження державної влади криється в самих внутрішніх механізмах здійснення державної влади, опосередкованої правовими регуляторами.

Найпосплідовніше втілює ідею правового самообмеження державної влади концепція конституціоналізму, яка вивисує над державою конституцію як основний закон, а також конституційну ідеологію та конституційно-правову політику. Таке тлумачення наділяє правові регулятори, насамперед, конституцію як основний закон держави, зазвичай нею ж (уповноваженим державним органом) і прийнятій, властивостями вищої дієвості й обов'язковості.

У цьому контексті конституціоналізм розглядають як доктрину та практику обмеженого правління, протилежного за змістом державному свавілля. При цьому вважається, що таке правління уможливорюється за рахунок обмеження діяльності державної влади правом, зокрема найперше конституцією.

На думку О.М. Бориславської, конституціоналізм передбачає обмежене правління як свій складовий елемент, що скеровується на гарантування прав і свобод особи [17, с. 49].

А.Р. Крусян розуміє під конституціоналізмом ідеологію та практику самообмеження публічної влади на користь громадянського суспільства, прав, свобод та інтересів особи [18, с. 73].

А.Г. Пархоменко визначає конституціоналізм як "рух до правової конституційної держави, у якому конституція закріплює основні принципи демократичного конституційного ладу: народовладдя, верховенство права в житті суспільства, зв'язаність держави у своїй діяльності правовими законами, розподіл влади, державний суверенітет, федералізм, політичний плюралізм, різні форми економічної діяльності, світський характер держави, самостійність місцевого самоврядування" [19, с. 17].

М.В. Савчин вважає конституціоналізм такою системою правління, що визначає гарантії прав людини й основоположних свобод та організації публічної влади на засадах її поділу й обмеження свавільного застосування закону. При цьому він убачає основним юридичним механізмом обмеження державної влади поділ влади та судовий контроль за актами цієї влади" [20, с. 19].

О.Ф. Скакун називає конституціоналізмом "систему ідей, концепцій (реалізованих чи нереалізованих), спрямованих на пошуки державно-правових засобів, конструкцій і форм (розподіл влади, парламентаризм, виборча система, місцеве самоврядування), здатних запобігти узурпації публічної влади та безвідповідальності перед індивідами і суспільством [21, с. 44].

П.Б. Стецюк убачає сенс конституціоналізму в єдності конституційної ідеології та побудованої на ній націо-

нальної конституційної теорії, вітчизняного конституційного законодавства, конституційно-правової практики в Україні щодо прав і свобод людини, розподілу влади, парламентаризму, незалежного судочинства, конституційної юстиції, місцевого самоврядування, верховенства права, а також конституції та конституційної держави загалом [22, с. 232].

Ю.М. Тодика визначає конституціоналізм як систему "ефективно діючих конституційно-правових інститутів, націлених на забезпечення зв'язаності держави правом, реалізацію прав людини і громадянина, а також систему поглядів і переконань про конституцію, її соціальну сутність і призначення, про політико-правові цінності та їх утілення на практиці" [23, с. 231].

В.М. Шаповал поєднує конституційно-правові норми із практикою їх реалізації, вважаючи, що конституціоналізм передбачає насамперед самообмеження державної влади за допомогою конституції, яка передбачає відповідну практику регулювання суспільних відносин, задіюючи до цього конституційно-правові обмеження державної влади [24, с. 17].

С.В. Шевчук наголошує на значенні в системі конституціоналізму інструментів конституційної юрисдикції, покликаних обмежувати всевладдя державної влади і дотримується думки, що конституціоналізм передусім є "режимом функціонування державної влади відповідно до Конституції" [25, с. 140–141].

Тією чи іншою мірою подібні висловлювання щодо поняття, змісту та сутності конституціоналізму як утілення правових обмежень державної влади присутні у працях інших зарубіжних учених-конституціоналістів і політологів. Так, класичним вважається висловлювання англійського вченого С. Маклвейна про те, що "конституціоналізм, або верховенство права, є юридичним обмеженням держави та повною протилежністю свавільному правлінню" [26, с. 144].

Угорський учений А. Шайо визначає конституціоналізм як обмеження державної влади в інтересах громадського (суспільного) спокою. "Він намагається охолодити поточні пристрасті, не загрожуючи ефективності управління" [27, с. 20]. При цьому самі конституції, на його думку, є породженням страху перед невизначеністю: вони не стільки виконують функції соціальної інженерії, скільки функцію обмеження влади, яка і є основним лейтмотивом усієї системи конституціоналізму. Вони приймаються для взаємного обмеження прав людини та держави з метою обопільної користі [28, с. 11–16].

Е. Барендт говорить про конституціоналізм як про "віру в існування конституційних засобів щодо встановлення державних обмежень" [29, с. 131]. Польський дослідник М. Вирзиковські ототожнює поняття конституціоналізму з "новітньою концепцією конституційної правової держави" [30], а румунський конституціоналіст Б. Янку розглядає це поняття як "самообмеження держави індивідуальними правами, розподіл влади і конституційний (судовий) контроль" [31, с. 31].

Дж. Сарторі до структурних елементів конституціоналізму відніс верховенство права, судовий контроль над діями влади, незалежність судових органів та судів від законодавчої політики, незалежний і справедливий судовий процес, можливість судової влади творити право відповідно до встановленої процедури [32].

Американський правознавець Л. Генкін виокремлює кілька характерних ознак конституціоналізму: конституціоналізм ґрунтується на суверенітеті народу, який проголошується Конституцією; її найвища юридична сила – результат волевиявлення народу; воля народу є основою легітимзації діяльності держави; тільки народ ухвалює Конституцію, створює систему правління та відпо-

відає за її належне функціонування; б) Конституція є найвищим правом, а не програмним політичним документом; будь-які дії держави мають відповідати Конституції та здійснюватися в межах конституційних обмежень; в) Конституція має встановлювати представницьке правління, яке відповідальне перед народом на підставі загального всенародного періодичного волевиявлення; г) принцип народного суверенітету не є виключною основою конституціоналізму, окрім нього мають дістати юридичні гарантії принцип верховенства права, принцип державного правління на демократичних засадах, а також принцип обмеженого правління, поділу влади із системою стримувань і противаг; цивільний контроль за військовими силами, поліція здійснює свою діяльність на підставі закону, а суд контролює її діяльність; конституціоналізм передбачає незалежність суддів; д) наявність інституту конституційного контролю як судової гарантії Конституції; е) дія Конституції не може бути припинена або скасована; Конституція не може тлумачитися політичними органами та партіями; Конституція може бути змінена тільки за певною процедурою, яка відповідає встановленій конституційній моделі та забезпечує її жорсткість і верховенство стосовно інших правових актів; є) Конституції повинні гарантувати можливість певного маневру, який є необхідним для врахування конституційної традиції країни з метою конституціоналізації фундаментальних цінностей суспільства; ж) конституціоналізм потребує від держави гарантії та захисту конституційних прав і свобод, захищає особисті свободи від державного або іншого примусу [33, с. 152].

Визначальним для нього в конституціоналізмі є: правління відповідно до конституції; поділ влади; суверенітет народу і демократичне правління; конституційний контроль; незалежність правосуддя; обмеження суб'єктів владних повноважень правами людини; контроль над поліцією та цивільний контроль над військовими; державна влада, заснована на обмеженні владних функцій [34, с. 20].

Як видно, конституціоналізм як ідея і концепція містить досить деталізований підхід до правового обмеження державної влади, зокрема до структурування конкретних її правообмежень, насамперед на конституційному рівні.

Своєрідне продовження змістовно вона має в концепції верховенства закону, яка, зокрема, передбачає у різних своїх версіях або обґрунтування верховенства (суверенітету) законодавця як необхідного елементу забезпечення обмеження державної влади правом, або деталізацію вимог, адресованих переважно до органів виконавчої та судової влади, які повинні підпорядковуватися як формальним, так і змістовним обмеженням, визначеним, насамперед, у законі як акті парламенту.

Натомість наукові концепції, які обґрунтовують верховенство права ("правовладдя", за С.П. Головатим [35, с. 154–184]) виходять із концептуально інших передумов обмеження державної влади правом, а саме із пріоритетності суб'єктивних прав особи перед правами держави (у такий спосіб зберігаючи своєрідну інтелектуальну "правонаступність" від концепції природного права), застерігаючи, зокрема, що концепції верховенства конституції та/або закону мають своїм підґрунтям "вульгарний" позитивізм. Ця концепція так само містить у собі суттєвий науково-практичний потенціал, хоча на практиці застосування критеріїв верховенства права в ході правотворчої та правозастосовчої діяльності органів державної влади, звиклих до позитивістських тлумачень права та відповідних практик його застосування, за умов сучасної України виглядає вкрай ускладненим, суб'єктивістським.

Цілком очевидно, що, із практичного боку, корисним буде органічне поєднання обох згаданих підходів, що не означатиме, як ми вважаємо, їхнього еклектичного змішування.

Безумовно, слід підтримати позиції тих учених, які вважають права людини за сучасних умов об'єктивним обмежувачем державної влади, проте таким, що не протиставляється державній владі, не суперечить її інтересам, особливо в умовах функціонування демократичної правової держави, а ніби поєднується, сполучається з діяльністю ostatньої. Способом такого сполучення, на нашу думку, слід вважати концепцію народного суверенітету.

Відповідно до неї уже на первинному рівні у структуру державної влади (через конституційний принцип народного суверенітету) своєрідно "вбудовуються" права людини, що діють не так як зовнішня межа, а більше як внутрішній іманентний чинник. Адже, якщо сприймати беззастережно вищезгадану тезу Г. Єллінека щодо того, що держава у процесі свого формування і розвитку засад конституціоналізму поступово доходить до усвідомлення необхідності власного самообмеження, то елемент, що обмежує державну владу, виявляється завдяки принципу народного суверенітету та його конституційного закріплення, вбудованим у саму її структуру ще від самого моменту виникнення держави.

Отже, розглядаючи конституційну фіксацію народного суверенітету як вияву узагальненої волі людей щодо створення держави, можна твердити про те, що в такий спосіб державна влада самообмежується. Адже власне права людини в цьому контексті, не постають як дещо протиставлене державі, а як підґрунтя вже самої держави внаслідок реалізації народного суверенітету щодо утворення і функціонування цієї ж держави. Саме права людини через механізм "загальної волі" стають обмежувачем державу чинником, не виступаючи при цьому якимсь зовнішнім щодо державної влади інструментом [36, с. 260–261].

У цьому сенсі не можна погодитися з висновком П.І. Новгородцева в тому, що принципи, які надають обов'язкової сили актам самовизначення державної волі, лежать поза цією волею і над нею, керуючи нею і спрямовуючи її [37, с. 125–126].

Зрештою, ніхто інший, як сам Український народ самотістю, тобто, ні від кого не залежачи, здійснює владу в державі як безпосередньо, так і через відповідні органи державної влади (частина друга ст. 5 Конституції України) [38].

Водночас інструменти внутрішнього самообмеження державної влади за рахунок її розосередження (поділ державної влади, її децентралізація, інструменти забезпечення відповідальності органів державної влади перед особою тощо) так само регулюються правовими нормами і при цьому не виступають чимось зовнішнім щодо її діяльності. У цьому сенсі, очевидно, можна твердити про сучасні тенденції взаємодії, переплетення, взаємодоповнення інструментів правового обмеження та самообмеження державної влади.

Концепція самообмеження державної влади уможливорюється і тією підставою, що об'єктивно державна влада у своїх інституційних та функціональних аспектах репрезентується різними органами, що вмонтовані в єдиний державний механізм. Як відомо, такі органи не протиставляються один одному, але взаємодіють у моделі поділу державної влади, взаємно збалансовуючи діяльність державної влади загалом. Така взаємодія та збалансування відбуваються в чітко визначених законодавством і насамперед Конституцією правових межах.

Ці межі, у свою чергу, зумовлюють діяльність кожної з "гілок" державної влади, тим часом, як інші "гілки" "стримують" і "врівноважують" кожну окрему "гілку" влади в її практичній діяльності (концепція "стримувань і противаг"), досягаючи при цьому стану динамічного балансу, що зумовлюється в кожній конкретній ситуації унікальним поєднанням різноманітних об'єктивних і суб'єктивних, внутрішніх і зовнішніх, матеріальних і процесуальних, власне правових і тісно пов'язаних із ними політичних факторів.

Якщо ж торкнутися питання визначення поняття та способів правового обмеження державної влади, то із цього приводу в юридичній науці немає усталеної думки.

Так, М.М. Султигов під конституційно-правовими засобами обмеження державної влади розуміє передбачені конституційними нормами інструментарій (встановлення та/або тип технології), що виконує функції стримування державної трансгресії та сприяє встановленню балансу приватних і публічних інтересів у цілях підтримання оптимального стану функціонування соціуму [39, с. 256].

О.О. Троїцька визначає правові обмеження державної влади як імперативні засновані на конституції та здійснювані в установлених нею цілях та відповідно до визначених нею вимог нормативне звуження кола можливостей дій органу державної влади як суб'єкта конституційного права [40, с. 40].

М.М. Султигов відносить до правових обмежень державної влади механізм стримувань і противаг, інститути народовладдя (прямого та представницького), територіальне структурування публічної влади й інститут конституційного судочинства [41, с. 356].

О.О. Троїцька називає правовими обмеженнями державної влади принцип народовладдя, поділ влади та її децентралізацію [42, с. 114].

І.С. Філіппова вважає інструментами самообмеження державної влади принцип верховенства права, відповідальність держави перед особою та інститут прав людини [43, с. 180–184].

О.В. Малько та О.С. Вирієва-Балаєва відзначають такі правові обмеження державної влади, як взаємна відповідальність особи та держави, поділ влади по горизонталі (на "гілки" влади), поділ державної влади по вертикалі (децентралізація), верховенство закону, взаємна відповідальність особи та держави [44, с. 17–20].

На думку Т.В. Мілушевої, принцип зв'язаності влади правом означає встановлення меж правомірної діяльності (компетенції), а також обмеження негативної активності шляхом вилучення певних можливостей із їхнього правового статусу. Ці аспекти нерозривно пов'язані і впливають один на іншого, адже колізійність, прогалини в межах правомірної поведінки можуть стати джерелом зловживань з боку державної влади, її корумпованості тощо [45, с. 16].

Дослідниця також розвинула концепцію механізму правового обмеження державної влади, під яким вона розуміє нормативно визначений, динамічно функціонуючий комплекс органічно єдиних, логічно взаємопов'язаних юридичних засобів, що поетапно залучаються в регулювання сфери державної влади і спрямовані на забезпечення її ефективності, недопущення зловживань і протиправних дій, досягнення балансу інтересів особи, суспільства та держави. Вона ж запропонувала в такому механізмі виокремити регулятивні й охоронні, прості та комплексні, нормативні та правореалізаційні засоби [46, с. 16–17].

Водночас, окрім згаданих, у юридичній науці зустрічаються й інші, доповнювальні за характером і конкретизуючі за своїм змістом, підходи до правових обме-

жень державної влади. Зокрема, до їх відносять подолання правового нігілізму (О.М. Зрячкін); застосування сукупності правових обмежень з боку громадянського суспільства, самообмеження влади й обмеження влади міжнародними обмежувальними засобами; підвищення рівня правового виховання і правової культури суспільства; ухвалення шляхом референдумів нормативних актів, які б визначали статус державних службовців; створення контролюючого бюрократію спеціального державного органу; використання сучасних електронних засобів для контролю за діяльністю державних службовців та для зв'язків із громадськістю, ротацію управлінських кадрів; формування системи відповідальності посадових осіб органів державної влади (О.Є. Михайлов); посилення юридичної відповідальності органів державної влади та рівня правосвідомості їх посадових осіб (Ю.О. Подгорна); посилення участі громадянської у здійсненні окремих функцій державної влади (В.Є. Халіулін); доповнення правових обмежень етичними обмеженнями державної влади, які повинні застосовуватися в єдиному регулятивному комплексі (О.І. Цибулевська) тощо.

Аналізуючи ці й інші правові обмеження державної влади, О.С. Вирієва-Балаєва цілком слушно акцентував увагу на тому, що в конституції та поточному законодавстві слід закріпити саме систему правових обмежень державної влади, де кожен елемент буде виконувати свою функцію і, разом із тим, взаємодіяти з іншими елементами – право обмеженнями влади. Тільки системне використання правових обмежень допоможе протистояти сваволі державної влади, корупції чиновників, бюрократизму й іншим негативним соціальним виявам.

Як видно, науково-методологічний плюралізм у наведених вище поглядах вказує і на об'єктивну складність порушеної проблеми, і на її методологічну невичерпність, оскільки розвиток відповідних правових явищ, зокрема державної влади у її співвідношенні із правом, часто-густо суттєво випереджає відповідні дослідницькі спроби їх осмислення на належному науково-теоретичному рівні.

Державна влада нерідко вважає, що вона перебуває поза правом і в цьому її сила. Однак саме поширення сили права на саму владу робить її найбільш ефективною. Тільки в умовах самообмеження держава усвідомлюється не лише як суто політико-правове утворення, а як ціннісна система, здатна забезпечити гармонійне поєднання інтересів особистості, суспільства і самої держави.

Дієвим зовнішнім обмежувачем державної влади є громадянське суспільство. Вимагаючи практичної реалізації закріплених у Конституції і законах прав та свобод, суспільство тим самим зводить навколо себе кордони, які захищають його від зайвого втручання держави.

В основі системи громадянського контролю має бути ідеологія підконтрольності держави й абсолютності особистої гідності людини. Разом із тим, обмеження влади держави – не самоціль. Завдання суспільного контролю полягає в тому, щоб, обмежуючи владу, не сковувати її діяльність, а сприяти нормальному функціонуванню органів держави, виконання ними своїх обов'язків перед суспільством.

Список використаних джерел

1. Дроботов С.А. Функції права у розвитку демократичної і правової держави: монограф. / С.А. Дроботов. – К.: Логос, 2012. – С. 49.
2. Беляева Г.С. Необходимость и формы ограничения государственной власти: постановка проблемы / Г.С. Беляева // Научные ведомости Белгородского гос. ун-та. Серия: Философия. Социология. Право. – 2011. – № 14 (109). – Вып. 17. – С. 114.

3. Толстенко В. "Правова" та "політична" форма: діалектика співвідношення в правовій теорії держави / В. Толстенко // Юридична Україна. – 2014. – № 3. – С. 13.
4. Иеринг Р. Борьба за право / Р. Иеринг; пер. с нем. – М.: Изд-во "Феникс", 1991. – С. 47.
5. Акто́н Дж. История свободы в античности [Электронный ресурс] / Дж. Акто́н. – Режим доступа: http://www.polisportal.ru/files/puvlication/Starie_publicacii_Polisa/A/1993-3-Akton-Istoriia_svodbi_v_anti4nosti.pdf.
6. Кант И. Критика чистого разума / И. Кант. – Симферополь, 1998. – С. 86.
7. Ильин И.А. Философия Гегеля как учение о конкретности Бога и человека / И.А. Ильин. – СПб., 1994. – С. 468.
8. Пределы государственного вмешательства: теоретико-правовой аспект: / О.И. Верник, А.Б. Костенко, П.В. Куфтырев и др. – Киев: Ин Юре, 2004. – С. 40.
9. О Свободе // Антология западноевропейской классической либеральной мысли. – М., 1995. – С. 74.
10. Алаіс С.І. Проблема праворозуміння в основних школах права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С.І. Алаіс. – К., 2003. – 17 с.
11. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Серия: "Мир культуры, истории и философии" / Л.И. Петражицкий. – СПб.: Изд-во "Лань", 2000. – 608 с.
12. Научно-методологический семинар "Методология исследования проблем ограничения публичной власти" (Поволжский ин-т управления имени П.А. Столыпина – филиал Российской акад. нар. хозяйства и гос. службы при Президенте Российской Федерации, 28 октября 2014 г.) / О.И. Цибулевская, Т.В. Милушева, А.Е. Михайлов, Т.В. Касаева // Вестник Поволжской акад. гос. службы. – 2015. – № 1 (46). – С. 134–135; див. також: Поляков А.В. Государственно-правовое учение Н.М. Коркунова [Электронный ресурс] / А.В. Поляков. – Режим доступа: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1139770>.
13. Адыгезалова Г.Э. Правовая концепция американской социологической юриспруденции XX века (Роско Паунд, Толкотт Парсонс и Гарри Бредемейер): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Г.Э. Адыгезалова. – Ростов-на-Дону, 2004. – 26 с.; Глазырин В.А. Методологические основания становления социологии права в западноевропейской социологии XIX – начала XX веков: дисс. ... д-ра социол. наук / В.А. Глазырин. – Екатеринбург, 2006. – 381 с.; Румянцева В.Г. Социологическая юриспруденция в творчестве Р. фон Иеринга, С.А. Муромцева, Е. Эрлиха, Р. Паунда: автореф. ... дисс. канд. юрид. наук / В.Г. Румянцева. – СПб., 2002. – 28 с.
14. Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: курс лекций / А.В. Поляков. – СПб.: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. – С. 96.
15. Лапаева В.В. Правовой принцип формального равенства: антология научной мысли / В.В. Лапаева. – М., 2008. – С. 83.
16. Научно-методологический семинар "Методология исследования проблем ограничения публичной власти" (Поволжский ин-т управления имени П.А. Столыпина – филиал Российской акад. нар. хозяйства и гос. службы при Президенте Российской Федерации, 28 октября 2014 г.) / О.И. Цибулевская, Т.В. Милушева, А.Е. Михайлов, Т.В. Касаева // Вестник Поволжской акад. гос. службы. – 2015. – С. 136.
17. Бориславська О. Конституційна реформа як шлях формування в Україні конституційної системи обмеженого правління (на основі досвіду європейської моделі конституціоналізму) / О. Бориславська // Право України. – 2014. – № 7. – С. 49.
18. Крусян А.Р. Сучасний український конституціоналізм: монограф. / А.Р. Крусян. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – С. 73.
19. Пархоменко А.Г. Идеи российского конституционализма и их реализация в отечественном конституционном (государственном) праве. – М.: Молодая гвардия, 1998. – С. 17.
20. Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції: монограф. / М. Савчин. – Ужгород: Поліграфцентр "Ліра", 2009. – С. 19.
21. Мала енциклопедія етнодержавознавства / НАН України. Ін-т держави і права ім. М.В. Корещока; редкол.: Ю.І. Римаренко (відп. ред.) та ін. – К.: Довіра; Генеза, 1996. – С. 44.
22. Стецюк П. Основи теорії конституції та конституціоналізму / П. Стецюк. – Л.: Астролія, 2003. – Ч. 1. – 232 с.
23. Тодыка Ю.Н. Конституционное право Украины: учеб. пособие. / Ю.Н. Тодыка, О.Ю. Тодыка. – Х.: Райдер, 2003. – С. 231.
24. Шаповал В.М. Сучасний конституціоналізм: монограф. / В.М. Шаповал. – К.: Юридична фірма "салком"; Юрінком Інтер, 2005. – С. 17.
25. Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції / С. Шевчук. – К.: Український центр правничих студій, 2001. – С. 140–141.
26. Шевчук С.В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні: монограф. / С.В. Шевчук. – К.: Реферат, 2007. – С. 144.
27. Шайо А. Самоограничение власти (Краткий курс конституционализма) / А. Шайо; пер. с венг. – М.: Юрист, 2001. – С. 20.
28. Шайо А. Самоограничение власти (Краткий курс конституционализма) / А. Шайо; пер. с венг. – М.: Юрист, 2001. – С. 11–16.
29. Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. – С. 131.
30. Zasady podstawowe polskiej konstytucji / Red. W. Sokolewicz. – Warszawa, 1998. – S. 70; Стецюк П. Про дефініцію категорії "конституціоналізм" [Електронний ресурс] / П. Стецюк. – Режим доступу: <http://radnuk.info/component/content/article/24642-----qq--c.html>.

31. Янку Б. Конституціоналізм и Конституція Румунії 1991 года / Б. Янку // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 1999. – № 3 (28). – С. 31.
32. Sartori G. The Theory of Democracy Revisited / G. Sartori. – Chatham, New Jersey: Chatham House, 1987. – Р. 309; Стецюк П. Зазнач. праця.
33. Шевчук С.В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – С. 152.
34. Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції. – С. 20.
35. Головатий С. Верховенство права (правовладдя): як його тлумачить Венеційська комісія / С. Головатий // Право України. – 2011. – № 10. – С. 154–184.
36. Проблеми теорії конституційного права України: монограф. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К.: Парламентське вид-во, 2013. – С. 260–261.
37. Веніславський Ф. Конституційний лад та суспільний ідеал: до питання про базові цінності конституційного ладу України / Ф. Веніславський // Право України. – 2010. – № 2. – С. 125–126.
38. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 30. – ст. 141; Барабаш Ю. Установча влада Українського народу як конституційний феномен / Ю. Барабаш // Право України. – 2009. – № 11. – С. 73–84; Мірошніченко Ю.Р. Конституційно-правове забезпечення народовладдя в Україні: монограф. / Ю.Р. Мірошніченко; за ред. О.Л. Копиленка. – К.: Фенікс, 2012. – 360 с.; Тодика О.Ю. Народовладдя на трансформаційному етапі розвитку держави і суспільства: монограф. / О.Ю. Тодика; за ред.

О.В. Петришина; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х.: Право, 2007. – 480 с.; Шипілов Л.М. Народовладдя як основа демократичної держави: монограф. / Л.М. Шипілов. – Х.: Вид-во "ФІНН", 2009. – 216 с.

39. Султыгов М.М. Конституционно-правовой режим ограничения государственной власти: дисс. ... д-ра юрид. наук / М.М. Султыгов. – СПб., 2004. – С. 356.
40. Троицкая А.А. Конституционно-правовые пределы и ограничения свободы личности и публичной власти: дисс. ... канд. юрид. наук / А.А. Троицкая. – М., 2008. – С. 40.
41. Султыгов М.М. Конституционно-правовой режим ограничения государственной власти. – С. 356.
42. Троицкая А.А. Конституционно-правовые пределы и ограничения свободы личности и публичной власти: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / А.А. Троицкая. – М., 2008. – С. 114.
43. Филиппова И.С. Концепции ограничения государственной власти: теоретико-правовое исследование: дисс. ... канд. юрид. наук / И.С. Филиппова. – Нижний Новгород, 2006. – С. 180–184.
44. Малько А.В. Правовые ограничения государственной власти: понятие и система / А.В. Малько, О.С. Вырлеева-Балаева // Конституционное и муниципальное право. – 2010. – № 10. – С. 17–20.
45. Милушева Т.В. Пределы и ограничения государственной власти (теоретико-правовое исследование): автореф. ... дисс. д-ра юрид. наук / Т.В. Милушева. – Саратов, 2012. – С. 16.
46. Там же. – С. 16–17.

Надійшла до редколегії 07.02.17

О. Кобан, канд. юрид. наук, ассист.

Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, Киев

ПРАВОВЫЕ ОГРАНИЧЕНИЯ И САМООГРАНИЧЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

Рассмотрены некоторые вопросы ограничения государственной власти посредством права. Обоснована необходимость существования таких ограничений, проанализированы отдельные аспекты ограничения государственной власти. Предпринята попытка освещения определяющих моментов ограничения государственной власти, для чего исследована эволюция научных подходов к данному вопросу, рассмотрены некоторые современные аспекты ограничения государственной власти с точки зрения соблюдения прав человека.

Ключевые слова: государственная власть, право, ограничение, самоограничение, общество.

O.Koban, PhD in Juridical Sciences, Assistant

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE LEGAL LIMITATIONS AND SELF-LIMITATION OF STATE POWER

As known, society could not progress to a point where humans constantly looked out for a common good divorced from self-interest. The dynamics of social relations requires constant scientific analysis of new manifestations of state power. Up to now no law theory has worked out an effective mechanism of state power limitation. The movement towards a democratic, legal, social state actualizes the problem of limitation government by law.

The power has a contradictory nature, but idea of limitation of state power – the fundamental principle of the rule of law.

Many people disagree and the debate about the proper role of government persists to this day. Today, the most widely used constitutional models in the world. Limited government is a concept, in which governmental power is restricted by law, usually in a written constitution. Constitutional limits are based on the idea that the power of the law – the rules laid down by the people's representatives – is superior to the power of any individual or group. The separation of powers by means of a constitution ensures that no individual is able to dominate the government and create his or her own law. The constitution and the laws that grow out of it are a framework that cannot be broken and applies to all citizens. This article deals with the some problems of limiting and self-limiting of state power as well as the need for such. Particular attention is paid to the modern problems of limitation of government in a legal state. The article also contains definition and justification of limitation of government, analysis of particular forms of limitations, relevant ideas and scientific concepts.

Key words: state power, law, limitation, society, legal, government.

УДК 343.1

Е. Искендеров, канд. юрид. наук, доц.

Національний університет "Одеська юридична академія", Одеса

КРИМІНАЛЬНІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ГАРАНТІЇ ДЕТЕКТИВІВ НАЦІОНАЛЬНОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО БЮРО УКРАЇНИ ЯК СУБ'ЄКТІВ ДОКАЗУВАННЯ В ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ

На підставі аналізу положень чинного кримінального процесуального законодавства України та матеріалів практики досліджено проблемні питання реалізації кримінальних процесуальних гарантій детективів Національного антикорупційного бюро України як суб'єктів доказування в досудовому розслідуванні. Звертається увага на недоліки чинного кримінального процесуального законодавства України, проблемні питання їх застосування у практичній діяльності та пропонуються науково-обґрунтовано пропозиції щодо їх вирішення.

Ключові слова: детективи, Національне антикорупційне бюро України, отримання доказів, досудове розслідування, кримінальні процесуальні гарантії.

Національне антикорупційне бюро України (далі – НАБУ) є відносно новим органом досудового розслідування, діяльність якого спрямована на запобігання, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень, віднесених до його підслідності, а також запобігання вчиненню нових. Реалізація від-

повідних завдань забезпечується під час здійснення детективами НАБУ оперативно-розшукової діяльності та досудового розслідування.

Особливе значення для виконання покладених на НАБУ завдань має стадія досудового розслідування, зокрема початковий етап кримінального процесуального

доказування, у ході якого детективи НАБУ здійснюють пошук, вилучення, витребування фактичних даних і їхніх джерел, що містять ознаки злочину, віднесених до підслідності НАБУ. Результати проведеного аналізу положень чинного кримінального процесуального законодавства України та практики їх застосування у практичній діяльності детективів НАБУ, свідчать про те, що положення чинного КПК України є недосконалими та такими, що не відповідають початковому етапу кримінального процесуального доказування. Основною причиною цього є те, що чинний КПК України не закріплює належних кримінальних процесуальних гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування у досудовому розслідуванні.

Окремі проблемні питання діяльності детективів НАБУ були предметом дослідження у працях вітчизняних таких вітчизняних науковців як М. А. Погорецький, А. В. Самодін, Д. Б. Сергєєва, Г. І. Сисоєнко, О. Ю. Татаров, Л. Д. Удалова, О. М. Юрченко, М. Є. Шумило та інші, водночас питання визначення кримінальних процесуальних гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування в досудовому розслідуванні дослідниками не розглядалися.

Метою статті є визначення кримінальних процесуальних гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування в досудовому розслідуванні.

На підставі проведеного аналізу положень чинного КПК України та практики його застосування детективами НАБУ, можемо зробити висновок, що певні складнощі щодо реалізації кримінальних процесуальних гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування у досудовому розслідуванні пов'язані з механізмом витребування кримінальних проваджень, віднесених до підслідності НАБУ, розслідуванням яких займаються інші правоохоронні органи (слідчі прокуратури, слідчі Національної поліції).

Відповідно до ст. 1 Закону України "Про Національне антикорупційне бюро України" [2] НАБУ є державним правоохоронним органом, на який покладається попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень, віднесених до його підслідності, а також запобігання вчиненню нових.

Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 17 Закону України "Про Національне Антикорупційне бюро України", НАБУ та його працівникам для виконання покладених на них обов'язків надається право за рішенням Директора НАБУ, погодженим із прокурором, витребувати від інших правоохоронних органів оперативно-розшукові справи та кримінальні провадження, що стосуються кримінальних правопорушень, віднесених законом до підслідності НАБУ, й інших кримінальних правопорушень, які не відносяться до його підслідності, але можуть бути використані з метою запобігання, виявлення, припинення та розкриття кримінальних правопорушень, віднесених законом до його підслідності.

Питання підслідності, об'єднання і виділення матеріалів досудового розслідування, а також місця проведення досудового розслідування та вирішення спорів про підслідність кримінальних проваджень визначені ст. 216–218 КПК України.

Частина 5 ст. 218 КПК України визначає, що спір про підслідність у кримінальному провадженні, яке може належати до підслідності НАБУ, вирішує Генеральний прокурор України або його заступник.

З огляду на результати аналізу норм чинного КПК України можна зробити висновок, що в чинному КПК України можливість витребування кримінального провадження не передбачено, а його процесуальний порядок витребування не регламентований, що створює складнощі в реалізації кримінальних процесуальних

гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування у досудовому розслідуванні.

При цьому слід зауважити, що не лише чинним КПК України, а й Законом України "Про Національне антикорупційне бюро України" й іншими законодавчими актами не врегульована процедура витребування кримінальних проваджень, а також передача таких кримінальних проваджень НАБУ, зокрема, не визначено, які конкретно "працівники НАБУ" уповноважені витребувати кримінальні провадження, якими документами має оформлюватися таке витребування, які терміни й умови передачі цим працівникам кримінальних проваджень і терміни їх повернення до правоохоронних органів, не визначені процесуальні гарантії осіб, що є суб'єктами правовідносин у цих справах тощо. Як наслідок, це призводить до того, що на практиці прокурори відмовляють директору та працівникам НАБУ в задоволенні клопотань про витребування кримінальних проваджень, віднесених до підслідності НАБУ, про що свідчать окремі практики [4, 5].

Варто акцентувати увагу й на тому, що відповідно до ч. 5 ст. 40 КПК України слідчий, здійснюючи свої повноваження відповідно до вимог цього Кодексу, є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних повноважень, забороняється.

Особами, що мають відповідні повноваження на втручання в діяльність слідчого, у тому числі й на витребування та ознайомлення із кримінальними провадженнями, є лише керівник органу досудового розслідування (ст. 39 КПК України) та прокурор (ст. 36 КПК України).

Щодо посадових осіб НАБУ, то їх повноваження щодо витребування та ознайомлення із кримінальними провадженнями, які перебувають у провадженні слідчих будь-яких правоохоронних органів, чинним КПК України не визначені.

Отже, результати порівняльного аналізу наведених норм Закону України "Про Національне антикорупційне бюро України" та чинного КПК України свідчать про їх правову колізію, що потребує невідкладного законодавчого вирішення шляхом унесення відповідних доповнень до чинного КПК України з метою забезпечення належної реалізації кримінальних процесуальних гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування в досудовому розслідуванні.

Розв'язуючи питання про підстави та порядок витребування кримінальних проваджень НАБУ в чинному КПК України, на наш погляд, з урахуванням наявної колізії вище наведених норм чинного КПК України та "Про Національне антикорупційне бюро України", слід виходити з того, що в ч. 6 ст. 9 КПК України законодавцем визначено, що у випадках, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовують загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 КПК України. Окрім того, ч. 3 ст. 9 КПК України, передбачає, що закони й інші нормативно-правові акти України, положення яких стосуються кримінального провадження, мають відповідати КПК України, а при здійсненні кримінального провадження не можна застосовувати закон, який йому суперечить. Таким чином, законодавець встановив, що у випадку виникнення конкуренції правових норм, що регулюють кримінальне провадження, пріоритет мають саме норми КПК України.

З огляду на результати аналізу норм Закону України "Про Національне антикорупційне бюро України" (ст. 8, 10), можемо зробити висновок, що Директор НАБУ не є суб'єктом витребування кримінальних проваджень. Однак рішення директора НАБУ, погодженого з прокурором, є необхідним та обов'язковим для законного ви-

требування кримінальних проваджень уповноваженими на те суб'єктами згідно із Законом України "Про Національне антикорупційне бюро України".

При цьому слід звернути увагу на те, що на законодавчому рівні питання щодо форми винесення такого рішення не врегульовано, тому для усунення цієї прогалини, яка наразі та в майбутньому може спричинити перешкоди при витребуванні кримінальних проваджень НАБУ з інших правоохоронних органів, слід внести відповідні доповнення до чинного КПК України.

Отже, з метою забезпечення належної реалізації кримінальних процесуальних гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування в досудовому розслідуванні до КПК України доцільно внести відповідні зміни, які чітко визначатимуть підслідність НАБУ, підстави та порядок витребування кримінальних проваджень з інших правоохоронних органів, віднесених до підслідності НАБУ, а також повноваження відповідних суб'єктів.

Отримання доказів детективами НАБУ здійснюється внаслідок застосування ними комплексу відповідних засобів, зокрема слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій. Варто зауважити, що негласні слідчі (розшукові) дії є основним засобом отримання доказів детективами НАБУ про можливий факт учинення службовою особою корупційного злочину, а тому питання ефективності реалізації кримінальних процесуальних гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій у досудовому розслідуванні має вкрай важливе значення.

Доцільно зупинитися на такому засобі отримання доказів детективами НАБУ як зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж. Правове регулювання цього негласного засобу отримання доказів законодавець визначив у ст. 263 КПК України та Інструкції "Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їхніх результатів у кримінальному провадженні" [5], а також окремими відомчими нормативно-правовими актами з обмеженим доступом.

Суб'єктами зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж є винятково оперативні підрозділи. Про це прямо зазначено в ч. 4 ст. 263 КПК України, зокрема зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж покладається на уповноважених підрозділів органів Національної поліції та органів безпеки.

За результатами аналізу матеріалів правозастосовної практики можемо зробити висновок, що певні складнощі виникають у застосуванні відповідного засобу отримання доказів оперативними підрозділами детективів, оперативно-технічними підрозділами НАБУ під час розслідування кримінальних правопорушень, передбачених ст. 191, 206-2, 209, 210, 211, 354 (щодо працівників юридичних осіб публічного права), 364, 366-1, 368, 368-2, 369, 369-2, 410. За загальним правилом розслідування цих кримінальних правопорушень належить до підслідності детективів НАБУ (ч. 5 ст. 216 КПК України). Відповідно, вести негласні слідчі (розшукові) дії у відповідних кримінальних провадженнях мають детективи НАБУ. Водночас детективи НАБУ не володіють спеціальними знаннями щодо особливостей проведення зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж та специфіки застосування відповідних технічних засобів для фіксації змісту телефонних розмов, іншої інформації та сигналів (SMS, MMS, факсимільний зв'язок, модемний зв'язок тощо), які передаються телефонним каналом зв'язку, каналами зв'язку мережі Інтернет, іншими мережами передачі даних. А тому вони на підставі письмового доручення мають залучати уповноважених оперативно-технічних підрозділів НАБУ.

Разом із тим, чинний КПК України у ч. 4 ст. 263 не передбачає серед суб'єктів застосування відповідного негласного засобу отримання доказів оперативно-технічні підрозділи НАБУ. У зв'язку із чим, детективи НАБУ для отримання фактичних даних про ознаки злочинів, передбачених ст. 191, 206-2, 209, 210, 211, 354 (щодо працівників юридичних осіб публічного права), 364, 366-1, 368, 368-2, 369, 369-2, 410, залучають на підставі письмового доручення відповідні оперативні й оперативно-технічні підрозділи Національної поліції чи СБУ для зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж.

На наш погляд, такий процесуальний порядок зняття інформації із транспортних телекомунікаційних є не зовсім логічним, оскільки доволі часто самими суб'єктами вчинення корупційних правопорушень є працівники органів досудового розслідування, у тому числі органів Національної поліції чи СБУ, прокуратури, суду. Відповідно, оперативно-технічні підрозділи Національної поліції чи СБУ, що виконують доручення детективів НАБУ, можуть завчасно попередити відповідних осіб про факт застосування відповідного засобу отримання доказів. Відтак виникає ризик витоку інформації про факт проведення відповідної негласної слідчої (розшукової) дії.

Таким чином, можемо зробити висновок, що процесуальний порядок зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж суперечить сутності та функціональному призначенню НАБУ і призводить до неефективності реалізації кримінальних процесуальних гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування в досудовому розслідуванні.

Слід зазначити, у ВРУ було зареєстровано кілька проектів (№ 4812 від 14.06.2016 [6] та № 4721 від 25.05.2016 [7]) Законів України, відповідно до яких за оперативними підрозділами НАБУ пропонується нормативно закріпити в ч. 4 ст. 263 КПК України право на зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж. Вважаємо відповідні пропозиції цілком обґрунтованими та такими, що заслуговують на підтримку. Надання оперативним підрозділам НАБУ в такий спосіб отримувати докази безумовно підвищить як ефективність реалізації кримінальних процесуальних гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування в досудовому розслідуванні, так і зменшить ризики витоку інформації щодо фактів проведення відповідної негласної слідчої (розшукової) дії щодо працівників органів досудового розслідування, прокуратури, суду, які підозрюються у вчиненні відповідних корупційних злочинів.

Певні складнощі щодо реалізації кримінальних процесуальних гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій у досудовому розслідуванні обумовлені недосконалістю механізму отримання доказів шляхом моніторингу банківських рахунків (ст. 269-1 КПК України). Слід зазначити, що вітчизняний законодавець наділяє винятково прокурора правом на звернення з клопотанням до слідчого судді про проведення відповідної процесуальної дії (ч. 1 ст. 269-1 КПК України), що, на наш погляд, є істотним недоліком чинного законодавства України, оскільки в такому випадку детектив НАБУ позбавлений можливості застосовувати відповідний засіб отримання доказів у кримінальних провадженнях. Наявність відповідної норми призводить до затягування процесу отримання доказів і можливості їх використання у кримінальному процесуальному доказуванні. Варто наголосити, хоча прокурор і наділений виключним правом на звернення з відповідним клопотанням про проведення моніторингу банківських рахунків, усе ж на практиці прокурор не займається безпосереднім розслідуванням

кримінальних правопорушень. Він лише здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням відповідних кримінальних правопорушень. А їх розслідуванням займається безпосередньо детектив НАБУ. Відповідно на практиці виникають непоодинокі випадки, коли детективи, убачаючи необхідність в отриманні доказів шляхом проведення відповідної негласної слідчої (розшукової) дії, звертаються до прокурорів САП із проектом клопотання про проведення моніторингу банківських рахунків, а прокурори САП як процесуальні керівники за наявності дотримання вимог, передбачених ч. 2 ст. 248 та ч. 1 ст. 269-1 КПК України, від свого імені реалізують його до слідчого судді. Проте, у такому випадку детектив НАБУ позбавлений законних можливостей оскаржити рішення прокурора в разі необґрунтованої відмови у проведенні цієї процесуальної дії.

Отже, з метою забезпечення можливості своєчасно отримувати докази шляхом проведення моніторингу банківських рахунків ми пропонуємо внести зміни до ч. 1 ст. 269-1 КПК України, виклавши її в такій редакції: "За наявності обґрунтованої підозри, що особа здійснює злочинні дії з використанням банківського рахунку, або з метою розшуку чи ідентифікації майна, що підлягає конфіскації або спеціальній конфіскації, у кримінальних провадженнях, слідчий (детектив) за погодженням із прокурором, прокурор може звернутися до слідчого судді в порядку, передбаченому ст. 246, 248, 249 цього Кодексу, для винесення ухвали про моніторинг банківських рахунків". Відповідні зміни потрібно внести й до ч. 2 та ч. 3 ст. 269-1 КПК України.

Підсумовуючи вищезазначене, можемо визначити такі кримінальні процесуальні гарантії детективів НАБУ як суб'єктів доказування в досудовому розслідуванні: законодавче закріплення підстав і механізму вилучення кримінальних проваджень детективами НАБУ з інших правоохоронних органів, віднесених до підслідності НАБУ; нормативне закріплення за детективам НАБУ права зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; надання детективам НАБУ права за погодженням із прокурором звертатися до слідчого судді із клопотанням про проведення моніторингу банківських рахунків.

На жаль, обсяг статті не дає нам повної можливості розкрити всі проблемні питання, пов'язані з реалізацією кримінальних процесуальних гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування в досудовому розслідуванні. Подальших наукових пошуків потребують питання щодо здійснення детективами НАБУ контролю за вчиненням злочину, фіксації детективами НАБУ ходу та результатів негласних слідчих (розшукових) дій, використання технічних засобів під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, взаємодії детективів НАБУ із прокурорами САП під час проведення слідчих (розшукових) дій (обшук, огляд, освідування, слідчий експеримент), розширення підстав для проведення негласних слідчих (розшукових) дій щодо злочинів корупційної спрямованості тощо. Важливість дослідження цих питань підвищить ефективність реалізації кримінальних процесуальних гарантій детективів НАБУ як суб'єктів доказування в досудовому розслідуванні.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–10. – Ст. 474.
2. Про Національне антикорупційне бюро України: Закон України від 14.10.2014 р. № 1698-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 47. – Ст. 2051.
3. ГПУ і НАБУ по-різному тлумачать Кримінально-процесуальний кодекс [Електронний ресурс] // Українська правда. – Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/news/2016/03/11/7101696/>.
4. Татаров О. Чому конфліктує НАБУ та Генеральна прокуратура [Електронний ресурс] / О. Татаров. – Режим доступу: <http://blog.liga.net/user/otatarov/article/21464.aspx>.
5. Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: Інструкція, затв. спільним наказом Генеральної прокуратури України, МВС України, СБ України, Міністерством фінансів України, Адміністрацією ДПС України та Міністерством юстиції України № 114/1042/516/1199/936/1681/51 від 16.11.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12>.
6. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо діяльності Національного антикорупційного бюро України) № 4812 від 14.06.2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59404.
7. Проект Закону про внесення зміни до статті 263 Кримінального процесуального кодексу України щодо надання підрозділам Національного антикорупційного бюро України права на зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж № 4721 від 25.05.2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59225.

Надійшла до редколегії 07.02.17

Э. Искендеров, канд. юрид. наук, доц.
Национальный университет "Одесская юридическая академия", Одесса, Украина

УГОЛОВНЫЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ГАРАНТИИ ДЕТЕКТИВОВ НАЦИОНАЛЬНОГО АНТИКОРРУПЦИОННОГО БЮРО УКРАИНЫ КАК СУБЪЕКТОВ ДОКАЗЫВАНИЯ В ДОСУДЕБНОМ РАССЛЕДОВАНИИ

На основании анализа положений действующего уголовного процессуального законодательства Украины и материалов практики исследованы проблемные вопросы реализации уголовных процессуальных гарантий детективов Национального антикоррупционного бюро Украины как субъектов доказывания в досудебном расследовании. Обращается внимание на недостатки действующего уголовного процессуального законодательства Украины, проблемные вопросы их применения в практической деятельности и предлагают-ся научно-обоснованные предложения по их решению.

Ключевые слова: детективы, Национальное антикоррупционное бюро Украины, получения доказательств, досудебное расследование, уголовные процессуальные гарантии.

E. Iskenderov, PhD, Associate Professor, Assistant Professor
National University "Odessa Law Academy", Odessa, Ukraine

CRIMINAL PROCEDURAL GUARANTEES DETECTIVES NATIONAL ANTI-CORRUPTION BUREAU OF UKRAINE AS SUBJECTS OF PROOF IN PRE-TRIAL INVESTIGATION

In the article based on an analysis of the current provisions of the criminal procedure law of Ukraine and material practices explored issues of implementation of criminal procedural guarantees detectives National Anti-Corruption Bureau of Ukraine as subjects of proof in pre-trial investigation. Attention is drawn to the shortcomings of the current criminal procedural legislation of Ukraine, problems of their application in practice and available scientific and reasonable proposals to solve them.

Keywords: detectives, National Anti-Corruption Bureau of Ukraine, obtaining evidence, pre-trial in.

УДК 349.6

Б. Коваленко, асп.
Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ДЖЕРЕЛ ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА ТА ЇХ ОЗНАКИ

Зроблено спробу розкрити зміст понять джерел права та джерел екологічного права з погляду природно-правового розуміння. Здійснено порівняння зазначених дефініцій щодо їх визначення різними науковцями. Досліджено юридичні ознаки джерел екологічного права та запропоновано авторське визначення їх поняття. Охарактеризовано види норм, що підпадають під ознаки поняття джерел екологічного права, особливо нормативно-технічні документи (стандарту).

Ключові слова: праворозуміння, джерела права, джерела екологічного права, нормативно-технічний документ, стандарт, екологічний стандарт, ознаки джерел екологічного права.

З кожним днем у сучасному суспільстві дедалі більшого значення набувають такі питання як охорона, збереження та забезпечення належної якості навколишнього природного середовища для майбутніх поколінь. Разом зі зростанням чисельності населення на планеті зростає і попит на товари, що призводить до постійного зростання пропозиції, збільшуючи при цьому обсяги використання природних ресурсів і забруднення довкілля. Нині особливої ваги набуло питання визначення кола правових та інших суспільних норм, що впливають на формування галузі екологічного права, оскільки не тільки законодавчими актами формується зазначена галузь. Коло норм, що підпадають під ознаки джерела екологічного права, значно ширше, але нині не достатньо досліджене. У зазначеній статті зроблено спробу, на основі досліджень учених і власних висновків автора, надати об'єктивне тлумачення поняття "джерел екологічного права" з визначенням кола правових та інших суспільних норм, що ним охоплюються та ознак, які виокремлюють дане поняття серед інших джерел права.

Об'єктом дослідження є праворозуміння, джерела права, джерела екологічного права.

Предмет дослідження – ознаки стандартів як джерел екологічного права України.

Метою роботи є комплексне дослідження напрацьованих здобутків правознавства з питань системи джерел екологічного права України та місце в цій системі екологічних стандартів.

Для досягнення зазначеної мети поставлено такі завдання:

- розкрити зміст і правову сутність понять *джерело права, джерела екологічного права*;
- дослідити ознаки джерел екологічного права України.

Дослідженнями окремих науково-теоретичних питань джерел права, зокрема в науці екологічного права, займалися такі вчені як: В.І. Андрейцев, Н.В. Барбашова, Н.К. Блінова, Л.О. Бондар, О.В. Брайон, М.М. Бринчук, А.П. Войцицький, А.П. Гетьман, І. Голінка, І.І. Каракаш, М.О. Клименко, Т.В. Козуля, М.В. Краснова, О.І. Крассов, В.М. Ладигенський, Н.Р. Малишева, А.М. Мірошніченко, Н.В. Омельченко, С.П. Паламарчук, М. Петровська, І.А. Прокопєць, Н. Рідей, Н.Г. Салухіна, К.М. Ситник, П.М. Скрипчук, В.В. Тарасова, М.І. Шаповал, В.Я. Шевчук, О.М. Язвінська та ін.

Найпредметніше до вивчення джерел екологічного права України підійшов П.О. Гвоздик [5], однак поза межами його дослідження залишилися нормативно-технічні документи (стандарту). Професор В.І. Андрейцев у деяких своїх роботах відносить нормативно-технічні документи до системи джерел екологічного права [2]. Учені В.І. Курзова, А.І. Берлач, В.І. Курило розглядають нормативно-технічні документи в ролі "м'якого права", тобто як норми, що не є обов'язковими до виконання [10].

Огляд наукової літератури в зазначеній сфері дозволяє зробити висновок, що нині в Україні дослідженню

питань джерел екологічного права приділено недостатньо уваги. Зокрема, в ролі джерел не розглядаються стандарти у сфері екології, у той час, коли в Євросоюзі стандарти стоять навіть на вищих позиціях ніж закони окремих країн, при тому, що офіційно європейські стандарти не є обов'язковими до виконання.

Термін *джерела екологічного права* умовно можна розділити на три складових – *право, джерело права, екологічне право*. Кожен із зазначених термінів має чимало різних визначень, тому для об'єктивності розуміння даного терміна слід спершу визначитися із дефініцією та поглядом щодо кожної із його складових.

Щодо розуміння поняття "право", як показує історія юриспруденції, найпродуктивнішим для юридичної науки виявився напрям пізнання, що був сформульований у вигляді ідеї природного права. Про це свідчить, зокрема, той факт, що римське право, засноване на ідеї природного права, досі вражає своєю актуальністю та досконалістю [15, с. 19–21]. І тут слід зауважити, що видатний правознавець Гуго Гроцій виявив визначальну роль ідеї природного права в доктрині римського права. Більше того, учений, розглядаючи історію юриспруденції, доходить висновку, що юриспруденція може бути наукою лише тоді, коли керуватиметься принципом, згідно з яким право "виникає із самої природи". "Багато хто до цих пір намагався надати цій галузі (юриспруденції) наукову форму, але ніхто не зміг цього зробити, та й по правді кажучи, це й неможливо було здійснити інакше як... відокремивши те, що виникло внаслідок установа, від того, що виникає з самої природи" [6, с. 52]. Ця ідея Гуго Гроція є особливо актуальною не лише для сучасної вітчизняної юридичної науки, а і для екології зокрема.

Термін *екологія* стає із кожним роком дедалі популярнішим. Зі значним забрудненням довкілля, виснаженням ґрунтів, вичерпанням природних ресурсів, щільній забудові населених пунктів і стрімким зниженням зростання популяції біологічного різноманіття в усьому світі екологічна норма стає не просто задокументованим правилом поведінки, а засобом для гармонійного розвитку людства в чистому природному середовищі та надією для життя майбутніх поколінь.

Саме тому в зазначеному контексті нам найбільше підходить природно-правове (аксіологічне) праворозуміння, де право – це не просто тексти закону, а система ідей (понять) про загальнообов'язкові норми, права, обов'язки, заборони, природні умови їх виникнення та реалізації, порядок і форми захисту, яка є в суспільній свідомості та орієнтована на моральні цінності. За такого підходу право і закон розмежовуються, першість надається праву як нормативно закріпленій справедливості, а закон розглядається як його форма, покликана відповідати праву як його змісту. В основу зазначеного праворозуміння покладено ідею, відповідно до якої всі норми права мають ґрунтуватися на певних об'єктивних засадах, що не залежать від волі людини і суспільства [23].

Наступним кроком у нашому дослідженні буде визначення поняття *джерело*. Так, за допомогою Академічного тлумачного словника [26] виокремимо такі основні значення цього слова. Джерелом може бути "струмок", "початок", "першопричина", "винуватець" тощо. Проте в нашому випадку зазначений термін вживають у стійкій взаємодії з терміном *право*, та як зауважував німецький мислитель Іммануїл Кант: "юристи ще й досі шукають визначення поняття права" [18, с. 3, 19]. Відтак проблема джерел права, так само і як джерел екологічного права, не може бути вирішена у відриві від загального розуміння сутнісних рис й ознак права.

Термін *джерело права* латинського походження, уперше був уведений у науковий обіг давньоримським філософом Титом Лівієм, який охарактеризував Закони XII таблиць як *fon somnis public i privatique iuris* – *джерело публічного і приватного права* [4, с. 61].

За історичним (емпіричним) ученням про право (концепція природного права), джерелом права є народна свідомість, народне переконання, що визначають зміст й обов'язковість права. Право за цим ученням формується із сукупності правил належного, правил поведінки (масштабу, міри), корпусу правил, що легітимовані суспільством, ґрунтуються на історично досягнутому рівні соціальної етики [11, с. 3]. Окрім концепції природного права, думок щодо розуміння джерел права існує безліч, тому для об'єктивності нашого дослідження розглянемо кілька найцікавіших.

Прихильники раціоналістичних напрямів учення про право наголошували на тому, що право формується під впливом боротьби інтересів [28, с. 229–230]. Зазначений напрям, ґрунтуючись не на історичному досвіді, а на законах логіки і математики, принципово відрізняється від емпіричного вчення. Та досліджуючи джерела екологічного права, ми маємо керуватися цими двома напрямками, у поєднанні, оскільки не можна об'єктивно дослідити питання, спираючись лише на досвід чи на розум.

Прихильники інтегрального, комунікативного підходу, намагаючись об'єднати, синтезувати позиції, вироблені іншими науковими теоріями, стверджують, що значущими моментами, які дають змогу зрозуміти природу права, є насамперед, правова ідея (теорія природного права), норма права (нормативістська, або позитивістська, теорія права) і правовідносини (соціологічна теорія права) [25, с. 252–253]. Такий підхід превалює і в інших теоретичних обґрунтуваннях розуміння права, у його визначеннях [5, с. 17].

На формування права впливає чимало різних чинників. До них відносять об'єктивні умови певного середовища (географічні, кліматичні, біологічні тощо); моральні, релігійні, політичні, соціальні, ідеологічні й інші принципи, на яких ґрунтуються позитивні правила і які служать ідеологічною основою цих правил; місце, де міститься норма права, звідки юристи-практики беруть знання про норми позитивного права, спосіб вираження (форма права) і закріплення норми права як ідей про допустиме в об'єктивній реальності тощо [20, с. 272].

Відзначаючи багатогранність й умовність терміна *джерело права*, дослідники часто вказують на незбіг понять *джерело права* та *форма права*. Зокрема, джерело права розглядається як ширша категорія, у якій форма права є лише однією зі складових. Так, на думку І. Лукашука, поняття "джерело права" охоплює не лише форму існування норми, а й спосіб її створення [17, с. 18].

З іншого погляду, якщо говорити про окрему правову норму, то остання є лише формою певного правила поведінки. І тільки сукупність, а точніше, систему норм можна розглядати як зміст усього права (відображаючи правила поведінки) [19, с. 36]. А носіями правових норм є

нормативно-правові акти, з яких беруть інформацію про ці норми і які є формою права, оскільки виконують функцію юридичних джерел [1, с. 213]. Такі джерела права зазвичай визначаються як формальні, чим і підкреслюється ідентичність (збіг) форми і джерела права [7, с. 23].

Та найбільш аргументованим є, на нашу думку, підхід, де джерела права визначені як витoki формування права, система факторів, які розкривають його зміст і форми вираження, у той час, коли "форма права" відображає суто внутрішню організацію змісту норм права та його зовнішнього вияву [27, с. 329]. Такий підхід щодо визначення співвідношення між джерелом і формою права М. Чижов висловив ще в 1878 р. На його думку, "поняття форми права перебувають у тісному зв'язку з поняттям джерела змісту, що наповнює юридичні форми. Під джерелом права ми розуміємо корінь, від якого розгалужується право; причину, що втілює право в ту чи іншу форму" [29, с. 2–3].

За цим підходом, чинником (причиною) створення правової норми, можуть бути, наприклад, ті положення нормативно-технічних документів (стандартів), у яких може міститись "ідея" норми права, яку згодом законодавець може закріпити в положеннях нормативно-правового акту.

Щодо визначення "екологічного права", слід почати з того, що термін "екологія" був уведений у наукову термінологію німецьким біологом Е. Геккелем у 1866 році в монографії "Загальна морфологія організму", який визначав екологію як учення про умови існування живих організмів у взаємодії із середовищем, у якому вони існують (у межах біології). Хоча автор занадто вузько підходив до розуміння екології, усе ж його заслуга полягає в тому, що він уперше виокремив екологію в самостійне поняття, а це стимулювало поглиблене його дослідження в науці та подальше практичне застосування в різних сферах суспільства, правотворчій і правозастосовній діяльності [8, с. 11].

Нині в науковій літературі можна знайти чимало позицій щодо визначення поняття *екологічне право*, і залежно від його інтерпретації можна по-різному визначати і джерела екологічного права. На наш погляд, найуніверсальнішим буде визначення екологічного права з погляду природно-правового праворозуміння, де екологічне право, як і право загалом – це не тільки законодавство, а й система ідей про загальнообов'язкові норми.

У такому ключі екологічне право розглядає вчений М. М. Бринчук, за його словами під правом навколишнього середовища (екологічним правом) розуміють сукупність норм, що ґрунтуються на еколого-правових ідеях і регулюють конкретні суспільні відносини власності на природні ресурси щодо забезпечення раціонального використання природних ресурсів й охорони навколишнього природного середовища від шкідливих хімічних, фізичних і біологічних впливів у процесі господарської та іншої діяльності, й охорони екологічних прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб [3].

У зазначеному визначенні поєднано позитивні моменти нормативістської теорії права, що бере за основу норми права, соціологічної, яка надає перевагу практиці встановлення норми й ідеологічної (аксіологічної). Ідеться, по суті, про поєднання праворозуміння, правоутворення і правозастосування. Це визначення дає нам можливість дещо розширити коло джерел екологічного права, включивши туди, наприклад, нормативно-технічні документи, як такі, що містять еколого-правові ідеї. Мають на увазі, насамперед, європейські екологічні стандарти, положення яких, не маючи обов'язкового характеру виконання, задають темп та напрям екологічному розвитку країн – членів ЄС та країн, що прагнуть до ЄС.

Проте в науковій літературі джерела екологічного права розглядають переважно звужено. Так, за визначенням учених А.П. Гетьмана та М.В. Шульги, джерела екологічного права – це прийняті уповноваженими державними органами або органами місцевого самоврядування нормативно-правові акти та ратифіковані міжнародно-правові договори, правові норми яких регулюють суспільні екологічні відносини щодо приналежності, використання, відтворення природних об'єктів, охорони навколишнього природного середовища та забезпечення екологічної безпеки з метою задоволення екологічних, економічних та інших інтересів суспільства [8, с. 22]. У цьому визначенні суть джерел екологічного права зводиться лише до нормативно-правових актів.

Дещо ширше розглядає дане поняття Ю. С. Шемшученко, на його думку, свого зовнішнього вигляду екологічне право набуває в таких джерелах, як правовий звичай, судовий прецедент, нормативно-правовий акт [9].

Досить універсальним є визначення професора В. І. Андрейцева, який визначає джерела екологічного права як форми вираження еколого-правових норм, нормативно-правові акти, що містять еколого-правові норми, призначені для регулювання екологічних правовідносин [2, с. 19].

Згідно з останнім визначенням, до джерел екологічного права України слід відносити не тільки нормативно-правові акти, а й такі писані форми вираження джерел, як адміністративні договори, судові прецеденти, рішення Конституційного Суду України, правові доктрини, нормативно-технічні документи (державні стандарти України), інструменти локального регулювання (акти державних органів щодо конкретного природного комплексу), мовні норми. Разом із тим, за формою вираження джерел екологічного права слід також виокремити неписані джерела, до яких належать такі правові засади, як моральні засади суспільства, логічні норми, правові звичаї та традиції [10, с. 21–25].

Іншими словами, коли джерела екологічного права розглядати як форми зовнішнього вираження еколого-правових норм, то це надає можливість врахувати значно більше суспільних правил і норм, що потенційно можуть вплинути на формування галузі екологічного права. Та для того щоб серед величезної кількості цих суспільних правил і норм чітко відокремлювати джерела екологічного права, слід виділити їх ознаки.

Так, серед основних ознак джерел екологічного права насамперед слід виокремити їхню міжнародно-правову орієнтованість на охорону довкілля, раціональне використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки. Професор С. М. Кравченко зазначала, що "природа не визнає державних кордонів. Деякі унікальні природні комплекси, території й об'єкти, які особливо охороняються, є на території кількох держав, що потребує координації їхніх зусиль. Природними передумовами міжнародно-правового регулювання охорони навколишнього середовища є обмеженість ресурсів і просторових меж біосфери" [16, с. 5].

Міжнародно-правова орієнтованість екологічних нормативних і нормативно-технічних (стандартів) документів останнім часом набула особливої актуальності. Зокрема, на період початку 2017 р. активно розробляється проект Середньострокового плану пріоритетних дій Уряду до 2020 року, де одним із першочергових завдань є забезпечення в середньотерміновій перспективі (впродовж одного року) наближення законодавства України до законодавства ЄС у частині встановлення стандартів якості атмосферного повітря щодо вмісту найбільш шкідливих забруднювачів атмосферного повітря та управління якістю атмосферного повітря [24].

Пріоритетами зазначених дій є зниження забруднення атмосферного повітря і більш стале управління якістю довкілля. Завдяки визначеним заходам буде забезпечено: зниження концентрації забруднюючих речовин і більший захист здоров'я людини, рослинності, екосистем; зміцнення інституційної спроможності щодо формування і забезпечення реалізації державної політики у сфері зміни клімату та захисту озонового шару; запобігання руйнуванню озонового шару шляхом скорочення викидів озоноруйнівних речовин; адаптація до зміни клімату, підвищення опірності та зниження ризиків, пов'язаних зі зміною клімату [24].

Отже, зазначених завдань неможливо досягти без постійного поновлення системи національних екологічних стандартів та поступового їх наближення до стандартів ЄС. А для цього, відповідно, потрібно змінювати екологічне законодавство. Таким чином, хоча екологічні стандарти не вносять зміни до конкретних законів України, проте постійне підвищення стандартів визначає напрям для формування загального екологічного законодавства України.

Ще однією ознакою джерел екологічного права є обов'язковий характер виконання їхніх положень. Стосовно зазначеної ознаки виникає питання до такого виду джерел екологічного права як нормативно-технічні документи (державні стандарти), оскільки в науковій літературі їх розглядають здебільшого як "джерела м'якого права" [10, с. 22]. Якщо ж говорити не про стандарти загалом, а суто про екологічні стандарти, то згідно зі ст. 3 Закону України "Про охорону навколишнього природного середовища" основними принципами охорони довкілля є, зокрема, пріоритетність вимог екологічної безпеки, *обов'язковість дотримання екологічних стандартів*, нормативів та лімітів використання природних ресурсів при здійсненні господарської, управлінської та іншої діяльності [12, п. а ч. 1 ст. 3]. З огляду на зазначений принцип екологічні стандарти можна вважати обов'язковими до виконання, хоча вони і не мають статусу нормативно-правових актів. Цей принцип підтверджується також і ст. 32 Закону, якою встановлено, що державні стандарти в галузі охорони навколишнього природного середовища є обов'язковими для виконання.

Ще одним прикладом обов'язковості екологічних стандартів є технічний регламент. Останній є різновидом екологічних стандартів і за визначенням у законодавстві – це нормативно-правовий акт, у якому визначено характеристики продукції або пов'язані з ними процеси та методи виробництва, у тому числі відповідні процедурні положення, дотримання яких є обов'язковим [13, п. 1 ст. 1].

Таким чином, якщо говорити про стандарти загалом, то вони можуть мати як обов'язковий, так і рекомендаційний характер, у той час як стандарти екологічні беззаперечно є обов'язковими. Іншими словами, за критерієм обов'язковості приписи екологічних стандартів можна прирівняти до нормативів або навіть до законів.

Проте в екологічному праві Європейського Союзу екологічні стандарти не є обов'язковими для виконання, так склалось історично. Європейські міжнародні стандарти, ще з часів заснування у 1946 р. в Лондоні Міжнародної організації зі стандартизації (ICO), у своїй більшості донині мають рекомендаційний характер. Пріоритетом виконання положень зазначених стандартів є економічний інтерес. Якщо продукція має сертифікат якості, то це робить її привабливішою для потенційних покупців [14].

Та враховуючи той факт, що положення європейських стандартів постійно вдосконалюються, неофіційно стандарти стають більш значущими для виконання ніж

навіть закони окремо взятої європейської країни. Великі та середні підприємства, орієнтуючись на міжнародне визнання їхньої продукції прагнуть отримати сертифікат відповідності європейським стандартам, у тому числі у сфері екології. Держави у свою чергу також беруть за зразок європейські стандарти, відповідним чином змінюючи національні стандарти та законодавство. При факті не обов'язковості до виконання європейських стандартів, Міжнародна організація зі стандартизації (ICO) довела, що офіційно не обов'язкові норми можуть значною мірою впливати на екологічне законодавство. Зважаючи на це ознака обов'язковості джерел екологічного права нині дещо відходить на другий план.

Наступна ознака – це ухвалення джерел екологічного права лише органами, уповноваженими на те державою. Такими органами є Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, центральні органи виконавчої влади й урядові державні органи, місцеві державні адміністрації, органи місцевого самоврядування тощо.

Із зазначеного переліку суб'єктів також видно, що джерела екологічного права мають офіційний характер, а офіційний характер, у свою чергу, зумовлює такі їх ознаки:

1) їх видання, санкціонування здійснюється тільки у межах компетенції відповідного органу (наприклад, лише Міністерство екології та природних ресурсів України забезпечує нормативно-правове регулювання у сфері регулювання негативного антропогенного впливу на зміну клімату й адаптації до його змін і виконання вимог Рамкової конвенції Організації Об'єднаних Націй про зміну клімату та Кіотського протоколу до неї з питань щодо, зокрема, національних стандартів і процедур моніторингу, звітності та перевірки даних про викиди та абсорбцію (поглинання) парникових газів) [21, абз. 1–2 п.п. 24 п. 4].

2) їх ухвалення здійснюється в певній документальній формі, передбаченій для актів певного органу. Так, Міністерство економічного розвитку і торгівлі України схвалює та приймає відповідно до законодавства національні стандарти, правила усталеної практики та класифікатори [22, п. п. 91, 92 п. 4];

3) загальновідомість джерел екологічного права. Вона пов'язана з відкритістю офіційної інформації, що міститься у джерелах екологічного права, з вимогою обов'язковості оприлюднення джерел права, про що закріплено на рівні Конституції і законів України та інших нормативно-правових актів. Так, якщо говорити про нормативно-технічні документи, то національний орган стандартизації (Державне підприємство "Український науково-дослідний і навчальний центр проблем стандартизації, сертифікації та якості") забезпечує розміщення на офіційному веб-сайті (<http://uas.org.ua>) текстів національних стандартів.

Окрім зазначених, до основних ознак джерел екологічного права належить їхня нормативність. Вона вказує на основний зміст, характер нормативно-правових актів, які є носіями, місцем знаходження, фактичним джерелом юридичних норм, що розраховані на багаторазове застосування у процесі регламентації суспільних відносин. Ці норми встановлюють загальнообов'язкові правові правила, якими визначаються: права й обов'язки суб'єктів екологічних відносин; вимоги до організації природоохоронної діяльності, здійснення окремих функцій управління у цій сфері; порядки й умови функціонування економічного механізму в галузі природокористування, охорони навколишнього природного середовища; інші обов'язкові для виконання еколого-правові положення [5, с. 43]. Від інших джерел права в галузі охорони довкілля джерела права відрізняються такою ознакою, як сфера їх застосування. Ідеться про екологі-

чні відносини. Вони виникають у зв'язку з охороною довкілля, охороною та використанням окремих природних ресурсів гарантуванням екологічної безпеки у процесі виробничої та іншої господарської діяльності [5, с. 45].

Ураховуючи вищезазначене, пропонуємо таке визначення. **Джерела екологічного права – це здійснене в межах компетенції офіційного суб'єкта екологічних правовідносин зовнішнє формулювання та вираження правових норм, спрямованих на регулювання правовідносин у сфері раціонального використання природних ресурсів, охорони навколишнього природного середовища та забезпечення екологічної безпеки.** За всіма наведеними ознаками екологічні стандарти, як нормативно-технічні документи, які встановлюють загальнообов'язкові норми, правила, нормативи в галузі раціонального використання природних ресурсів, охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки є джерелами екологічного права.

Список використаних джерел

1. Алексеев С.С. Общая теория права: курс лекций: в 2 т. / С.С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1981. – Т. 2. – С. 213.
2. Андреев В.І. Екологічне право: курс лекцій: навч. посіб. для юрид. ф-тів вузів / В.І. Андреев. – К.: Вентури, 1996. – С. 19.
3. Бринчук М.М. Экологическое право (право окружающей среды): учеб. для высш. юрид. завед. / М.М. Бринчук. – М.: Юрист, 2002. – С. 76.
4. Гарсиа Гарридо М.Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты / Мануэль Хесус Гарсиа Гарридо; пер. с исп.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. – М.: Статут, 2005. – С. 61.
5. Гвоздик П.О. Джерела екологічного права України: монограф. / П.О. Гвоздик; відп. ред. Н.Р. Малишева. – К.: Алерта, 2012. – С. 45.
6. Гроций Г. О праве войны и мира / Г. Гроций. – М., 1956. – С. 52.
7. Гурова Т.В. Источники российского права: автореф. ... канд. юрид. наук / Т.В. Гурова. – Саратов, 1998. – С. 23.
8. Екологічне право України: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. А.П. Гетьмана та М.В. Шульги. – Х.: Право, 2009. – С. 11.
9. Екологічне право України. Академічний курс: підруч. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К.: ТОВ "Вид-во "Юридична думка"", 2008. – 2-ге вид. – С. 17, 27.
10. Екологічне право України. Загальна частина: навч. посіб. / В.І. Курзова, А.І. Берлач, В.І. Курило та ін.; за ред. В.І. Курило – К.: Алерта, 2015. – С. 21–25.
11. Заєць А. Принципи верховенства права (теоретико-методичне обґрунтування) / А. Заєць // Вісник Акад. правових наук України: зб. наук. праць. – 1998. – № 1. – С. 3.
12. Про охорону навколишнього природного середовища: від 25 червня 1991 року № 1264-XII: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 08.10.1991–1991. – № 41. – Ст. 546.
13. Про технічні регламенти та оцінку відповідності: від 15 січня 2015 року № 124-VIII: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 03.04.2015. – № 14. – С. 754, ст. 96.
14. История метрологии, стандартизации, сертификации и управления качеством: учеб. пособ. / С.В. Мищенко, С.В. Пономарев, Е.С. Пономарева и др. – Тамбов: Изд-во Тамб. гос. техн. ун-та, 2004. – С. 13.
15. Костенко О.М. Культура і закон / О.М. Костенко // Правова держава. 1998. – Вип. 9. – С. 130–136; Костенко О.М. Принцип соціального натуралізму в правознавстві / О.М. Костенко // Часопис Київського університету права. – 2001. – № 1. – С. 19–21.
16. Кравченко С.М. Актуальні проблеми міжнародного права навколишнього середовища: підручник / С.М. Кравченко, А.О. Андрушевич, Дж. Бонайн; за заг. ред. проф. С. М. Кравченко. – Львів: Вид. центр ЛНУ, 2002. – 336 с. – С. 5.
17. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. / И.И. Лукашук. – М.: БЕК, 2001. – С. 18.
18. Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы / Г.В. Мальцев. – М.: Прометей, 1999. – С. 3, 19.
19. Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособ. / М.Н. Марченко. – М., 2008. – С. 36.
20. Монтескье Ш. О духе законов / Ш. Монтескье // История политических и правовых учений: хрестомат. – Белгород. 1999. – С. 272.
21. Положення про Міністерство екології та природних ресурсів України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 21 січня 2015 року № 32 // Офіційний вісник України. – 13.02.2015. – № 10. – С. 14, ст. 266, код акта 75624/2015.
22. Положення про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 року № 459 // Офіційний вісник України. – 03.10.2014. – № 77. – С. 116, ст. 2183, код акта 74037/2014.
23. Праворозуміння [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Праворозуміння>.

24. Середньостроковий план пріоритетних дій Уряду на період до 2020 року (проект) [Електронний ресурс] / Урядовий портал. – Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=249629697&cat_id=246711250.

25. Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): підруч. / О.Ф. Скакун. – Х.: Еспада, 2006. – С. 252–253.

26. Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980) [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://sum.in.ua/s/dzherelo>.

27. Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – М.: Юрист, 1997. – С. 329.

28. Теорія держави і права. Академічний курс: підруч. / за ред. О.В. Зайчука, Н.В. Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 229, 230.

29. Чижов Н. Источник и формы права: монограф. / Н. Чижов. – Варшава: Тип. Ивана Носковского, 1878. – С. 2–3.

Надійшла до редколегії 28.02.17

B. Kovalenko, PhD student

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

THE LEGAL NATURE OF THE SOURCES OF ENVIRONMENTAL LAW AND THEIR SIGNS

The paper attempts to reveal the meaning of the sources of law and sources of environmental law from the perspective of natural law understanding. Comparison of these definitions on determining various scientists. Legal sources researched signs of environmental law and proposed the author's definition of the concept. Characterized types of rules that fall under the concept symptoms sources of environmental law, particularly legal and technical documents (standards).

Key words: thinking, sources of law, sources of environmental law, regulatory and technical document standard environmental standard features of environmental law sources.

Б. Коваленко, асп.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ИСТОЧНИКОВ ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ПРАВА И ИХ ПРИЗНАКИ

Сделано попытку раскрыть содержание понятий источников права и источников экологического права с точки зрения естественно-правового понимания. Проведено сравнение указанных дефиниций по их определению различными учеными. Исследованы юридические признаки источников экологического права и предложено авторское определение их понятия. Охарактеризованы виды норм, подпадающих под признаки понятия источников экологического права, особенно нормативно-технические документы (стандарты).

Ключевые слова: правовое понимание, источники права, источники экологического права, нормативно-технический документ, стандарт, экологический стандарт, признаки источников экологического права.

УДК 347.97

В. Раца, суддя

Болградський районний суд Одеської області, Болград

ДОКУМЕНТИ ЯК ДЖЕРЕЛО ІНФОРМАЦІЇ, НЕОБХІДНОЇ ДЛЯ НАЛЕЖНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ СУДІВ

Викладено результати комплексного аналізу документів як джерел інформації, що необхідні для організації ефективної роботи суду. Характеристика документів у судовій діяльності здійснена крізь призму певної класифікації, що дозволило найповніше розкрити їх особливості та значення з погляду змісту та спрямування відповідної інформації. Зокрема, у контексті організації діяльності суду документи розглянуті як: джерело доказів, нормативно-правові акти, судові документи.

Ключові слова: суд, судова інформація, документ, судовий документ, джерело доказів, джерела інформації.

Документи в організації роботи суду мають особливе значення, що зумовлено специфікою процесуальної діяльності суду та його функціонуванням як органу державної влади.

Зазвичай у вітчизняній доктрині документи розглядають з погляду їх значення у процесі доказової діяльності в межах різних видів судочинства, або ж із позиції управлінської діяльності, що є необхідною умовою належної організації роботи в суді. Окремим напрямом процесуальної науки є дослідження процесуальних документів суду. Зокрема, ці аспекти відображено в роботах таких учених, як І.В. Арістова, О.Ю. Дудченко, А.П. Запотницький, І.В. Каглянчук, Я.С. Калмикова, Н.В. Клочкова, В.В. Комаров, І.С. Марочкін, А. Слободзян, О.Г. Шило та багатьох ін.

Водночас комплексного уявлення про документи як джерела інформації, необхідної для належної організації та діяльності суду, не сформовано, що й обумовлює мету нашого дослідження.

Отже, термін *документ* у перекладі з латини означає "доказ", "сразок", "приклад" і походить від латинського кореня "docere", який означає "подаю", "показую", "доводжу", "передаю (знання)". Тож закономірним є те, що поняття *джерела судової інформації* кореспондується з поняттям "джерела доказів", яке є ключовим у судовому пізнавальному процесі. Ще В. Д. Спасович за-

значав, що "... докази є центральним вузлом усієї системи судочинства" [1, с. 17].

Професор М.Є. Шумило, аналізуючи ідеологію нормативної моделі поняття *докази* у КПК України, стверджує про відбиттєво-інформаційну концепцію її основи, критикуючи її [2]. Попри всю обґрунтованість його критики, для нас цінністю є те, що так чи інакше інформаційний елемент у понятті доказів визнається всіма вченими. Навіть ті науковці, які сумнівалися в інформаційній природі походження доказів, констатували: "субстанцію судового доказу дійсно утворює інформація" [3, с. 83]. Іншими словами, у спрощеному вигляді докази постають як джерело інформації, необхідної для правильного вирішення справи незалежно від виду судочинства, а, отже, забезпечують можливість функціонування суду відповідно до його мети – захисту прав, свобод і законних інтересів осіб.

Таким чином, не маючи на меті вступати в полеміку щодо визначення *доказів* та їхніх джерел, які є предметом окремих наукових розвідок процесуальної науки, зауважимо, що джерела доказів у контексті нашого дослідження можна охарактеризувати як різновид джерел інформації, необхідної для ефективної організації та діяльності суду, що відображає процесуальну сферу його функціонування.

Аналіз норм вітчизняних процесуальних кодексів свідчить про те, що, незважаючи на певні відмінності в підходах до нормативного закріплення джерел доказів залежно від виду судочинства, узагальнено вони постають як документи (письмові докази, висновки експертів), люди (пояснення сторін, показання свідків) та матеріальні об'єкти, які несуть у собі важливу для вирішення справи інформацію (речові докази).

Слід зауважити, що лише КПК України (ст. 99) містить визначення поняття "документ" як спеціально створеного з метою збереження інформації матеріального об'єкта, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, що можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження. Решта процесуальних кодексів (ЦПК України, ГПК України, КАС України) ідуть від протилежного – за допомогою терміна *документ* визначають поняття письмових доказів. Вважаємо, що КПК України в цьому сенсі є більш прогресивним. Надане ним визначення у певних аспектах збігається із тлумаченням *документа*, яке передбачено нормами законодавства, що регулює інформаційні правовідносини. Зокрема, відповідно до ст. 1 Закону України "Про інформацію", документом є матеріальний носій, що містить інформацію, основними функціями якого є її збереження та передавання в часі та просторі. Національний стандарт України "Діловодство й архівна справа. Терміни та визначення понять. ДСТУ 2732:2004" під документом розуміє інформацію, зафіксовану на матеріальному носії, основною функцією якого є зберігання та передавання її в часі та просторі [4]. Локальні акти, зокрема Інструкція з діловодства у місцевих загальних судах, апеляційних судах областей, апеляційних судах міст Києва та Севастополя, апеляційному суді автономної республіки Крим та Вищому спеціалізованому суді України з розгляду цивільних і кримінальних справ, тлумачать документ як створену або отриману судом у процесі його діяльності інформацію, зафіксовану на матеріальному носії, основною функцією якого є зберігання та передача її в часі та просторі [5].

Наведені нормативні визначення документа дають можливість виокремити такі його основні риси: 1) є матеріальною формою вираження інформації; 2) є засобом фіксації інформації; 3) метою його існування є збереження інформації, що дозволяє використовувати її у різний спосіб (поширювати, передавати тощо); 4) дозволяє ідентифікувати інформацію з погляду характеристики відповідності та достовірності фактів й обставин об'єктивної реальності.

Саме остання риса документа є ціннісною для судової діяльності, оскільки дозволяє суду встановити наявність чи відсутності фактів й обставин, що мають значення для вирішення справи.

Так чи інакше ця ознака документа як джерела доказів відмічається всіма дослідниками, які аналізують значення документів у різних видах судочинства.

Наприклад, А.П. Запотьницький запропонував під документами як процесуальними джерелами доказів розуміти матеріальні об'єкти в зафіксованій формі, які безпосередньо відображають відомості про події та факти, що мають процесуальне значення і викладені за допомогою знаків, що читаються людиною (власними зусиллями або завдяки застосуванню технічних засобів) і дозволяють однозначно відтворювати у вигляді зображень або усної мови, передавати та тлумачити думку людини, складені певною особою, підприємством, установою, організацією, отримані в установленому

порядку органами державної влади або судом і приєднані до матеріалів справи [6, с. 14].

Дещо інше визначення документа як джерела доказів подано в роботі Н.В. Ключкової, на думку якої це об'єкт матеріального світу, що містить закріплену в установленому законом порядку і формі інформацію, що стосується відомостей про різні обставини адміністративної справи, осіб, події та інші факти, які мають значення, є необхідними для встановлення істини в адміністративній справі і які відповідають вимогам допустимості та належності, об'єктивності, легітимності та достовірності [7, с. 35–36].

У будь-якому разі, залишаючись осторонь дискусії, що має місце у процесуальній науці щодо подальшого розвитку термінологічно-понятійного апарату інституту доказів, зауважимо: у контексті нашого дослідження важливим є те, що документи як джерело доказів (інформації, необхідної для функціонування суду) характеризуються низкою особливостей, які серед іншого передбачають їхню відповідність вимогам процесуального законодавства: належності, допустимості, достовірності, легітимності складання та подання.

Утім, справедливо буде зауважити, що наукова література загалом відзначається існуванням значної кількості визначень поняття *документ* залежно від сфери наукових досліджень. Наприклад, відомий російський документознавець М.В. Ларін зазначає, що "документознавство виокремлює три основних складових при розкритті терміна *документ*: 1) документ – матеріальний об'єкт; 2) документ – носій інформації; 3) документ – фіксація інформації" [8, с. 79]. Водночас О.Е. Чекотовська слушно зауважує, що документ, як об'єкт правової науки, відрізняється від документа як об'єкта документалістики інформацією про юридичні факти. На її думку документи, що встановлюють, змінюють, припиняють або підтверджують права й обов'язки, належать до юридичних документів [9].

З огляду на такі акценти, слід зауважити, що документ, характеризуючи процесуальний аспект діяльності суду, є джерелом судової інформації не лише як процесуальний доказ. Він також є джерелом нормативно-правової інформації, яка є першоосновою організації суду та його функціонування як у процесуальній, так і в управлінській сфері, і постає у вигляді нормативно-правових актів. Крім того, документ є продуктом судової діяльності (судові рішення, публічні заяви й оголошення, відповіді на запити та звернення), а також як невідмінний компонент процесу судового адміністрування (накази, розпорядження, довідки тощо).

Згідно з визначеннями, що містяться в підручниках, нормативно-правовий акт – це офіційний акт-документ компетентних органів, що містить норми права, забезпечувані державою (конституції, закони, укази президента, постанови тощо). Є основним юридичним джерелом права більшості країн [10, с. 309].

Підходи до класифікації нормативно-правових актів у сфері організації та діяльності судів у науковій літературі різняться. Так, традиційним вважають підхід, за якого вони поділяються на:

- правові акти загального характеру (Конституція України, міжнародно-правові акти у сфері захисту прав, свобод та інтересів людини і громадянина, організації та діяльності судових органів);
- правові акти, що стосуються судової влади, судів і правосуддя (Закон України "Про судоустрій і статус суддів");

• правові акти щодо організаційного забезпечення діяльності судів (підзаконні нормативно-правові акти, що передбачають порядок організаційного забезпечення діяльності судів) [11, с. 7].

Як влучно зауважує І.В. Кагляничук, у теорії права поняття нормативно-правового акта пов'язане з поняттям законодавства, що у вузькому трактуванні постає як система всіх упорядкованих певним чином законів, а також міжнародних договорів, ратифікованих парламентом. У свою чергу, структуру системи законодавства класифікують за такими критеріями: предметом правового регулювання (галузева); юридичною чинністю актів (субординаційна); особливостями форми державного устрою (державно-організаційна). Законодавство, що забезпечує функціонування судової влади і судової системи, має комплексний характер, оскільки воно містить норми низки галузей права: конституційного, адміністративного (у сфері організації судової системи), цивільного, кримінального, процесуального права (у сфері забезпечення здійснення правосуддя) тощо [12]. Тож слід констатувати, що у класифікації нормативно-правових актів у сфері функціонування судової системи є прийнятною низка різних критеріїв (субординаційний, змістовний, рівень регулювання та ін.).

Проте предмет нашого дослідження вимагає такої класифікації, яка б адекватно відображала найсуттєвіші риси об'єкта, що класифікується, тобто нормативно-правових актів як джерел інформації, необхідної для ефективної організації та діяльності судів. Тому ми пропонуємо класифікувати їх таким чином:

• нормативно-правові акти, які визначають засади організації та функціонування судової системи в державі (Конституція України, міжнародно-правові акти в цій сфері, Закон України "Про судоустрій і статус судів" та ін., у т. ч. ті, що регламентують питання правового статусу суддів);

• нормативно-правові акти, що забезпечують функціонування суду відповідно до його мети:

– у процесуальній сфері (процесуальні кодекси, Закон України "Про судовий збір", постанови пленуму Верховного Суду України, вищих спеціалізованих судів тощо);

– у сфері адміністрування (Закон України "Про державну службу", трудове законодавство, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України, нормативні акти ДСА України тощо);

• нормативно-правові акти, які встановлюють правила функціонування судової системи у суспільному просторі, що характеризується нині розвитком ідеї інформаційного суспільства (закони України "Про інформацію", "Про звернення громадян", "Про доступ до публічної інформації", "Про захист персональних даних" та ін.).

Запропонована нами класифікація має змішаний характер і потребує певних пояснень. В її основу покладено морфологічні ознаки нормативних актів як джерел інформації, тобто ознаки їх будови, що пов'язані з передачею повідомлень відповідного змісту. Так, кризь призму сталості нормативно-правових актів першої групи розкривається зміст категорії "стабільність правової визначеності" як елемента принципу стабільності судової системи. Цей концепт тлумачиться Л.М. Москвич таким чином: відносно стабільне законодавство про судоустрій є запорукою незмінності впродовж певного часу організаційної структури судової системи, що, у свою чергу, забезпечує її стабільне функціонування в суспільстві як єдиного цілого [13].

Нормативно-правові акти другої групи є джерелами інформації, необхідної для реалізації судом свого функціонального призначення – здійснення правосуддя. Хоч у процесі правозастосування суд звертається до різних джерел, що містять норми матеріального права, саме процесуальні кодекси є першоосновою його діяльності, оскільки передбачають "систему правових засобів забезпечення успішного вирішення завдань правосуддя та охорони прав і законних інтересів його учасників" [14, с. 45], тобто, процесуальні гарантії прав особи, які є ключовою категорією судового захисту.

І, нарешті, нормативно-правові акти третьої групи служать джерелом інформації, яка спонукає судову систему розвиватися в загальній парадигмі розвитку суспільства. Завдяки їм судова система адаптується до вимог соціуму, змінюючись та еволюціонуючи, розвиваючи ті елементи, характеристики, інститути, які є суспільно значимими в певний період. Нині такими, зокрема, є легітимність і транспарентність судової системи. Особлива роль інформації в суспільстві змушує органи державної влади, у тому числі суди, по-іншому підходити до питання своєї інформаційної відкритості, доступності для громадян. Своєчасне реагування на "суспільний запит" є неодмінною умовою стійкості судової системи, яка традиційно вважається достатньо замкненою та корпоративною.

Слід зауважити, що ця класифікація є умовною і її елементи можуть частково дублюватися, оскільки різні за морфологічними ознаками джерела інформації – нормативно-правові акти можуть виконувати подібну цільову функцію.

Важливим джерелом інформації, необхідної для належної організації діяльності судів, є і судові документи, що охоплюють: 1) процесуальні акти та 2) документи, що супроводжують процес судового адміністрування.

Як слушно зазначає О.М. Перунова, процесуальні акти – документи виконують різноманітні функції. Найбільш суттєвою, на думку науковця, є їхня функція своєрідних юридичних фактів, за якою вони визначають весь рух розгляду юридичної справи з моменту її надходження до суду до закінчення справи і встановлення юридичних наслідків [15]. Процесуальні акти-документи є обов'язковим документальним оформленням процесуальних дій суб'єктів процесуальної діяльності, передбачених процесуальним законодавством [16, с. 18]. Розвиток теорії процесуального права зумовив ототожнення таких уживаних у науці термінів як процесуальні документи та судові рішення (у широкому сенсі), що охоплюють: рішення суду по суті спору, ухвали суду, постанови суду, судові накази. Усі вони є предметом окремих наукових досліджень у різних аспектах. Для нашого ж дослідження важливим є те, що завдяки сучасним технологіям судові рішення стають джерелом інформації, яка:

• дає можливість широкому загалу формувати власне уявлення про функціонування судової системи;

• робить суд інформаційно відкритим, розвиваючи його характеристики транспарентності та легітимності;

• дає можливість спрогнозувати тенденції розвитку суспільних відносин;

• сприяє єдності судової практики;

• сигналізує про проблеми правотворення та правозастосування;

• спонукає до розвитку вітчизняну науку.

Ця інформація має подвійне призначення. Скеровуючись до циркуляції в суспільстві, вона набуває нових характеристик, які, у свою чергу, роблять її значимою для суду, задовольняючи потреби суду в інформації про суспільні очікування, настрої, вимоги. Таким чином,

має місце інформаційний цикл, що пов'язує суд із зовнішнім середовищем його функціонування.

У свою чергу, процес судового адміністрування, як цілеспрямована практична діяльність осіб, які займають адміністративні посади в певному суді, постає як технологічний процес підготовки, прийняття і виконання управлінських рішень, націлених на забезпечення належного функціонування суду з метою забезпечення ефективного здійснення правосуддя [17]. Формою втілення цих рішень першочергово постають такі документи, як накази та розпорядження (розпорядчі документи). Суб'єктами їх видання – голова суду (заступник голови суду) та керівник апарату (заступник керівника апарату). Основна функція розпорядчих документів – регулювати діяльність органу управління задля виконання поставлених перед ним завдань, одержання максимального ефекту від своєї діяльності та діяльності організації загалом [18]. Таким чином, розпорядчі документи у суді є джерелом інформації про питання внутрішньої організації діяльності суду, аналіз якої є необхідною умовою визначення ефективності його функціонування та адекватних механізмів його удосконалення.

Підсумовуючи слід зазначити, що комплексний підхід до вивчення документів як джерела інформації, яка необхідна для забезпечення належної організації судової діяльності, обумовив їх класифікацію. Відповідно до неї, документи в організації роботи суду найбільшого значення набувають як джерела доказів, нормативно-правові акти та як судові документи.

Список використаних джерел

1. Спасович В.Д. Избранные труды и речи / В. Д. Спасович; сост. И. В. Потапчук. – Тула: Автограф, 2000. – 496 с.
2. Шумило М.Є. Поняття "докази" у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормативної моделі / М.Є. Шумило // Вісник Верховного Суду України. – 2013. – № 2. – С. 40–48.
3. Лузгин И.М. Методологические проблемы расследования / И.М. Лузгин. – М.: Юрид. Лит., 1973. – 216 с.

В. Раца, судья

Болградский районный суд Одесской области, Болград, Украина

ДОКУМЕНТЫ КАК ИСТОЧНИК ИНФОРМАЦИИ, НЕОБХОДИМОЙ ДЛЯ НАДЛЕЖАЩЕЙ ОРГАНИЗАЦИИ И ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУДОВ

Изложены результаты комплексного анализа документов как источника информации, которая необходима для организации эффективной работы суда. Характеристика документов в судебной деятельности осуществлена в контексте их классификации, что позволило раскрыть их особенности и значение с точки зрения содержания и направленности соответствующей информации. Непосредственно документы рассмотрены в качестве: источника доказательств, нормативно-правовых актов, судебных документов.

Ключевые слова: суд, судебная информация, документ, судебный документ, источник доказательств, источник информации

V. Ratsa, judge

Bolgrad district court Odessa region, Bolgrad, Ukraine

DOCUMENTS AS A SOURCE OF INFORMATION NECESSARY FOR THE PROPER ORGANIZATION AND OPERATION OF COURT

In the article presents the results of a comprehensive analysis of the documents as a source of information necessary for the effective operation of the court. Characteristics of documents in judicial activities undertaken in the light of a classification that allowed to more fully disclose their features and value in terms of content and direction of relevant information. In particular, in the context of the organization of the court documents examined: the source of evidence, normative and legal acts, court documents.

Key words: court, court information, documents, court documents, source of evidence, sources of information.

4. Національний стандарт України "Діловодство й архівна справа. Терміни та визначення понять. ДСТУ 2732:2004". – К.: Держспоживстандарт України, 2005. – 32 с.

5. Про затвердження Інструкції з діловодства у місцевих загальних судах, апеляційних судах областей, апеляційних судах міст Києва та Севастополя, апеляційному суді автономної республіки Крим та Вищому спеціалізованому суді України з розгляду цивільних і кримінальних справ: Наказ Державної судової адміністрації України від 17 грудня 2013 р. № 173 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dsa.court.gov.ua/userfiles/Nakaz%20173.pdf>.

6. Запотоцький А.П. Документи як процесуальні джерела доказів у кримінальному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / А.П. Запотоцький. – К., 2009. – 20 с.

7. Ключкова Н.В. Документ як джерело доказів у адміністративному судочинстві: дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Н.В. Ключкова. – К., 2016. – 209 с.

8. Ларин В.М. Управление документацией в организациях / В.М. Ларин. – М.: Научная книга, 2002. – 288 с.

9. Чекотовська О.Е. Основні підходи до розуміння категорії "електронний документ" / О.Е. Чекотовська // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – С. 134–137.

10. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підруч. / О. Ф. Скакун. – Х.: Консум, 2001. – 656 с.

11. Басай В.Д. Судові та правоохоронні органи України: підруч.: у 2 кн. / В.Д. Басай. – Івано-Франківськ, 2004. – Кн. 1. Судустрой України. – 306 с.

12. Кагланчук І.В. Нормативно-правове забезпечення функціонування судової системи / І.В. Кагланчук // Науковий вісник Дніпропетровського держ. ун-ту внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 149–156.

13. Москвич Л.Н. Принцип стабільності судової системи / Л. Н. Москвич // Проблемы законности. – 2013. – Вип. 122. – С. 194–201.

14. Бойков А.Д. Третья власть в России. Очерки о правосудии, законности и судебной реформе 1990-1996 гг. / А.Д. Бойков. – М.: НИИСЗ, 1997. – 264 с.

15. Перунова О.М. Ознаки процесуальних актів-документів з цивільних справ [Електронний ресурс] / О.М. Перунова // Форум права. – 2014. – № 2. – С. 346–351. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_2_61.pdf.

16. Курс цивільного процесу: підруч. / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – 1352 с.

17. Дудченко О.Ю. Адміністрування в судовій системі: поняття та перспективи реформування / О.Ю. Дудченко // Юрист України. – 2013. – № 2. – С. 138–143.

18. Безп'яньська Г. Розпорядчі документи. Жанрово-видова характеристика та особливості складання й оформлювання наказів з основної діяльності / Г. Безп'яньська // Довідник кадровика. – 2008. – № 3. – С. 62–71.

Надійшла до редколегії 28.02.17

УДК 342.1

О. Іванов, викладач кафедри теорії та історії держави і права
Національна академія Служби безпеки України, Київ

ПОЛІТИКО-ПРАВОВЕ ОФОРМЛЕННЯ ІНТЕГРАЦІЇ КРИМСЬКОГО ХАНСТВА ДО СКЛАДУ РОСІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ (1783 Р. – СЕРЕДИНА ХІХ СТ.)

Визначено особливості правового оформлення включення Кримського Ханства до складу Російської імперії у 1783 р. Виокремлено основні напрями його інтеграції до політико-правової системи Російської імперії та визначено особливості їхньої реалізації.

Ключові слова: Кримське Ханство, Російська імперія, інтеграція, політико-правове оформлення, Маніфест 1783 р.

Постановка проблеми. Протиправна анексія в лютому – березні 2014 р. Російською Федерацією Автономної Республіки Крим як невід'ємної складової частини України поклала початок поширенню представниками російських наукових кіл, засобів масової інформації та вищих органів влади фальсифікованих відомостей щодо нібито споконвічно російського статусу Криму. Зокрема, одним із псевдоаргументів на користь російського статусу Криму в цьому контексті є національний склад населення цієї території. Слід зазначити, що вперше включення Криму до складу Росії відбулось у 1783 р., коли Російська імперія приєднала до свого складу територію Кримського Ханства. Після юридичного оформлення факту приєднання нових територій органи влади самодержавної монархії запроваджували комплекс заходів для їхньої інтеграції до політичної системи Російської імперії. Недостатньо дослідженими наразі залишаються правові аспекти цього процесу, що і зумовлює актуальність теми нашої статті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню проблем правового статусу Кримського Ханства присвячені праці В. Возгріна, Б. Короленка, А. Кримського, А. Озенбашли, В. Сергійчука та ін. Однак у цих працях недостатньо приділено увагу виділенню та аналізу напрямів правового забезпечення інтеграції Кримського Ханства до політико-правової системи Російської імперії.

Мета статті. Ураховуючи викладене, метою статті є виокремлення основних напрямів правового забезпечення інтеграції Кримського Ханства до політико-правової системи Російської імперії та висвітлення їхнього змісту.

Виклад основного матеріалу. Імператриця Катерина II характеризувала Кримське Ханство як "бородавку на носі" своєї держави. Водночас, фаворити імператриці твердили про стратегічне значення приєднання кримських територій до російської держави. Іще московський князь Іван IV Грозний проголосив необхідність захисту південних кордонів Московського князівства шляхом ведення воєнних дій проти монголо-татарських військ, які на початку XV ст. закріпились у Криму. Саме із цього часу в історіографії прийнято вести відлік початку формування територіальних претензій Московії, а потім і Російської імперії, щодо Кримського Ханства.

Юридичне оформлення включення території Кримського Ханства до складу Російської імперії було здійснено шляхом видання Катериною II Маніфесту "Про прийняття півострова Кримського, острова Тамана та всієї Кубанської сторони під Російську державу" від 8 квітня 1783 р. У цьому документі висловлена монарша воля на включення зазначених територій до складу Російської імперії, продиктована нібито турботою про безпеку своєї держави та необхідністю ліквідації загроз самостійному існуванню приєднаних територій з боку Османської імперії. Особливу увагу імператриця звернула на те, що попередні дії російських регулярних військ на території Кримського Ханства не сформували вигідної для Російської ім-

перії політичної позиції Османської імперії. Відтак, акт включення території ханства до складу Російської імперії подається нібито як вияв турботи про його населення, зокрема як реакція на повстання проти хана – ставленика Османської імперії. Насамкінець, аргументом на користь законного російського статусу приєднаних територій є завоювання їх за допомогою "сили Нашої (російської. – О. І.) зброї". Катерина II прагнула "утвердити користь та безпеку" своєї держави, не враховуючи при цьому чинних норм та принципів міжнародного права, а керуючись винятково "правом сильного".

На нашу думку, на окрему увагу заслуговує аналіз правової природи інституту "прийняття під Російську державу". Російські дослідники епохи Катерини II єдині в думці про те, що населення Кримського Ханства добровільно висловило прохання до імператриці про взяття їхньої території під захист шляхом включення до складу Російської імперії. Жодних ознак завоювання у цьому процесі ця група істориків не виявляє. Так само описують вони і добровільне складення присяги на вірність російській короні кримською знаттю, яке відбувалось в урочистій обстановці. Тому за їхньою логікою, процес входження Кримського Ханства до складу Російської імперії був цілком добровільним, із мінімальним виявом ініціативи російського самодержавства. Попередні ж завоювання приєднаних територій російськими військами в контексті тогочасного міжнародного права не розглядаються і сумніву не піддаються [1, с. 405–410].

Однак добровільним приєднання Кримського Ханства до Російської імперії було лише за формою. Аналіз матеріалів таємного листування Катерини II з російськими воєначальниками напередодні видання Маніфесту 1783 р. дає підстави стверджувати, що висловлення верхівкою татарського суспільства прихильності до Російської імперії було штучно підбурюваним російським урядом. Так, російське самодержавство вживало низку заходів для дестабілізації політичної ситуації у Кримському Ханстві з метою дискредитації представників панівної на той час протурецької політичної верхівки. Яскравим прикладом таких заходів можна назвати насильницьке виселення християнського населення Кримського Ханства впродовж 1778–1779 рр. Воно було здійснене в умовах активної діяльності російської агентури, однак ця ж агентура потім сприяла і тому, що в очах місцевого населення винною в таких діях була винятково ханська центральна та місцева влада. На підкуп місцевих чиновників із російського бюджету виділялися значні кошти, і часто окремі з них одержували суми, які приблизно складали річне утримання російських солдат. Також активно діяла російська агентура при дворах як кримського хана, так і турецького султана, за допомогою якої російська імператриця дізнавалась про всі зовнішньополітичні плани урядів цих держав. Тому "прийняття під Російську державу" слід розглядати винятково як вольовий акт російської імператриці [2].

З ухваленням Катериною II Маніфесту 1783 р. про "прийняття під Російську державу" території Кримського

Ханства розпочалися також і процеси, пов'язані з інтеграцією нових територій до політичної та економічної систем Російської імперії. Загалом слід зазначити, що в останній чверті XVIII ст. основною геополітичною стратегією російського самодержавства було приєднання "українних земель", на які Російська імперія заявляла нібито свої історичні права. Окрім Кримського півострова, до складу імперії, серед іншого, були включені також Кубань, Таманський півострів, Грузія, а також територія Української Гетьманської Держави. Представники російської науки геополітики, характеризуючи геополітичний простір кінця XVIII ст. та місце в ньому Російської імперії, виробили концепцію "відкритих (або рухомих) кордонів". Згідно з нею, південно-західні кордони Російської імперії підлягали постійним змінам з огляду на те, що російське самодержавство продовжувало політику "збирання" слов'янських земель у межах нібито етнічної території, розпочату ще московськими князями. Також самі ж російські науковці прямо вказують на те, що як і будь-яка держава імперського типу, Російська імперія прагнула до завоювання нових, стратегічно важливих територій [3, с. 79–81]. Відтак, російське самодержавство використовувало найширший арсенал засобів для досягнення поставлених цілей, який часто входив у суперечність із чинними на той час нормами міжнародного права. У російських працях з історії Криму не звертається увага на положення Маніфесту 1783 р. про те, що приєднані землі завойовані "силою російської зброї", натомість робиться акцент лише на загарбницьких намірах російського уряду щодо просування в південно-західному напрямку. До того ж, Російською імперією було використано відволікання уваги великих європейських держав на її участь у поділах Речі Посполитої в останній чверті XVIII ст.

Окремі дослідники розглядають Крим як автономію у складі Російської імперії. Утім, зазначене твердження розходиться з положеннями Маніфесту 1783 р. про те, що слід було урівняти правовий статус населення приєднаних територій та "природних підданих" Російської імперії. Це положення слід розуміти так: уряд проголосував як заборону утисків населення Криму у правах порівняно з "великоросами", що залишалося лише декларациєю, так і ставив мету в усуненні будь-яких юридичних розбіжностей у правовому статусі населення новостворюваної Таврійської губернії та інших російських регіонів. Зокрема, С. Богуш-Сестренцевич завершує книгу "Історія Тавриди" твердженням про те, що про самостійну історію цього регіону можна вести мову лише до 1783 р., а після цього його історію слід розглядати в контексті загальноросійської історії, як невід'ємну її частину [4, с. 408–409]. Ураховуючи, що зазначена праця була написана за наказом губернатора Таврійської губернії Г. Потьомкіна наприкінці XVIII ст., можна припустити, що таке твердження якраз і було обумовлене аналізованими положеннями Маніфесту 1783 р.

Водночас Н. Прозорова сформулювала поняття та виділила ознаки кримського регіоналізму. Серед його засад на перше місце поставлено узаконену автономізацію. Слід звернути увагу на те, що Н. Прозорова подає детальний аналіз історичних витоків аналізованого поняття, приділяючи при цьому значну увагу особливостям правового статусу Криму у складі Російської імперії. Автор зазначає про формування окремих рис національної ідентичності населення Криму саме у цей період [5, с. 79]. Утім, це не означає, що кримський регіоналізм як політико-правова реалія сформувався саме за доби Російської імперії. На нашу думку, можна вести мову лише про процес формування цього явища. До

того ж, спірним є питання про характер впливу Російської імперії на хід зазначених процесів.

Головним напрямом політики щодо приєднаних територій Кримського Ханства, проголошеним Катериною II, було тотальне викорінювання національних традицій управління на цих землях. За словами імператриці, ново-приєднані території могли повноцінно увійти до складу держави лише за умов жорсткої самодержавної політики та "поступового і ненав'язливого" обрусіння (русифікації). Виходячи з аналізу першоджерел та наукової літератури, можна виокремити конкретні напрями, за якими відбувалася інтеграція Кримського Ханства до правової системи Російської імперії. Насамперед, була проведена адміністративна реформа, відповідно до якої відбувалася ліквідація кримскотатарських традиційних засад адміністративно-територіального поділу. У зв'язку із цим, замість попереднього поділу території Кримського Ханства на каймаканства, на цих землях було утворено волості за великоросійським зразком. Загалом же територію Кримського Ханства було включено спочатку до складу Новоросійської, а згодом – Таврійської губернії.

Наступним кроком імперської влади було проведення земельної реформи на нових територіях. Фактично, відбувся перехід від однієї моделі феодалних земельних відносин до іншої. Однак погляди дослідників на сутність та хід земельної реформи у Криму суттєво різняться. Так, російські науковці стверджують, що на кримських селян дія кріпосного права не поширювалася. За їхньою версією, земельна політика Російської імперії сприяла розвитку господарства приєданого регіону та процвітанню традиційних для цієї місцевості засобів виробництва. Цьому, зокрема, мало сприяти збільшення кількості трудових ресурсів за рахунок переселення з російських територій селян разом із поміщиками, яким виділяли землі у Криму. Однак така позиція російської історіографії йде врозріз із положеннями Жалуваної грамоти 1785 р., за якою відбувалося зрівняння у правах представників кримської знаті та російського дворянства. Останнє передбачало так само і характер відносин між поміщиками та селянами, визначало зміст залежного статусу селян [6, с. 83–84].

На думку західних істориків, на кримських селян не поширювалося лише положення про особисту залежність від поміщиків. Разом із тим, установлювалися рентні зобов'язання у вигляді обов'язкової передачі селянами поміщикам половини врожаю, вирощеного на власних землях. Така система економічних відносин призводила до значних фінансових втрат селян як сільськогосподарських товаровиробників. За таких умов, стверджують дослідники, селяни опинялись у скрутному економічному становищі, унаслідок чого змушені були віддавати свою землю поміщикам в оренду. Проте кримські селяни були повністю звільнені від військової повинності. Такий крок імперської влади можна пояснити тим, що в перші роки перебування кримських земель у складі Російської імперії у новому статусі російських дворян землями володіли представники колишніх знатних родів Кримського Ханства. За таких умов держава намагалася уникнути селянських повстань проти посилення економічної залежності населення від давньої місцевої знаті.

Інший погляд на земельну реформу у Криму полягає в тому, що метою змін у системі земельних відносин було обезземелювання селян. Зокрема, радянський історик доби сталінізму С. Лапіцька зазначала, що найпершим кроком нової влади у Криму став перерозподіл усіх ханських земель між місцевою знаттю та новими російськими поміщиками, переселеними на ці території. Коли ж виявилось, що розміри ханських земель не могли задовольнити потреб усіх охочих узяти участь у їх

розподілі, почалися масові вилучення землі в місцевих селян. До того ж, самодержавна влада подбала і про належне юридичне забезпечення такої політики: у жалуваних грамотах про виділення землі місцевим поміщикам зазначалися лише розміри належних їм маєтностей, однак відсутніми були будь-які вказівки на їхні територіальні межі. Формуючи положення жалуваних грамот у такий спосіб, російське самодержавство тим самим фактично розв'язувало поміщикам руки для закріпачення селян, оскільки заборони таких дій прямо ніде не прописувались. Причому така система розподілу земель була однаковою як для російських поміщиків, так і для місцевої кримськотатарської знаті в новому дворянському статусі [7, с. 43–47]. Можна припустити, що однією з передумов запровадження російською владою такого юридичного механізму розподілу земель було спонукання колишньої ханської знаті змушувати місцеве населення висловлювати прихильність російському самодержавству.

Утім, у розрізі із офіційною політикою імперської влади йшли наміри російських поміщиків, які колонізували кримські землі. Представники цієї категорії землевласників прагнули поширити на територію Криму загально-російські засади кріпосницької системи. Якщо статус феодално залежного населення у Кримському Ханстві обмежувався лише релігійним статусом (мусульмани – немусульмани) та економічними зобов'язаннями перед представниками місцевої знаті, то самодержавне кріпосне право передбачало повне економічне підпорядкування селянина поміщику разом із цілковитим правом власності поміщика на майно й особу селянина. Водночас, російські колоністи не вдавалися до змін у місцевій системі господарювання, оскільки для росіян особливості місцевого господарства були чужими. На підтвердження викладеного вище наведемо висловлювання одного з російських колоністів Криму графа М. Мордвинова: "Я встановлюю для себе за правило обстоювати правильне та безтурботне ведення господарства ... і завжди вважаю найвигіднішими оброки й оренди" [7, с. 49].

Російський історик кримського походження В. Возгрін переконаний, що провідну роль у реформуванні селянського землеволодіння у Криму відіграла самодержавна російська влада. На його думку, найпершим кроком російської влади після включення Криму до складу своєї держави стала докорінна зміна засад селянського землеволодіння, а вже після цього змінювався правовий статус місцевих феодалних землеволодінь. Усі ці території у підсумку були вилучені у власників. Мотивуючи свої рішення подібного роду, російська влада виробляла низку аргументів щодо "шкідливості" татарського населення Криму. Фактично, кримське корінне населення було визнане політично неблагонадійним і ворожим до представників християнства. До того ж, вивільнені у селян землі розподілялися між знаттю шляхом самозахоплення, законного порядку націоналізації земель розроблено не було. Іноземні ж колонізатори купували місцеві землі з найвищим рівнем родючості ґрунтів фактично за безцінь. Подібною була ситуація і зі становленням місцевих промислів. Так, встановлення високих податків на прибуток та прихід на місцевий ринок великоросійських поміщиків-монополістів суттєво гальмували розвиток дрібного підприємництва. За таких умов місцеві ремісники змушені були продавати свою справу великим промисловцям, причому за дуже низькими цінами. Останні ж, у свою чергу, використовували такі надбання для отримання дуже великих доходів [8, с. 305–307]. Нарешті, торгівля на ринках опинилася цілком під контролем російського великого капіталу. Іноземні гості Криму відзначали високі порівняно із за-

хідноєвропейськими місцеві ціни на продовольчі товари, більшість із яких були традиційними для цієї місцевості. У такий спосіб Крим штучно інтегрувався до єдиного економічного простору Російської імперії.

Важливим є питання щодо закріплення юридичних гарантій національних прав кримських татар після приєднання Криму до Російської імперії. Так, у Маніфесті 1783 р. був поданий широкий перелік національних прав для татарського населення Криму, проте зазначалося, що реалізуватися ці права можуть на території інших регіонів держави (Кубань, Курська губернія і т. ін.). Так само продовжувалося насильницьке виселення кримськотатарського населення з місць постійного проживання при виділенні земель "колоністам", про що зазначалося вище. В адміністративно-територіальному сенсі Крим став входити до складу Таврійської губернії, з 1796 р. – Новоросійської, а з 1802 р. – знову Таврійської губернії. За свідченнями іноземних мандрівників, у перші десятиліття перебування Криму у складі Російської імперії чисельність колоністів, які одержували землі на новоприєднаних територіях, перевищувала кількість корінних жителів, які обслуговували маєтності цих відставних офіцерів. Питання забезпечення колоністів безкоштовною робочою силою, яка б обслуговувала надані їм земельні наділи, вирішувалося також і шляхом переселення кріпосних селян з інших російських територій.

Російська імперія опосередковано ліквідувала залишки національно-культурної автономії кримських татар. Так, попри відсутність формальної заборони на діяльність Курултаю та Меджлісу як органів національного самоврядування кримських татар, за Городовим положенням 1785 р. на територію Криму поширювалась єдина система місцевого самоврядування Російської імперії. Однак часто в місцевих органах влади жодна особа не володіла російською мовою, і про імперську владу, за влучним висловом істориків, там нагадував лише портрет імператора на стіні. Під час міської реформи 1870 р. зроблено більш масштабну спробу русифікації місцевих органів влади та управління у Криму. Тепер до влади могли прийти лише представники знатних верств населення, у більшості проросійських. Ці обставини спричинили нову хвилю еміграції кримських татар до країн Західної Європи й Османської імперії.

Одним із напрямів інтеграції територій Кримського Ханства до політико-правової системи Російської імперії була зміна національного складу населення цих земель. Як зазначає А. Кримський, цей вектор російської самодержавної політики виявлявся у двох формах [9, с. 105]. По-перше, відбувалося планомірне заселення безлюдних степових територій Криму. Зокрема, у такий спосіб імперська влада намагалася ліквідувати "фактор степу", який упродовж багатьох століть заважав Російській імперії та її попередникам заволодіти територією Криму. Наявність значних незаселених територій у вигляді відкритого степу не давала можливості російським військам поповнити запаси продовольства, а також звужувала коло можливостей для відступу. До того ж, російське дворянство прагнуло колонізувати найбільш вигідні з погляду забезпеченості природними ресурсами території. По-друге, мали місце масові еміграції корінного татарського населення (як добровільні, так і примусові). Загальним результатом цих процесів стало доведення кількості кримських татар до частки 25 % серед місцевого населення. Водночас кількість етнічних росіян сягала близько половини від національного складу населення Криму. Загальною метою проведення національної політики у Криму було, по-перше, формування прихильності татарського населення до самоде-

ржавної влади і, по-друге, "розчинення" цього населення в багаточисленному суспільстві "тюрми народів". По суті це були два послідовних елементи однієї мети. Однак, незважаючи на всю очевидність подій, висвітлення цієї політики в українській і російській історіографії суттєво різняться. На нашу думку, доцільніше виділяти проукраїнський та проросійський напрями в історіографії, оскільки серед українських і російських істориків трапляються прихильники як одного, так і іншого напрямку.

Так, українська дослідниця Н. Прозорова висловила суперечливу позицію з аналізованого питання. Розкриваючи зміст політики Катерини II щодо населення новоприєднаних територій, дослідниця визначає основним принципом цієї політики зміцнення економічного становища цих земель. За її словами, кримська економіка значно відставала від російської. Саме тому, стверджує Н. Прозорова, місцеві суспільства повинні були бути об'єднаними, інтегрованими в єдине цілісне суспільство. Детально розкрито політична стратегія Катерини II з приводу того, що лише самодержавна політика здатна сприяти максимально ефективному та швидкому розв'язанню соціально-економічних проблем приєднаних регіонів імперії. Лише жорстка централізація, на думку імператриці, здатна була запобігти розколу держави, і однією з її основоположних засад була саме асиміляція населення. Водночас Н. Прозорова характеризує зміни в національному складі населення Криму без згадок про насильницькі виселення корінного населення. Посилаючись на думки істориків, а не на першоджерела, дослідниця зазначає, що відбувалися переселення татар до Туреччини та віддалених регіонів Російської імперії. Окремо акцентовано увагу на масовому продажі корінним населенням своїх земель за безцінь. Визнаючи факт русифікації місцевості, Н. Прозорова описує переселення на ці землі корінних росіян. Однак жодним чином не згадуються насильницькі виселення кримських татар [5, с. 80].

У 1787 р. князь Г. Потьомкін видав розпорядження, згідно з яким місцевим губернаторам наказувалося створити для кримськотатарського населення максимально сприятливі умови проживання з метою запобігання "залишення оселі своїх батьків і дідів". Ця позиція пояснювалася тим, що місцевому населенню складно було адаптуватися до нової мови, культури, релігії, законодавства. Однак, як зазначає А. Озенбашли, поряд із такими розпорядженнями царський уряд розробляв детальні плани з колонізації Криму, одночасно дбаючи і про здобуття прихильності місцевого населення [10, с. 30–31]. Так, у зв'язку з тим, що разом із Кримом за одним і тим же Маніфестом до території Російської імперії було включено також і Кубань, яку так само необхідно було заселяти, туди було переселено ногайських татар із материкової частини колишнього Кримського Ханства. На вивільнені території планувалося переселити російських кріпосних селян, оскільки ногайські татари вели переважно кочовий спосіб життя, і тому території їхнього проживання були набагато гірше обжитими порівняно із землями на самому Кримському півострові. Починаючи з 1830-х рр., представники кримськотатарської еміграції відверто засуджували дії російського царизму як щодо насильницького "прийняття під Російську державу" Кримського півострова, так і щодо національної політики на приєднаних землях. Не надаючи чітких юридичних оцінок діям Петербурга, татарські політичні емігранти наводять численні факти утисків культурних прав кримських татар на рідній землі, у тому числі вилучення та спалення літератури кримськотатарською мовою, заборону діяльності національних театрів, шкіл, культових установ, переслідування за інакودумство тощо.

Подібна ситуація склалася і після Кримської війни 1854–1856 рр. між Російською та Османською імперіями. За даними А. Озенбашли, попри урядові заборони на видачу кримським громадянам паспортів для обмеження еміграції, у воєнні та повоєнні роки 29 956 мешканців Таврійської губернії офіційно одержали паспорти. Підкреслимо, що це лише офіційна кількість осіб, які заявили про свої наміри емігрувати за межі Російської імперії. Неофіційні ж цифри сягали майже 200 тис. емігрантів. Причому збільшення зазначеної хвилі еміграції припало на початок 1860-х рр. – напередодні та після селянської реформи 1861 р. [10, с. 66].

Показовим у цьому сенсі є таємний указ російського імператора Олександра II від 22 травня 1856 р., який став реакцією імператора на донесення військового командування про масові еміграції з території Криму до Османської імперії, зумовлені початком уже згаданої Кримської війни. Імператор не бачив жодних підстав у чиненні перепон до еміграції кримських татар за межі Російської імперії. Більше того, кримські татари названі у цьому указі "шкідливим населенням", і їх виселення розглядалося як фактор, який міг би сприятливо вплинути на розвиток цих територій [10, с. 64–65]. Виданням зазначеного указу імператор розв'язував одразу два завдання: по-перше, ставилося за мету нівелювання територіальних претензій Османської імперії щодо своїх колишніх територій через ліквідацію можливих осередків національно-визвольного кримськотатарського руху; по-друге, імператор формував плацдарм для нової хвилі русифікації Криму шляхом переселення туди етнічних росіян і максимального обмеження економічної свободи кримського корінного населення.

Зазначений указ спричинив значний резонанс у кримському суспільстві. У зв'язку із цим Петербург у 1861 р. знову надав таємні інструкції місцевим чиновникам. Зокрема, інструкції передбачали зниження податкового тиску на кримських селян та обмеження свавілля місцевих чиновників, зняття окремих обмежень на використання селянами природних ресурсів. Однак після створення цих документів адміністративний тиск на місцеве населення лише посилювався, а кількість емігрантів невпинно зростала [10, с. 65–66]. Разом із тим, у другій половині XIX ст. місцеву кримськотатарську політичну еліту в органах влади Таврійської губернії замінюють корінні росіяни. Якщо в перші роки перебування Криму у складі Російської імперії тиск на селян і робітників чинили переважно представники дворянства, то в зазначений період провідну роль у цьому сенсі почали відігравати представники місцевої адміністрації. Мінімізувалося лібералізація урядової політики щодо кримського населення.

Висновки. Таким чином, після протиправного "прийняття під Російську державу" Кримського Ханства інтеграція цих територій до політико-правової системи Російської імперії відбувалася за різними напрямками. Серед них можна виокремити адміністративно-територіальну та земельну реформи, національну й економічну політику російського самодержавства. Зазначені заходи були підпорядковані єдиній меті – усуненню будь-яких розбіжностей між політико-правовим статусом Криму й інших російських земель задля запобігання можливого опору місцевого населення. Також усі ці заходи були спрямовані на тотальну русифікацію населення колишніх територій Кримського Ханства.

Список використаних джерел

1. Брикнер А. История Екатерины Второй / А. Брикнер. – М.: Сварог и К, 1998. – 800 с.
2. Дубровин Н. Присоединение Крыма к России: рескрипты, письма, реляции и донесения / Н. Дубровин. – СПб.: 1885. – Т. 1–3.

3. Зеленева И.В. Геополитика и геостратегия России (XVIII – первая половина XIX века) / И.В. Зеленева. – СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2005. – 270 с.
4. Богуш-Сестренцевич С. История Тавриды / С. Богуш-Сестренцевич. – СПб: Типография Шнора, 1806. – Т. II. – 430 с.
5. Прозорова Н.М. Особенности крымского регионализма / Н.М. Прозорова // Віче. – 2003. – № 2. – С. 31–37.
6. Андреев А.Р. История Крыма / А.Р. Андреев. – М.: Изд-во Межрегионального центра отраслевой информатики Госатомнадзора России, 1997. – 355 с.

7. Лапцкая С. Завоевание и колонизация Крыма царизмом / С. Лапцкая // Исторический журнал. – 1937. – № 7. – С. 41–53.
8. Возгрин В.Е. Исторические судьбы крымских татар / В.Е. Возгрин. – М.: Мысль, 1992. – 446 с.
9. Крымский А. До історії теперішніх 25 % татарської людності в Криму / А. Крымский // Студії з історії Криму. – К.: 1930. – Вип. I–IX. – С. 105–106.
10. Озенбашли А.С. Трагедія Криму: Спогади та документи / А.С. Озенбашли. – Сімферополь: ДОЛЯ, 2007. – 288 с.

Надійшла до редколегії 28.02.17

А. Иванов, преподаватель кафедры теории и истории государства и права Национальной академии Службы безопасности Украины, Киев, Украина

ПОЛИТИКО-ПРАВОВОЕ ОФОРМЛЕНИЕ ИНТЕГРАЦИИ КРЫМСКОГО ХАНСТВА В СОСТАВ РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ (1783 Г. – СЕРЕДИНА XIX В.)

Определены особенности правового оформления включения Крымского Ханства в состав Российской империи в 1783 г. Выделены основные направления его интеграции в политико-правовую систему Российской империи и выяснены особенности их реализации.
Ключевые слова: Крымское Ханство, Российская империя, интеграция, политико-правовое оформление, Манифест 1783 г.

O. Ivanov, lecturer of the state and law theory and history department National academy of the Security Service of Ukraine, Kyiv, Ukraine

POLITICAL AND LEGAL ARRANGEMENT OF THE CRIMEAN KHANATE INTEGRATION INTO THE RUSSIAN EMPIRE FRAMEWORK (1783 – MID-XIX CENTURY)

Peculiarities of the Crimean Khanate inclusion into the Russian Empire framework in 1783 legal arrangement are listed in the article. Major directions of its integration into the Russian Empire's political and legal system have been defined and peculiarities of their enactment have been characterized too.

Key words: the Crimean Khanate, the Russian Empire, integration, political and legal arrangement, Manifesto 1783.

УДК 347.965.42(477)

Б. Леко, канд. психол. наук, доц.
Приватний вищий навчальний заклад "Буковинський університет", Чернівці

ОСОБИСТІСТЬ МЕДІАТОРА: ПРОБЛЕМА ПРОФЕСІЙНОЇ ПРИДАТНОСТІ (у контексті необхідності ухвалення Закону України "Про медіацію")

Мудрість приходить тоді, коли ми сідаємо разом і правдиво обговорюємо наші відмінності, без наміру їх змінити.
Антрополог Грегорі Бейтсон

Досліджено проблему впровадження в Україні медіації. Охарактеризовано медіацію як процес посередництва при врегулюванні суперечок. Проаналізовано проекти законів України про медіацію. Розглянуто специфічні уміння і навички медіатора.

Ключові слова: медіація, медіатор, закон про медіацію, професійна придатність, професійно важливі якості.

Постановка проблеми. Розмови та роздуми про необхідність реформування судової системи в Україні в науці та суспільній думці тривають достатньо довго, щоб громадськість це усвідомила і зрозуміла важливість проблеми. Й одним з аспектів цієї реформи має стати запровадження процедури медіації як альтернативного способу врегулювання суперечок і розв'язання конфліктів різного виду та рівня не лише в юридичній практиці, але і в інших суспільних сферах, де застосування медіації буде не просто виправданим, але й необхідним та оптимальним.

Оскільки медіація як соціальний інститут розвивалася переважно закордоном, її дослідженням, аналізом переваг і недоліків, особливостей її застосування більше займалися зарубіжні вчені, зокрема Л. Фуллер, Х. Бесемер, Х. Бродаль, Р. Буш, Ф. Глазл, Х. Зер, Ч. Каррас, Ч. Ліксон, М. Райт, Т. Глейсер, Ч. Мур та ін. Натомість вітчизняних науковців вона почала цікавити відносно недавно, переважно через ідею вступу України до Європейського співтовариства і необхідність зміни відповідно до цього її законодавства (В. Землянська, В. Жмудь, Г. Єрьоменко, В. Замніус, Р. Коваль, Д. Проценко, Д. Возьянов, Н. Гайдук, І. Гончар, Д. Давиденко, Т. Кучмай, Ю. Микитин, І. Паліашвілі й ін.). Та враховуючи обставину, що медіація поступово знаходить своє місце в Україні і робляться дедалі більше різних спроб юридичного запровадження медіацій-

ного процесу в різні галузі життя, доречним вважаємо подальший аналіз різних аспектів медіації, зокрема особистісного.

Метою статті є аналіз соціально-психологічних особливостей особистості медіатора, що є професійно важливими якостями такого фахівця.

Виклад основного матеріалу. Медіація як процес посередництва при вирішенні суперечок у світі існувала давно; а з 1947 р. – у США як офіційно визнана процедура (відколи був створений спеціальний федеральний орган – Федеральна служба США з медіації та примирливих процедур (*Federal Mediation Conciliation Service, FMCS*)); з 60-х рр. минулого століття медіація закріпилася в країнах англосаксонського права, із 80-х рр. вона активно застосовується в німецькомовних країнах, а до нашого часу – у багатьох країнах світу, у тому числі й пострадянських. У 1999 році Комітетом міністрів Ради Європи були прийняті рекомендації № R (99)19, "Про медіацію в кримінальних справах", згідно з якими використання медіації у кримінальних справах є "гнучким, всеохоплюючим, націленим на розв'язання проблем доповненням або альтернативою традиційному судовому розгляду" [11]. Медіація тут визначається як сукупність "будь-яких процесуальних заходів, що дозволяють потерпілому та правопорушнику брати активну участь у подоланні складнощів, які випливають із факту здійснення злочину, за особистої участі незалежної

третьої особи та за умови, що сторони конфлікту добровільно погоджуються із застосуванням цих заходів" [4, 11]. Рекомендація закликала держави – члени Ради Європи (членом якої є й Україна) сприяти розвитку та проведенню програм посередництва між потерпілим і правопорушником як загальнодоступної послуги [3].

Поняття *медіація* походить від латинського *mediare* – бути посередником. Медіацією називають процес переговорів, коли до вирішення спірного питання залучається нейтральна третя сторона – медіатор (посередник), яка організує та веде цей переговорний процес, вислуховує аргументацію обох (або кількох) сторін щодо суті суперечки, надає кваліфіковані поради й активно допомагає сторонам самостійно ухвалити рішення, що задовольнить обох учасників переговорів. Тобто, медіація – це один із так званих альтернативних (позасудових) засобів врегулювання спорів, ефективність якого є дуже високою. Медіація, як посередництво у розв'язанні конфлікту – це можливість сформулювати проблему, обговорити її, зрозуміти, розглянувши різні думки, знайти рішення, прийнятне для учасників суперечки та їхніх гарантів; це технологія розв'язання конфліктів, у якій нейтральний авторитетний посередник організує процес переговорів сторін та сприяє виробленню добровільної взаємовигідної угоди між конфліктуючими.

Отже, донині медіація одержала законодавчий статус у багатьох країнах світу. Крім того, як засіб залагодження суперечок, медіація визнана ст. 33 Статуту ООН, а також Типовим законом про міжнародну комерційну єднальну процедуру (*Model Law on International Commercial Conciliation*), прийнятим Комісією ООН з прав міжнародної торгівлі (ЮНСИТРАЛ; UNCITRAL) у 2002 р., що й відповідає законодавству Європейського Союзу [12].

Зазначимо, що тривалість "приживання" медіації у різних країнах була різною, проте у нас вона й досі "у проекті". І таких проектів закону про процедуру медіації в Україні було вже кілька, перший, № 8137, – у 2011 р. (автор – О.І. Тищенко); у 2013 р. – два альтернативні проекти (Я.П. Федорчука та С.В. Ківалова). Останній проект з'явився вже після Революції гідності; на жаль, оскільки відсутність згоди між законотворцями зупиняє його просування у Верховній Раді та підготовку до прийняття проекту, також в альтернативній формі – № 3665 (колективу авторів: А.І. Шкрум, В.Ю. Пташник, О.І. Сироїд та ін.) та № 3665-1 (С.В. Ківалова).

На нашу думку, достатньо показово (але й абсурдно), що ті, хто намагається створити закон про медіацію, самі не можуть домовитися про єдиний для групи варіант такого закону. Можна лише сподіватися, що законотворці дослухаються до думки більшості узгодити свої позиції задля прийняття такого закону Верховною Радою України. Цілком погоджуємося із С.Г. Кузьменко, що "прийняття Закону "Про медіацію" дасть Україні можливість наблизитися до стандартів ЄС, сприятиме розвитку громадського суспільства та формуванню культури мирного цивілізованого вирішення конфліктів на засадах взаємних інтересів та згоди" [5, с. 32] та висновком Н. Мазаракі, що "прийняття Закону України "Про медіацію", який би ефективно врегулював процедуру медіації, правовий статус медіаторів, забезпечення якості медіації, виконання медіаційних угод, забезпечення конфіденційності процедури медіації тощо, сприятиме реформуванню системи судоустрою, підвищенню інвестиційної привабливості України" [7].

Зазначимо, що переговори щодо подання єдиного узгодженого законопроекту від усієї медіаційної спільноти тривають, хоча вже є досягнення згоди щодо багатьох

положень обох законопроектів. 13 травня 2016 р. профільним комітетом ВРУ прийнято рішення щодо рекомендації прийняти за основу законопроект "Про медіацію" № 3665 від 17.12.2015 з урахуванням слушних положень законопроекту "Про медіацію" № 3665-1 від 29.12.2015, а також з урахуванням зауважень і пропозицій суб'єктів права законодавчої ініціативи та внести його на розгляд Верховної Ради України у другому читанні" [8].

У пояснювальній записці до проекту № 3565 закону України "Про медіацію" визначено цілі та завдання ухвалення цього Закону: "запровадження на законодавчому рівні інституту медіації в Україні шляхом імплементації кращих європейських та світових стандартів медіації, ... визначення правових основ надання послуг медіації на професійних засадах, поширення практики мирного вирішення спорів несудовими методами з метою розвантаження судів та забезпечення збалансованих взаємовідносин між інститутом медіації та судовою системою" [9].

У змісті проекту № 3565 закону України "Про медіацію", зокрема, зазначено, що цей "закон визначає правові основи надання послуг медіації на професійних засадах та має на меті запровадження інституту медіації в суспільстві, поширення практики мирного вирішення спорів позасудовими методами та забезпечення збалансованих взаємовідносин між інститутом медіації та судовою системою" [10]. Процес медіації визначений як "альтернативний (позасудовий) метод вирішення спорів, за допомогою якого дві або більше сторони спору намагаються в межах структурованого процесу, самостійно, на добровільній основі досягти згоди для вирішення їх спору за допомогою медіатора", а медіатор – "як особа, що відповідає вимогам, встановленим цим законом і медіаційним застереженням (угодою про медіацію), яка має статус медіатора відповідно до цього закону і яку сторони спору обрали для проведення медіації". Законом також визначено, що "медіація може застосовуватися у будь-яких спорах, у тому числі цивільних, господарських, адміністративних, а також у кримінальних провадженнях і справах із приводу адміністративних правопорушень, за винятком випадків, передбачених чинними законами України" [10].

Іншими словами, у вищезгаданому документі визначено призначення медіації, сфера й умови її застосування, принципи здійснення, застереження, особливості проведення медіації, її результат (договір), прописано статус медіатора (його професійну підготовку, права й обов'язки, його принципи та відповідальність, контроль за його діяльністю, якістю надання послуг, можливість її оскарження сторонами конфлікту з подальшим розглядом дисциплінарною комісією), положення про реєстр медіаторів і їхнє професійне об'єднання; зафіксовано необхідність унесення змін до окремих законодавчих актів України.

Проте в контексті професійно важливих якостей медіатора згадано хіба що його моральність (як добровільне дотримання етичного кодексу), тоді як поняття професійної придатності/непридатності до цієї професії не знайшло в законі свого місця, хоча загальновідома роль здібностей особи до певної професії як у її опануванні, так і в подальшій професійній діяльності.

Процедура медіації проводиться за умови взаємної згоди сторін на основі принципів добровільності, конфіденційності, співпраці та рівності сторін, неупередженості та незалежності медіатора [6].

Медіатор – це головна фігура, організатор переговорного процесу, від авторитету якого у сторін, що сперечаються, від його вміння, майстерності та такту залежить кінцевий результат розв'язання суперечки, він не тільки має правові знання та досвід, але й моральну позицію та особисту, репутаційну відповідальність перед учасниками спірних відносин. Термін походить від латинського *mediator* – *посередник*; третя, нейтральна, незалежна сторона в конфлікті, що допомагає дійти взаємної згоди зі спірної проблеми. Медіатор полегшує процес спілкування між сторонами, розуміння позицій та інтересів, фокусує сторони на їхніх інтересах і шукає продуктивне розв'язання проблеми, надаючи можливість сторонам прийти до своєї власної угоди. Принципова можливість медіації заснована на визнанні факту позитивного впливу присутності нейтральної сторони на ефективність проведення переговорів. Медіатор забезпечує спільну роботу сторін на основі принципу "виграш – виграш", допомагає знайти рішення, які враховували б інтереси обох сторін, були б життєстійкими та здійсненними.

Згідно з О. Маврином, з допомогою медіатора кожен учасник конфлікту чує себе ніби з боку, бачить помилки у своїй аргументації і розуміє, коли не правий і варто поступитися. У підсумку сторони самі розробляють медіаційну угоду – взаємовигідну, без переможців і переможених. Вона буде виконуватися, оскільки опоненти зуміли знайти компроміс, а не тому, що вони бояться санкцій державних структур [6].

Як і в інших сферах роботи з людьми, посередництво вимагає певного рівня самоусвідомлення ролі посередника. Як мінімум, посередники мають визнавати межі своєї бази знань і вмінь, необхідних для посередництва, для того, щоб не дозволяти собі заходити в ті сфери, що перебувають за межами їхньої компетенції. Основним принципом посередництва є те, що учасникам принаймні не повинні завдати шкоди в цьому процесі.

Медіатор – це дипломат, який має здатність швидко аналізувати правові питання справи; відчуття справедливості; здатність до спілкування та ведення переговорів; демонструє розсудливість, урівноваженість, витримку, володіє своїми емоціями; уміє вислуховувати сторони й уникати конфронтацій тощо. Надзвичайно важливо, щоб медіатор був абсолютно неупередженим, незацікавленим у конфлікті, тобто він має бути особою нейтральною з усіх кутів зору. За короткий час медіатор має налаштувати сторони на співпрацю, завоювати довіру та повагу з боку сторін; для досягнення успіху він від самого початку має докласти максимум зусиль для ліквідації ворожості між сторонами. Для того, щоб діяти в ролі медіатора, необхідно вміти ухвалювати рішення та визнавати інших людей у їхніх виявах, при цьому медіатор зовсім не зобов'язаний ні розділяти їхню думку, ні схвалювати їхню поведінку. "Медіатор прагне, щоб сторони висловили наявну інформацію і визначили найбільш важливі моменти в суперечці для кожної сторони. Ступінь докладності інформації має бути достатнім для прийняття рішення сторонами. Медіатору необхідно так розгорнути інформацію сторонам, щоб вони побачили, що вони розуміють однаково, а в чому їхні погляди на ситуацію розходяться. Він допомагає сторонам усвідомити, у чому їхні справжні інтереси та які кроки можна зробити, щоб сторони врегулювали свої взаємостосунки" [1].

Серед специфічних умінь і навичок управлінця під час виконання функцій посередника можна виокремити такі: 1) уважно слухати, спостерігати та запам'ятовувати не тільки фрази співрозмовників-конфліктників, але й ма-

неру їхньої поведінки; 2) налагоджувати просту та прозору комунікацію між учасниками ситуації конфлікту; 3) виявляти спільне та розбіжності в позиціях конфліктуючих сторін; 4) аналізувати й узагальнювати інформацію про проблему; 5) діагностувати та заохочувати ефективну поведінку сторін (чи коригувати неефективну); 6) створювати модель ефективної поведінки; 7) забезпечувати зворотний зв'язок між учасниками процесу, виключаючи при цьому "наступальні" та "захисні" форми спілкування; 8) викликати довіру в учасників процесу медіації; 9) заохочувати конструктивні дії конфліктників; 10) бути терплячим; 11) створити оптимальну атмосферу для спілкування сторін, регулювати психологічний клімат у перемовинах. Важливою роллю медіатора є роль контролера, "він постійно перевіряє на реалістичність те, що говорять сторони": наскільки висловлені пропозиції можна реалізувати, наявність обговорюваних ресурсів, чи можна виконати прийняті угоди [1].

Посередник повинен бути гарним психологом. Сторони, перебуваючи в конфліктних стосунках, часто виявляють ворожість, роздратованість, негативні емоції щодо один одного. Усе це не сприяє конструктивному пошуку шляхів рішень, тому завданням посередника є створення ділової атмосфери на переговорах. Чим краще він із цим упорається, тим імовірніше успішне завершення переговорів. Медіатор також повинен мати розвинені навички міжособистісного спілкування й уміти оцінювати ситуацію. Загалом така особа має вміти аналізувати інформацію й узагальнювати її, бути активним й уважним слухачем тощо. Медіатор має бути розсудливим, що пов'язується з більшою особистісною зрілістю людини. "Навички міжособистісного спілкування", необхідні для медіації, включають, зокрема, відкрите ставлення до людей, уміння слухати та виражати свої думки, здатність залишатися неупередженим.

Комунікативні вміння та навички, необхідні у професії медіатора, передбачають:

- *уміння створювати довіру* (тобто отримувати потрібну інформацію від підлеглих, співробітників і вміння доводити необхідну інформацію);

- *уміння правильно усвідомлювати позицію партнера* (правильно сприйняти його позицію, мету, потреби, бажання; уміння з'ясувати, як партнер сприймає вашу позицію, цілі, поведінку; уміння з'ясувати помилки у сприйнятті інформації);

- *уміння правильно сформулювати власну позицію* (коли людина намагається довести власну позицію, яка не збігається з позицією, цілями, завданнями партнера, важливо робити це так, щоб не поглиблювати напруження у спілкуванні);

- *уміння впливати* – змінювати позицію партнера (гнучкість процесів сприйняття та мислення: уміння бачити ситуацію з різних сторін, урахувати всі можливі позитивні та негативні наслідки різних рішень; уміння продемонструвати партнерові інший погляд на ситуацію) [2].

Отже, варто зауважити, що в українській науці визначено поняття медіації, проаналізовані її принципи й умови проведення процесу, досліджені можливості впровадження інституту медіації в юридичну практику країни, можливості її застосування, її наслідки, переваги та недоліки; автори проектів законів про медіацію навіть прописували вік й освіту майбутніх медіаторів, проте, на нашу думку, мало уваги приділяли саме особистості медіатора, його професійній придатності, тому, хто саме може (не може) бути медіатором, адже відомо, що не кожний у віці медіатора (згідно із законопроектами про

медіацію) та з відповідною освітою насправді може успішно виконувати цей дуже непростий вид професійної діяльності. Крім відповідної освіти та навіть досвіду роботи, медіатору необхідні певні професійні особистісні якості, що визначають його профпридатність і можливість успішної професійної діяльності. Саме цьому аспекту проблеми медіації присвячено нашу статтю.

Для досягнення мети статті нами проводилося емпіричне дослідження, у якому використовувався комплекс взаємодоповнюючих психодіагностичних методик: для виявлення схильності до конфліктних взаємин (К. Томас) та поведінки особистості у ситуації конфлікту, конструктивної поведінки в перемовинах (Х. Корнеліус, Ш. Фейр), оцінки самоконтролю у спілкуванні (М. Снайдера), уміння слухати, діагностики стану агресії (А. Басса – А. Дарки), тести "Моя тактика ведення переговорів", "Як вести ділові перемовини?" (стиль поведінки у перемовинах), особистої комунікабельності й оцінки комунікативних умінь, Фрайбурзький особистісний опитувальник (FPI).

Аналіз отриманих результатів показує:

- майже в усіх опитаних достатньо розвинені комунікативні уміння, причому 32,35 % студентів – майбутніх юристів є хорошими співрозмовниками, 64,71 % – мають окремі комунікативні проблеми: надто критичні, схильні до маніпуляції, поспішні у висновках, проте ці здатності як уміння не лише висловлювати свою думку, але й уважно поставитися до співрозмовника, зрозуміти його проблеми, поставити себе на його місце, потребують подальшого активного розвитку, що можливо здійснити і в умовах їхнього навчання у ВНЗ;

- комунікабельність як особистісна риса у переважній більшості студентів виявляється на середньому рівні (у 64,71 %), решта – порівну поділилися на тих, у кого ця риса розвинена краще, та тих, у кого ця риса розвинена недостатньо, закономірно, що перші (17,65 %) вміють спілкуватися, вирішуючи свої проблеми і справи, інші – некоммунікбельні та недружелюбні у спілкуванні (та навряд чи можуть виконувати діяльність посередника);

- важливе для медіатора вміння слухати і чути співрозмовника в досліджуваних студентів розвинене значно гірше за вміння спілкуватися: у 32,35 % опитаних – низький рівень розвитку означеного показника, ще у 5,88 – він дуже низький; у 47,06 – середній і лише у 14,71 % студентів-юристів – рівень розвитку вміння слухати, будучи уважними до сказаного співрозмовником, вищий середнього;

- до самоконтролю під час спілкування вдаються 55,88 % опитаних, дещо менше контролюють свою поведінку і враження, яке справляють на співрозмовника, 41,17 % студентів, лише один опитаний не відчуває потреби змінювати свою поведінку залежно від ситуації і позицій співрозмовників;

- у процесі перемовин 91,17 % вибірки, більшість студентів – майбутніх юристів, є здатними виявляти конструктивну поведінку, хоча це не виключає необхідності їх подальшої роботи над собою з метою самовдосконалення у цьому аспекті;

- серед стилів (особливостей способу) ведення перемовин у досліджуваній вибірці переважає стиль співпраці (у 61,76 %, середній показник по вибірці за цим стилем – 4,1 балів – найвищий), ще у 20,59 % студентів може виявлятися поступливий стиль, пошуки згоди; лише у 17,65 % студентів домінуватиме стиль вияву агресивності, жорстокого тиску на опонента (що недопустимо для медіатора);

- у ситуації ведення перемовин 55,88 % опитаних прогнозовано оберуть тактику співпраці, 29,14 – суперництва, у решти, 14,71 %, поведінка буде залежати від ситуації; середні показники по групі – 5,88 та 4,12 бала – відображають цю обставину;

- при виникненні конфлікту опитані частіше за інших обирають поведінку компромісу та пристосування (середні – 7,21 та 6,47 бала, відповідно), тоді як найрідше вдаються до застосування стилю суперництва (5,15 бала) і співпраці (5,29); зазначимо думку К. Томаса (автора методики), який вважав, що при униканні конфлікту жодна зі сторін не досягає успіху; за таких форм поведінки, як конкуренція (суперництво), пристосування і компроміс, або один з учасників виявляється у виграші, а інший – програє, або обоє програють, тому що йдуть на компромісні дії, і тільки в ситуації співпраці обидві сторони виявляються у виграші;

- важливою для професії медіатора може стати його агресивність й особливості її вияву в поведінці; діагностика агресивності виявила, що опитані частіше за решту складових агресивних виявів схильні відчувати провини (середній показник по вибірці – 65,3 бала), є підозрілими (62,65), переживають образи (61,5) та схильні до виявів вербальної агресії (59,99 бала); найбільш несприятливою для вибору опитаними професії медіатора вважаємо те, що у 5,88 % опитаних виявлено високий рівень схильності до вияву фізичної агресії, у 8,82 – до непрямой агресії, 11,76 – до роздратування, у 32,35 % – до вербальної агресії; очевидно, що ці опитані можуть виявитися професійно непридатними до професії медіатора, якщо не усунуть ці поведінкові вияви, а закріплять їх у майбутньому;

- за FPI, у досліджуваній групі, згідно із середніми показниками, переважають такі особистісні риси, як відкритість (довірливість у взаємодії з оточенням, самокритичність) (середня – 66,03 бала), емоційна лабільність (нестійкість емоційного стану, дратівливість, коливання настрою, недостатнє самокерування та володіння собою) (69,26) і депресивність (вони виявляють відповідні риси у ставленні до себе та середовища) (60,12 бала), що відображається і на рівневих показниках, де, за названими рисами, найбільше, порівняно з рештою показників, студентів із високим рівнем вияву фактора (14, 12 та 11 відповідно); менші за інші у досліджуваній вибірці вияви реактивної агресивності (47,35 бала), товариськості (48,19) і невротичності (48,85 бала), що достатньо сприятливо для професії медіатора.

Проведений нами кореляційний аналіз отриманих даних виявив значну кількість статистично значимих кореляційних зв'язків між показниками, серед яких зосередимось на основних:

- стилі поведінки в конфлікті корелюють із такими показниками: стиль суперництва – з агресивним негативізмом ($r = 0,58$) й екстравертованістю ($r = 0,34$); стиль компромісу – з підозрілістю ($r = 0,43$) та неохочістю до виявів фізичної агресії ($r = -0,38$); уникання – із самоконтролем у спілкуванні ($r = 0,42$), тактикою співпраці ($r = 0,33$), а не суперництва ($r = -0,33$) в конфлікті, браком комунікативних умінь ($r = -0,36$), вербальною агресією ($r = 0,36$) та відсутністю невротизації ($r = -0,53$); стиль пристосування – зі стилем співпраці ($r = 0,43$) у перемовинах, неохочістю до виявів агресії, депресивністю ($r = 0,48$), інтровертованістю ($r = -0,37$), жіночністю ($r = -0,55$);

- конструктивна поведінка в перемовинах кореляційно пов'язується з відсутністю агресивності

($r = -0,52$), дратівливості ($r = -0,33$), депресивності ($r = -0,35$), сором'язливості ($r = -0,43$) й емоційної лабільності (урівноваженість) ($r = -0,45$), маскулінності ($r = 0,36$);

■ тактика суперництва у веденні перемовин корелює з агресивністю ($r = 0,50$), невмінням слухати ($r = -0,42$), дратівливістю як рисою особистості ($r = 0,38$); тактика співпраці – з тими ж показниками, але, закономірно, з протилежним знаком: ($r = -0,50$), ($r = 0,42$) та ($r = -0,38$) відповідно;

■ стилі ведення переговорів виявляються кореляційно пов'язаними: стиль згоди – з некоммунікативністю ($r = -0,47$) та схильністю особи до виявів непрямой агресії ($r = 0,39$); стиль співпраці – з умінням слухати співрозмовника ($r = 0,41$) і нехильністю до виявів агресії ($r = -0,38$);

■ уміння слухати більш властиве тим майбутнім юристам, які є невротичними ($r = 0,33$), але недратівливими ($r = -0,47$) та нехильними до виявів вербальної агресії ($r = -0,41$);

■ коммунікативні опитані виявляються нехильними до спонтанної агресивності ($r = -0,40$);

■ агресивні вияви опитаних корелюють із їхньою депресивністю ($r = 0,38$), емоційною неврівноваженістю ($r = 0,45$) та невротичністю ($r = -0,38$).

Висновки. Не кожний, хто має відповідну освіту, може бути медіатором, потрібне також щире бажання працювати за спеціальністю, з людьми, здійснювати відповідну роботу, брати на себе відповідальність за її результат і відповідність соціально-психологічних якостей особистості професії медіатора.

Оптимальне поєднання особистісних і поведінкових рис для професії медіатора може, згідно з нашим дослідженням, виглядати так: особа не схильна до виявів агресивності й особистісних рис із ними пов'язаних (депресивності, емоційної нестабільності, дратівливості), достатньо коммунікативна, проте вміє здійснювати самоконтроль у спілкуванні, слухати і розуміти співрозмовника, здатна поводитися конструктивно (не виявляти агресивність, не дратуватися, бути ввічливою, але не сором'язливою, емоційно стійкою (врівноваженою)) як у ситуації перемовин, так і конфлікту, використовуючи

стиль і тактику співпраці; при врегулюванні конфліктних ситуацій – поведінку співпраці, рідше – пристосування.

З такими якостями медіатори можуть успішно вести перемовини зі злочинцями при захопленні заручників, порятунку від спроби суїциду, вести виховну роботу з дітьми, у яких є проблеми із законом, проводити виховну і навчальну роботу.

Список використаних джерел

1. Аллахвердова О.В. Медиация как социально-психологический феномен [Електронний ресурс] / О.В. Аллахвердова // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. 6. – 2007. – Вып. 2. – Ч. 1. – С. 151–159. – Режим доступа: <http://cyberleninka.ru/article/n/mediatsiya-kak-sotsialno-psihologicheskii-fenomen#ixzz4YZR44bwY>.
2. Базіло С. Традиційні та інноваційні методи розв'язання конфліктів у діяльності держслужбовців / С. Базіло // Персонал. – № 8. – 2007. – С. 60–65.
3. Жмудь В. Запровадження процедури медіації (примирення) у законодавстві України [Електронний ресурс] / В. Жмудь. – Режим доступу: <http://www.rj.org.ua/node/158>.
4. Замніус В. Передумови впровадження процедури медіації в Україні [Електронний ресурс] / В. Замніус, Д. Ковриженко, В. Землянська // Часопис ПАРЛАМЕНТ. – 2004. – № 3. – Режим доступу: <http://www.lawyer.org.ua/?w>.
5. Кузьменко С.Г. Медіація, або 15 років законодавчих ініціатив / С.Г. Кузьменко // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. – 2015. – № 15. – Т. 2. – С. 30–32.
6. Маврин О. Професія – медіатор [Електронний ресурс] / О. Маврин. – Режим доступу: www.ecsoman.edu.ru.
7. Мазаракі Н. Медіація в Україні: проблеми теорії та практики / Н. Мазаракі // Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. – 2016. – № 1. – С. 92–100.
8. Омелинская М. Попытка №... Будет ли в Украине в 2016 году введен институт медиации? [Електронний ресурс] / М. Омелинская. – Режим доступа: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2016/7/8/147790.htm>.
9. Пояснювальна записка 17.12.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=57463&pf35401=369788>.
10. Про медіацію: Проект Закону України № 3665 від 17.12.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463.
11. Рекомендація N R (99) 19 Комітету міністрів Ради Європи державам – членам Ради, які зацікавлені в організації медіації у кримінальних справах [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_828.
12. ЮНСИТРАЛ Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению (2002 год) [Електронний ресурс]. – Режим доступа: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90995_Ebook.pdf.

Надійшла до редколегії 28.02.17

Б. Лео, канд. психол. наук, доц.

Частное высшее учебное заведение "Буковинский университет", Черновцы, Украина

МЕДИАТОР: ПРОБЛЕМА ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ КОМПЕТЕНТНОСТИ (в контексте необходимости принятия Закона Украины "О медиации")

Исследуются вопросы внедрения в Украине медиации. Медиация характеризуется как процесс разрешения споров. Проанализированы законопроекты о медиации. Рассмотрены специфические навыки и способности медиатора.

Ключевые слова: посредничество, медиатор, закон о медиации, профессиональная компетенция, профессионально важные качества.

B. Leko, PhD. Psychology, assistant professor

Private higher education institution "Bukovina University", Chernovtsy, Ukraine

MEDIATORS PERSON: THE PROBLEM OF PROFESSIONAL COMPETENCE (necessary in the context of the Law of Ukraine "On mediation")

The article analyzes the problem of implementation in Ukraine of mediation. Characterized mediation as a process of mediation in dispute resolution. Analyzes draft laws of Ukraine on mediation. We consider the specific skills and abilities mediator.

Key words: mediation; the mediator, the law on mediation, professional competence, professionally important qualities.

УДК 336.22

Р. Мельниченко, асп.
Київський національний торговельно-економічний університет, Київ

ПОНЯТТЯ, СУТНІСТЬ І ПРИЗНАЧЕННЯ ПОДАТКОВОГО КОНТРОЛЮ ТРАНСФЕРТНОГО ЦІНОУТВОРЕННЯ В УКРАЇНІ

Присвячено дослідженню сутності податкового контролю трансфертного ціноутворення в Україні. Проаналізовано основні доктринальні підходи щодо понять "трансфертні ціни" та "трансфертне ціноутворення". Встановлено й окреслено найпоширеніші способи застосування транснаціональними корпораціями інструментів трансфертного ціноутворення з метою ухилення від оподаткування. Наведено основні висновки щодо податкового контролю трансфертного ціноутворення в Україні.

Ключові слова: податковий контроль, трансфертне ціноутворення, трансфертні ціни, об'єкт адміністративно-правового регулювання, адміністрування податків та зборів.

Питання податкового контролю трансфертного ціноутворення набуває дедалі більшої актуальності в умовах глобалізації світової економіки, завдяки якій з'явилися та успішно розвиваються транснаціональні корпорації (далі – ТНК). Механізми трансфертного ціноутворення виникли у другій половині ХХ ст. одночасно з виникненням великих ТНК та активізацією міжнародної торгівлі. За рахунок встановлення трансфертних цін ТНК мають цілком легальну можливість ухилятися від оподаткування.

Економічна могутність ТНК в кінці ХХ ст. досягла планетарних масштабів. Нині ТНК контролюють, щонайменше, до половини світового промислового виробництва, 63 % світової торгівлі, а також приблизно 80 % патентів та ліцензій на нову техніку, технології і ноу-хау. Під контролем ТНК перебуває 90 % світового ринку пшениці, кави, кукурудзи, лісоматеріалів, тютюну, джута та залізної руди, 85 – ринку міді і бокситів, 80 – чаю та олова, 75 % – бананів, натурального каучуку та сирої нафти [1, с. 94].

Наведені статистичні показники надають можливість стверджувати, що ТНК контролюють питому вагу всієї міжнародної торгівлі. З останнього слідує, що використання трансфертного ціноутворення може не просто завдавати збитків окремо взятій країні у вигляді несплати податків до її державного бюджету. Так, проблема трансфертного ціноутворення підсилюється тим, що ТНК за допомогою трансфертних цін можуть визначати або ж підривати міжнародну економіку шляхом перерозподілу економічних ресурсів. При цьому варто пам'ятати, що будь-яка ТНК має свого кінцевого бенефіціара або групу бенефіціарів, які здійснюють на неї вирішальний вплив та які отримують прибуток від її діяльності. Інакше кажучи, окремі групи фізичних осіб можуть істотно впливати не просто на стабільність окремо взятої національної економіки, але і на формування глобальної світової економіки. Зазначені фактори обумовлюють об'єктивну потребу всіх держав світу у здійсненні ефективного податкового контролю тих операцій, у яких застосовують трансфертні ціни. Такий вид державного контролю вже встиг стати однією із концептуальних умов стабільності національної економіки.

Для повноти ілюстрації окресленої проблеми трансфертного ціноутворення доречним буде наведення висновку Організації економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР), яка акцентувала увагу міжнародної спільноти на тому, що в сучасному світі вже неможливо розглядати систему оподаткування будь-якої країни ізольовано від податкових систем інших країн у контексті визначення податкових зобов'язань ТНК [2, с. 15]. Міжнародний валютний фонд з цього приводу також заявив, що глобалізація торгівлі створює проблеми для національних податкових органів, які полягають у використанні та часто зловживанні ТНК трансфертними цінами за кредитами, дивідендами, товарами та послугами, вартістю товарних знаків і патентів [3, с. 14].

Метою статті є правовий аналіз і характеристика сутності податкового контролю трансфертного ціноутворення в Україні.

Теоретичною основою статті стали наукові праці вчених з різних галузей права, які в тій чи іншій мірі досліджували адміністративно-правове регулювання податкових правовідносин, а також податковий контроль трансфертного ціноутворення в Україні. Аналізу цих проблем присвячено наукові роботи О.М. Вакульчик, З.С. Варналія, М.Є. Верстової, А.В. Головача, С.В. Жесткова, О. В. Жукової, Т.М. Карнаух, М.П. Кучерявенка, Є.В. Курінного, М.В. Кустової, І.С. Луценко, А.П. Макаренка, В.Б. Марченка, П.В. Мельника, К.А. Непесов, Н.Ю. Пришви, О.В. Рябич, Ф.П. Ткачик, Р.Г. Неделіної, О.А. Ногіної, А.О. Селіванова, М.С. Студенікіної, В.І. Теремецького, О.І. Черевко, А.В. Шанигіна, А.М. Штангрета.

За роки незалежності України темою трансфертного ціноутворення практично не цікавилися з огляду на те, що в нашій державі до 2013 р. такого виду державного контролю просто не існувало. Аналіз доктрини адміністративного та податкового права України дає нам можливість стверджувати, що наявні дослідження трансфертного ціноутворення мають фрагментарний та епізодичний характер. Зазвичай наявні в юридичній літературі праці, які торкаються трансфертного ціноутворення, присвячені вузькій правовій проблематиці та, як наслідок, мають епізодичний і фрагментарний характер. Дотепер у правовій доктрині України відсутнє комплексне дослідження теми податкового контролю трансфертного ціноутворення. Таким чином, постає об'єктивна необхідність у дослідженні поняття, сутності та призначення податкового контролю трансфертного ціноутворення в Україні.

Перед тим, як перейти до характеристики власне податкового контролю трансфертного ціноутворення в Україні необхідно зупинитися на детальному аналізі понять "трансфертного ціноутворення", а також "трансфертні ціни". Зазначені поняття є базовими в межах нашого дослідження.

У світовій практиці уникнення від оподаткування правомірними способами і засобами прийнято називати "податковим плануванням", яке є невід'ємною частиною управлінської діяльності [4, с. 576; 5, с. 249]. А.М. Штангрет підкреслює, що застосування податкового планування є виправданим задля збільшення ефективності управління підприємством. Водночас кожна держава по-своєму обмежує застосування таких фінансових інструментів, встановлюючи рамки, за межами яких податкове планування визнається ухиленням від сплати податків. Метою встановлення обмежень державою є збільшення надходжень від платників податків за допомогою негативного стимулювання [6, с. 5].

Трансфертне ціноутворення цілком обґрунтовано можна розглядати як правовий інструмент, що використовується суб'єктами господарювання для оптимізації

свого податкового навантаження. Маніпулювання цінами може надати суб'єктам господарювання суттєві податкові переваги, за умови, що вони це здійснюють у межах законодавства. Однак від здійснення податкового планування держава зазнає значних збитків, оскільки їй до бюджету не надходять податкові платежі в повній мірі. Внаслідок цього застосування трансфертного ціноутворення призводить до ухилення платниками податків від декларування своїх реальних доходів, що підтримує фінансовий потенціал національної економіки.

Із цього приводу О.І. Черевко зауважує, що трансфертне ціноутворення є методом перерозподілу ресурсів й оптимізації оподаткування, який впливає на розподіл доходів, прибутків, ризиків, а також на якість життя. Управління трансфертним ціноутворенням покликане забезпечити ефективніші координацію та регулювання внутрішньогосподарських зв'язків, зниження сукупних витрат, підвищення мотивації працівників [7, с. 94].

Цілком поділяємо наукову позицію, що одним з основних і найефективніших засобів податкового планування є цивільно-правовий договір [8, с. 8]. Очевидно, що останнє є справедливим і для господарсько-правового договору. За допомогою принципу свободи договору учасники цивільного обороту взаємно виражають й узгоджують свою волю та інтереси.

Для ілюстрації значення та ваги принципу свободи договору в контексті трансфертного ціноутворення наведемо слова Г.Ф. Шершеневича, який одним із перших акцентував увагу на тому, що право на свободу договору стало однією з головних засад сучасного правового порядку, подібно праву на приватну власність [9, с. 78]. Й.О. Покровський також визначав принцип свободи договору "верховною засадою" всієї галузі цивільного права [10, с. 249–251]. Як убачається, принцип свободи договору є рушійним джерелом розвитку приватноправових відносин, оскільки надає його учасникам право на свій розсуд визначати всі умови договору, у тому числі й ціну.

Відповідно до ч. 3 ст. 180, а також ч. 2 ст. 189 Господарського кодексу України ціна є істотною умовою господарського договору. Останнє означає: у разі, якщо сторонами не досягнуто згоди щодо ціни договору, то такий договір вважають неукладеним [11].

Законом, який визначає основні засади цінової політики і який регулює відносини, що виникають у процесі формування, встановлення та застосування цін, а також здійснення державного контролю (нагляду) та спостереження у сфері ціноутворення є Закон України "Про ціни і ціноутворення" [12]. Зазначений закон визначає базове поняття "ціноутворення" як процес формування та встановлення цін. Відповідно до ст. 10 Закону України "Про ціни і ціноутворення" під час провадження господарської діяльності суб'єкти господарювання використовують:

- вільні ціни – встановлюються суб'єктами господарювання самостійно за згодою сторін на всі товари, крім тих, щодо яких здійснюється державне регулювання цін;
- державні регульовані ціни – запроваджуються на товари, які справляють визначальний вплив на загальний рівень і динаміку цін, мають істотну соціальну значущість, а також на товари, що виробляються суб'єктами, які займають монопольне (домінуюче) становище на ринку [12].

Таким чином, за загальним правилом особи є вільними у визначенні ціни товарів, робіт, послуг. Зазвичай суб'єкти господарювання, переслідуючи отримання прибутку, передбачають ринкову ціну в договорах зі своїми контрагентами. Разом із цим, за допомогою інструментів трансфертного ціноутворення сторони можуть зловживати своїм правом вільно визначати ціну договору, умисно завищуючи або занижуючи ціну.

Останнє спрямоване на розмивання податкової бази і, як наслідок, ухилення від оподаткування.

Із зазначеного приводу Т.М. Карнаух пише про те, що структура податкових систем більшості країн світу значною мірою базується на оподаткуванні фінансового результату компаній. Розмір прибутку впливає на розмір податкової бази з податку на прибуток корпорацій, податку на додану вартість, податку на приріст капіталу. Своєю чергою, прибуток формується виходячи з розміру отриманих доходів компанії та обсягу у здійснених витрат. При цьому ціни, за якими укладаються правочини, є ключовим фактором, що впливає на розмір доходів і витрат. Зважаючи на це ціноутворення дає широкі можливості для розподілу прибутку між залежними організаціями, і, зрозуміло, такий розподіл здійснюється в порядку, найвигіднішому загалом для холдингу [13, с. 121–122].

Трансфертне ціноутворення характеризують як один із методів формування ціни товарів і послуг, які реалізуються в межах однієї транснаціональної компанії [14]. Організація об'єднаних націй визначила термін "трансфертне ціноутворення" як загальний термін, що вживається для позначення ціноутворення в зовнішньоекономічних внутрішньогрупових операціях із товарами, нематеріальними активами або послугами [15].

Класичним вважають підхід Ф.К. Веллосо, відповідно до якого трансфертне ціноутворення полягає в маніпулюванні видатками, прибутками і затратами в угодах між "пов'язаними" (*related*) особами способом, відмінним від того, який би був використаний в операціях, здійснених на нормальних ринкових умовах, з метою отримання податкової вигоди (*tax benefit*) [16, с. 313].

Вітчизняні вчені А.М. Штангрет, С.Г. Мартинюк та Л.Є. Сухомлин також зазначають, що трансфертне ціноутворення в загальному розумінні є процесом встановлення внутрішньофірмових цін (т. зв. трансфертних), за якими товари, послуги, грошові засоби та інші активи передаються від одного підрозділу компанії до іншого, а також наступний розрахунок фінансового результату діяльності кожного підрозділу з урахуванням цих трансфертних цін. Іноді зазначені операції здійснюються не безпосередньо між підрозділами, а через спеціальні підрозділи-посередники (трансфертні центри) [17, с. 23].

Поряд із цим, у юридичній літературі трансфертне ціноутворення часто визначається як викривлення цін угод або розподілу прибутків чи витрат задля мінімізації податкового навантаження [6, с. 3–4; 7, с. 94; 18, с. 148].

Як бачимо, використання трансфертного ціноутворення дозволяє цілком легально "оптимізувати" базу оподаткування. Останнє супроводжується виведенням фінансових ресурсів за межі національної економіки, а також їх зосередженням у низькоподаткових юрисдикціях. Зрозуміло, що трансфертне ціноутворення негативно відображається на національній економіці держави, яка недоотримує лівову частку податкових надходжень резидента.

Транснаціональні корпорації характеризуються наявністю розгалуженої структури юридичних осіб у різних державах, причому всі ці юридичні особи контролюються безпосередньо чи опосередковано єдиним центром. Саме тому вони є пов'язаними між собою, а отже, можуть встановлювати вигідні для себе умови операцій, які здійснюються всередині ТНК. Таким чином розподіляються доходи окремих юридичних осіб ТНК, що може бути обумовлено різними податковими режимами для окремих доходів, окремих організаційно-правових форм суб'єктів господарювання, положеннями двосторонніх угод про уникнення подвійного оподаткування та податковими системами різних держав. Хоча трансфертне ціноутворення не впливає на прибуток ТНК, усе ж воно

безпосередньо визначає перерозподіл прибутків окремих юридичних осіб у межах групи [19].

А.М. Штангрет надзвичайно вдало структурував риси, які зазвичай властиві ТНК: 1) створення системи міжнародного виробництва, яке розповсюджене серед багатьох країн світу, але контролюється з єдиного центру; 2) висока інтенсивність внутрішньокорпоративної торгівлі між філіями, що розташовані в різних країнах; 3) відносна незалежність в ухваленні операційних рішень як від країни базування, так і від приймаючої країни; 4) глобальна структура зайнятості і мобільність персоналу між країнами; 5) розробка, передача і використання передової технології в межах замкненої корпоративної структури [17, с. 23].

Виходячи з вище викладеного можна дійти висновку, що поняття *трансфертна ціна* означає ту ціну, яка формується ТНК у процесі здійснення нею торговельної діяльності між афілійованими компаніями, що розміщуються в різних країнах і, відповідно, різних податкових юрисдикціях. За своєю суттю трансфертне ціноутворення означає внутрішньогосподарське ціноутворення на продукцію, що рухається між підрозділами підприємства, які розташовані в різних державах. Тобто, трансфертне ціноутворення полягає у встановленні цін в операціях між компаніями групи.

Відтак, погоджуємось із тезою П. Реймодса-Моллера, що правове регулювання трансфертного ціноутворення може супроводжуватися податковою конкуренцією між державами, на території яких підрозділи ТНК здійснюють свою діяльність [20, с. 230]. Останнє є цілком закономірним, оскільки ТНК отримує доходи від своєї діяльності в різних податкових юрисдикціях. Природно, що ТНК буде завжди прагнути сплачувати податки в тій країні, у якій передбачається менша податкова ставка на прибуток.

ОЕСР також відзначила, що використання трансфертного ціноутворення може бути обумовлене не тільки податковими мотивами ТНК, але й іншими причинами, наприклад, валютний контроль, запровадження антидемпінгового мита, державне регулювання цін, вимоги щодо руху коштів на підприємствах у межах групи пов'язаних осіб, тиск з боку акціонерів, які зацікавлені у високому рівні прибутковості на рівні материнської компанії [2, с. 34].

У спеціалізованій літературі можна зустріти також інші мотиви застосування трансфертних цін. Наприклад, викривлення ціни придбання товарів або послуг з-за кордону може мати на меті обійти правила валютного регулювання чи інших норм, що регламентують репатріацію прибутку [21, с. 223]. Іншою причиною трансфертного ціноутворення можуть бути міркування фінансового менеджменту компанії як засобу підвищення ефективності використання фінансових ресурсів та підвищення особистої відповідальності менеджерів [22, с. 201].

Окрім вищезазначених причин, мотивом використання трансфертного ціноутворення може бути легалізація коштів, здобутих злочинних шляхом. Зручність відмивання коштів у такий спосіб полягає в тому, що зовнішньоекономічна діяльність характеризується відносно низькою імовірністю виявлення ознак незаконності джерела походження таких коштів. Принагідно додати, що найпоширенішими джерелами походження незаконних коштів, які легалізуються через трансфертне ціноутворення, можуть бути: 1) доходи, отримані внаслідок традиційних форм кримінальної діяльності; 2) доходи від нецільового використання державних бюджетних коштів і державних запозичень.

Таким чином, трансфертне ціноутворення може бути обумовлене різними причинами. Однак у будь-якому

випадку основною причиною застосування трансфертних цін є податкові мотиви, що полягають у розмиванні податкової бази й ухиленні від сплати податків. Цілком погоджуємось із К.А. Непесовим у тому, що основною метою застосування трансфертних цін є "перенесення" податкової бази на афілійовану особу, яка перебуває в більш сприятливому податковому чи іншому адміністративному режимі. Ідеться про різні податкові преференції, зокрема, про наявність статусу резидента офшорної зони, надання податкових канікул, застосування пільгових податкових ставок, право на використання інших податкових переваг. При цьому таке перенесення зазвичай здійснюється шляхом маніпулювання цінами угод [23, с. 5].

Перенесення ТНК прибутку в низькоподатковій юрисдикції призводить до недоотримання державами податків, які мали бути сплаченими суб'єктами господарювання. Іншими словами, внаслідок застосування податкових норм, що дозволяють зменшувати податкову базу за рахунок цінних маніпуляцій, держава недоотримує належних податкових платежів, які б вона отримала за умови застосування платниками податків ринкових цін. Окрім того, держави можуть зазнавати збитків через обхід ТНК імперативних норм митного й антимонопольного законодавства.

У зв'язку із цим у всіх державах світу виникла необхідність у правильному визначенні оподатковуваного прибутку кожного підрозділу ТНК, який може існувати як у формі самостійної юридичної особи, так й у формі постійного представництва. Загалом ідея державного регулювання трансфертного ціноутворення полягає в обмеженні свободи сторін визначати договірну ціну, що спрямовано на правильне нарахування податків.

До вище наведеного варто також додати висновок О.І. Черевко, що трансфертне ціноутворення переважно використовують високорозвинені країни і меншою мірою країни, які розвиваються. Це пов'язано з тим, що більшість ТНК базуються в розвинених країнах, а країни, які розвиваються, є, головним чином, приймаючою стороною. Таким чином, несправедливі трансфертні ціни призводять до перекачування фінансових ресурсів із другої групи країн у першу, що породжує ще більший розрив в економічному розвитку [7, с. 94]. Останнє яскраво ілюструє негативний вплив трансфертного ціноутворення на міжнародну економіку світу.

При здійсненні правового регулювання трансфертного ціноутворення держава має виходити із принципу збалансованості між публічними та приватними інтересами. У будь-якому випадку на законодавчому рівні має бути чітко визначена ступінь державного втручання. Метою публічно-правового регулювання трансфертного ціноутворення є оподаткування прибутку того платника податків, який реально отримав відповідний фінансовий результат або який би мав право на його отримання, за відсутності мотивів щодо мінімізації податкової бази. З даного приводу К.А. Непесов вдало підкреслив, що основною метою розподілу прибутку ТНК загалом є забезпечення справедливої частки податкової бази для кожної податкової юрисдикції, у межах якої функціонує відповідний підрозділ ТНК [23, с. 4].

Зрозуміло, що при правовому регулюванні трансфертного ціноутворення ідеться про оподаткування прибутку тих транснаціональних корпорацій, які мають комерційну присутність на території кількох податкових юрисдикцій. Держави, з яких здійснюється "вплив" податкових платежів, зацікавлені в ефективному правовому регулюванні трансфертного ціноутворення. Суть такого регулювання зводиться до того, що з метою ефективного оподаткування діяльності ТНК держави встановлюють правила ціноутворення у операціях між

пов'язаними особами. У разі порушення таких правил податкові зобов'язання платників податків мають бути переглянуті уповноваженими державними органами. Разом із тим варто звернути увагу, що трансфертне ціноутворення може виникати не тільки в зовнішньоекономічній діяльності ТНК, але і в межах однієї держави. Застосування трансфертних цін може мати місце також у відносинах між пов'язаними між собою резидентами однієї і тієї ж податкової юрисдикції.

На практиці способи реалізації механізму трансфертних цін можуть бути різними. О.М. Вакульчик виокремлює такі способи використання трансфертного ціноутворення з метою мінімізації податкових зобов'язань [24, с. 12]:

1) українські підприємства, які входять до торговельно-промислових груп, експортують виготовлену продукцію пов'язаним особам, що перебувають у юрисдикціях із низьким рівнем оподаткування, за цінами, близькими до собівартості, а ті, у свою чергу, реалізують її покупцям за ринковими цінами. Таким чином, більша частина прибутку від реалізації залишається за кордоном, а Україна в повній мірі не отримує податки і виручка в іноземній валюті не потрапляє в національну банківську систему;

2) дистриб'ютори міжнародних компаній увозять на територію України продукцію іноземних виробників, завищуючи ціну, що, у свою чергу, зменшує прибуток української фірми від перепродажу таких товарів вітчизняним покупцям, а отже – суму податків, що підлягають сплаті до бюджету. Різниця, що при цьому утворюється, осідає у країні, з якої прийшла така поставка;

3) застосування трансфертних цін в операціях на внутрішньому ринку. По-перше, багато українських підприємств користуються пільговим режимом оподаткування (наприклад, сільське господарство). По-друге, у роки кризи підприємства накопичили значні податкові збитки, що дозволяє їм зараз не платити податки. Саме такі компанії можуть ставати агентами для проведення операцій, наслідком яких є виведення прибутку з-під оподаткування.

Із цього приводу К.А. Непесов зазначає, що в Росії найпоширенішим способом є переміщення податкової бази на торгову компанію, яка є афілійованою особою організації-виробника. Таке переміщення здійснюється шляхом реалізації виробленого товару за заниженими цінами на користь торгової компанії, а остання, у свою чергу, реалізує отриманий товар за звичайними ринковими цінами. У підсумку, значна частина прибутку формується на рівні саме торгової компанії [23, с. 7].

Варто підкреслити, що вище наведений спосіб застосування трансфертних цін є найпоширенішим не тільки в Росії, але і в усьому світі. Класична модель застосування трансфертного ціноутворення передбачає здійснення експорту продукції за заниженими (неринковими) цінами, що надає змогу мінімізувати податкові та митні платежі резидентам й, одночасно, акумулювати на рахунках підконтрольних іноземних компаній різницю між задекларованими та світовими цінами. Звичай продукція експортується афілійованими компаніям, зареєстрованим в офшорних юрисдикціях з пільговим податковим навантаженням. У підсумку, афілійована іноземна компанія перепродає продукцію вже за ринковими світовими цінами, залишаючи увесь прибуток на власних рахунках.

Іншим широко поширеним способом застосування трансфертних цін є вчинення багатьох угод із неіснуючими компаніями або угод із третіми особами через "компанію-одноденку" з подальшим її припиненням для

отримання податкових переваг у вигляді неперерахованих у бюджет податків [25].

Розмивання податкової бази за допомогою трансфертного ціноутворення може здійснюватися не тільки внаслідок цінового маніпулювання афілійованими компаніями, але і внаслідок маніпулювання доходами і видатками. Так, як один із прийомів трансфертного ціноутворення використовують договори без ціни або договори, у процесі виконання яких не здійснюється реалізація товарів, послуг або нематеріальних активів, ціну яких можна було б перевірити. Наприклад, у світовій практиці широко застосовують інститут угод про розподіл видатків, які визначаються як договори, укладені з метою розподілу між його сторонами витрат і ризиків, пов'язаних зі спільною розробкою, виробництвом або придбанням активів, послуг або майнових прав, і встановлення частки участі кожної сторони у відповідних активах, послугах або правах [23, с. VI]. Використання угод про розподіл видатків може бути обумовлено суто податковими мотивами, оскільки це надає змогу сторонам переказувати отримані доходи на користь того учасника, який перебуває у сприятливішій податковій юрисдикції.

Здійснивши узагальнення вище наведених доктринальних підходів і нормативних положень, резюмуємо та виокремимо найпоширеніші способи застосування ТНК трансфертного ціноутворення з метою ухилення від оподаткування:

- переміщення податкової бази афілійованими компаніям, які зареєстровані в низькоподаткових юрисдикціях, шляхом експорту товарів, робіт, послуг за заниженими (трансфертними) цінами;

- розмивання податкової бази за рахунок імпорту на внутрішній ринок товарів, робіт, послуг за завищеними цінами і наступного їх перепродажу покупцям за звичайними цінами;

- застосування трансфертних цін на внутрішньому ринку з афілійованими компаніями, які мають податкові переваги;

- укладання договорів із неіснуючими компаніями або з афілійованими "компаніями-одноденками", які згодом припиняють свою діяльність і не сплачують податків;

- укладання між афілійованими компаніями договорів без ціни або ж договорів, у процесі виконання яких не здійснюється реалізація товарів, робіт, послуг, ціну яких можна було б перевірити.

При здійсненні перевірки підозрілих операцій податковим контролюючим органам обов'язково слід брати до уваги суб'єктивну сторону суб'єктів господарювання. Погоджуємось із К.А. Непесовим у тому, що ключовим питанням є суб'єктивна сторона діяння, яке призводить до заниження податкової бази. Так, у разі, якщо в особи відсутній мотив або мета ухилення від оподаткування, а спотворення ціни обумовлено об'єктивними причинами, а не недобросовісністю платника податків, то "карати" його у вигляді донарахування обов'язкових платежів неправомірно [23, с. V]. Аналогічною є позиція ОЕСР, яка полягає в тому, що не припустимо донарахувати податки тим підприємствам, які виявилися менш успішними порівняно з іншими, коли відсутність успіху пояснюють комерційними чинниками [26].

Доречним буде також зазначити, що при бажанні або потребі кінцеві бенефіціари ТНК та афілійованих компаній можуть безперешкодно повернути кошти в Україну під виглядом: 1) іноземних інвестицій, 2) довготермінової позики в іноземній валюті без сплати відсотків за користування або ж за мінімальною відсотковою ставкою, 3) довготермінової фінансової допомоги; 4) фіктивних договорів про надання послуг. Виведений у "податкові гавані" капітал і прибутки можуть поверта-

тися у країну і направлятися на підтримку і розширення бізнесу, що буде приносити цілком легальний дохід. Однак у будь-якому разі повернення виведених коштів за допомогою трансфертного ціноутворення далеко не покрийє тих збитків, яких зазнала Україна від несплатених до державного бюджету податків. Ураховуючи зазначене, цілком зрозумілим постає висновок Державної служби фінансового моніторингу України, який полягає в такому: незважаючи на те, що економіка України потребує якнайбільше інвестицій, необхідно мати на увазі, що гроші неоднакові та їхній вплив на економіку в позитивному чи негативному аспектах залежить від того, у яких руках вони перебувають [27, с. 68].

Як випливає із вищевикладеного, трансфертне ціноутворення несе серйозні ризики як для окремо взятої держави, так і для світової економіки. Договірна свобода транснаціональних корпорацій і промислово-фінансових груп не може бути необмеженою, незважаючи на принцип свободи договору у приватно-правових відносинах. Господарська діяльність таких суб'єктів господарювання має підлягати жорсткому податковому контролю з боку держави. Останнє є особливо актуальним для України, у якій трансфертне ціноутворення доволі успішно використовувалося з моменту проголошення 24 серпня 1991 р. незалежності.

Із зазначеного приводу доречним буде навести висновки Державної служби фінансового моніторингу України, яка з'ясувала, що основними протиправними схемами при здійсненні експортно-імпорتنих операцій є:

- використання зовнішньоекономічних операцій для виведення капіталів з України: використання фіктивних імпорتنих контрактів ("псевдоімпорт"); експорт за заниженими цінами; імпорт за завищеними цінами;
- використання зовнішньоекономічних операцій для безпідставного формування податкового кредиту, незаконного відшкодування ПДВ й ухилення від його сплати: використання фіктивних експортних контрактів ("псевдо-експорт", "нетиповий" експорт);
- придбання товарів, які підлягають експорту, за завищеними цінами з використанням фіктивних підприємств; імпорт за заниженими цінами;
- використання зовнішньоекономічних операцій для отримання податкових пільг [27, с. 47].

Не важко прослідкувати, що фактично всі наведені експортно-імпорتنі операції резидентів України передбачають використання трансфертного ціноутворення. Саме процес трансфертного ціноутворення в зовнішньоекономічній діяльності резидентів має бути предметом підвищеної уваги податкових контролюючих органів. Призначенням податкового контролю трансфертного ціноутворення є забезпечення дотримання всіма суб'єктами господарювання правил використання трансфертного ціноутворення і запобігання ухиленню від оподаткування та вивиманню коштів із державного бюджету.

В Україні податковий контроль трансфертного ціноутворення був впроваджений Законом України "Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо трансфертного ціноутворення" від 04.07.2013 № 408-VII, який набрав чинності 01.09.2013 [28]. Зазначений вид державного контролю спрямований на запобігання виведення прибутку в країни із податковими преференціями (податкові гавані), де передбачені низькі ставки оподаткування або ж воно взагалі відсутнє.

Після внесення змін до Податкового кодексу України в п.п. 39.1.1 п. 39.1 ст. 39 було визначено, що податковий контроль за трансфертним ціноутворенням передбачає коригування податкових зобов'язань платника податків до рівня податкових зобов'язань, розрахованих за умови відповідності комерційних та/або фінансо-

вих умов контрольованої операції комерційним та/або фінансовим умовам, які мали місце під час здійснення зіставних операцій, передбачених цією статтею, сторони яких не є пов'язаними особами.

Разом із цим, у п.п. 14.1.251-1 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України було визначено, що трансфертне ціноутворення – це система визначення звичайної ціни товарів та/або результатів робіт (послуг) в операціях, визначених відповідно до ст. 39 цього Кодексу контрольованими.

Варто наголосити, що на відміну від загального поняття "ціноутворення", закріпленого в Законі України "Про ціни і ціноутворення" [12], поняття "трансфертного ціноутворення" в Податковому кодексі України було визначено не як "процес", а як "система". З огляду на це у спеціалізованій літературі зауважується, що поняття "процес" є вужчим порівняно з поняттям "система" (яке, власне, передбачає й елементи, і процес взаємодії таких елементів). Із вищезазначеного формується висновок, що законодавець визнав за потрібне надати трансфертному ціноутворенню більшого значення та ваги. Іншими словами, за логікою законодавця, загальне визначення ціни договору має сприйматися як менш важливе, ніж визначення трансфертної ціни [29, с. 36].

Із проведеного аналізу видно, що ключовими у терміні "трансфертного ціноутворення" є два аспекти: 1) спрямованість на визначення звичайної ціни товарів, робіт, послуг; 2) поширення не на всі господарські операції платників податків, а тільки на ті, які визнані контрольованими. Податковий контроль трансфертного ціноутворення спрямований на запобігання ухиленню суб'єктів господарювання від оподаткування шляхом маніпулювання цінами. Саме тому уповноважені державні органи покликані перевіряти, чи відповідають контрольовані операції ринковим цінам.

Відповідно до п.п. 39.2.1.1 п. 39.2 ст. 39 Податкового кодексу України контрольованими операціями визнаються:

- господарські операції, що здійснюються з пов'язаними особами-нерезидентами, у тому числі якщо в ланцюгу господарських операцій між платником податків і його пов'язаною особою-нерезидентом, перш ніж перейти від платника податків до пов'язаної особи-нерезидента (у разі експортних операцій) або перш ніж перейти від пов'язаної особи – нерезидента до платника податків (у разі імпорتنих операцій) переходить до однієї або кількох непов'язаних осіб, які не виконують істотних функцій та не використовують істотних активів;
- зовнішньоекономічні господарські операції із продажу та/або придбання товарів та/або послуг через комісіонерів-нерезидентів;
- господарські операції, що здійснюються з нерезидентами, зареєстрованими в державах (на територіях), внесених до переліку держав (територій), затвердженого Кабінетом Міністрів України, або які є резидентами цих держав;
- господарські операції, що здійснюються з нерезидентами, які не сплачують податок на прибуток (корпоративний податок), у тому числі з доходів, отриманих за межами держави реєстрації таких нерезидентів, та/або не є податковими резидентами держави, у якій вони зареєстровані як юридичні особи. Перелік організаційно-правових форм таких нерезидентів у розрізі держав (територій) затверджується Кабінетом Міністрів України [30].

При цьому слід мати на увазі, що вище наведені господарські операції мають статус "контрольованих" за одночасного виконання таких умов (п.п. 39.2.1.7 п. 39.2 ст. 39 Податкового кодексу України):

- річний дохід платника податків від будь-якої діяльності, визначений за правилами бухгалтерського обліку,

перевищує 150 млн грн (за вирахуванням непрямих податків) за відповідний податковий (звітний) рік;

- обсяг таких господарських операцій платника податків з кожним контрагентом, визначений за правилами бухгалтерського обліку, перевищує 10 млн грн (за вирахуванням непрямих податків) за відповідний податковий (звітний) рік [30].

Сутність податкового контролю трансфертного ціноутворення полягає у здійсненні контролюючими податковими органами системи заходів щодо встановлення відповідності цін у контрольованих операціях (операціях між пов'язаними особами) рівню ринкових цін. Здійснюючи даний контроль, уповноважені державні органи мають виходити із принципу "витягнутої руки" та визначати "звичайну ціну" товарів, робіт, послуг.

Податковий кодекс України в п. 39.3 ст. 39 визначає детальний алгоритм (методи) встановлення відповідності контрольованих операцій принципу "витягнутої руки". За загальним правилом ціна у контрольованих операціях вважається звичайною доти, поки контролюючими органами не буде доведено протилежне у визначеному законом порядку. Таким чином, у випадку трансфертного ціноутворення діє презумпція правдивості дій платника податків, а тягар доказування лежить саме на державних органах.

Колектив авторів у складі О.В. Жукової, В.І. Дубницького, В.О. Варені, М.В. Косовського та Р.Г. Задорожного, здійснивши аналіз положень п.п. 14.1.71 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України, наводить такі практичні узагальнення щодо застосування концепції "звичайної ціни" при трансфертному ціноутворенні:

- звичайні ціни не можуть бути нижчими від встановлених законодавством мінімальних або індикативних цін;
- у разі проведення оподатковуваних операцій, що потребують попереднього експертного визначення вартості відповідного об'єкта оцінки, така експертна оцінка важлива тільки в разі, якщо методи визначення трансфертної ціни не можуть бути застосовані. Іншими словами, експертна оцінка у трансфертному ціноутворенні має другорядне значення;
- проведення аукціону (публічних торгів) звільняє від необхідності розрахунку звичайної ціни за податковими правилами. Аналогічне правило стосується примусового продажу (відчуження) майна згідно із законодавством;
- для форвардних або ф'ючерсних контрактів звичайною ціною визнають ціну, що відповідає рівню ринкових цін на момент укладання такого контракту.

Учені звертають увагу, що платники податків можуть використовувати аукціони (публічні торги), форвардні та ф'ючерсні контракти як інструмент оптимізації звичайної ціни. Для форвардних і ф'ючерсних контрактів є очевидна можливість укладання угод у момент "зручних" цін, що склалися на ринку [29, с. 37].

Відповідно до п.п. 39.5.1 п. 39.5 ст. 39 Податкового кодексу України податковий контроль за встановленням відповідності умов контрольованих операцій принципу "витягнутої руки" здійснюється шляхом моніторингу контрольованих операцій та проведення перевірок платників податків з питань повноти нарахування і сплати податків під час здійснення контрольованих операцій [30]. Доречним буде зазначити, що даний принцип є міжнародним стандартом податкового права, який був розроблений і затверджений ОЕСР як рекомендований до використання при встановленні трансфертних цін.

Офіційне визначення принципу "витягнутої руки" на міжнародному рівні знайшло своє закріплення в п. 1 ст. 9 Типової податкової конвенції ОЕСР. Принцип "витягнутої руки" полягає в такому: у разі, якщо між двома афілійованими підприємствами в їхніх комер-

ційних або фінансових взаємовідносинах створюються або встановлюються умови, відмінні від тих, які мали б місце між двома незалежними підприємствами, тоді будь-який прибуток, який за відсутності таких умов міг би бути нарахований одному з них, але із причин наявності цих умов не був йому нарахований, може бути включений до прибутку цього підприємства і відповідно оподаткований [2, с. 35].

Слід зауважити, що, упроваджуючи податковий контроль трансфертного ціноутворення, український законодавець максимально імплементував у національне законодавство принцип "витягнутої руки". Головна його ідея зводиться до того, що обсяг податкових зобов'язань пов'язаних між собою суб'єктів господарювання не залежить від їхніх договірних зобов'язань, які можуть бути спрямованими на розмивання податкової бази. Так, у п.п. 39.1.2 п. 39.1 ст. 39 Податкового кодексу України було закріплено, що обсяг оподатковуваного прибутку, отриманого платником податку, який бере участь в одній чи більше контрольованих операціях, вважається таким, що відповідає принципу "витягнутої руки", якщо умови зазначених операцій не відрізняються від умов, що застосовуються між непов'язаними особами у зіставних неконтрольованих операціях. Якщо умови в одній чи більше контрольованих операціях не відповідають принципу "витягнутої руки", то прибуток, який був би нарахований платнику податків в умовах контрольованої операції, що відповідає зазначеному принципу, включається до оподатковуваного прибутку платника податку [30]. Наявність в податковому законодавстві цих положень свідчить про те, що Україна не просто визнає Настанови ОЕСР 2010 р. щодо трансфертного ціноутворення, але і поступово імплементує у своє законодавство їхнє положення.

Висновки. Здійснивши аналіз положень податкового законодавства України, резюмуємо та виокремимо найбільш суттєві висновки щодо податкового контролю трансфертного ціноутворення в Україні.

По-перше, метою податкового контролю трансфертного ціноутворення в Україні є протидія незаконному зменшенню податкового навантаження, а також протидія прихованому впливу коштів із національної економіки через внутрішньофірмові канали транснаціональних корпорацій та промислово-фінансових груп.

По-друге, податковий контроль трансфертного ціноутворення в Україні ґрунтується на принципі "витягнутої руки", який є кращим міжнародним стандартом, спрямованим на недопущення розмивання податкової бази та переміщення доходу в низькоподаткові юрисдикції (податкові гавані).

По-третє, податковий контроль трансфертного ціноутворення може здійснюватися у двох формах: моніторинг контрольованих операцій; перевірка платників податків, задіяних у підозрілих операціях.

По-п'яте, незважаючи на існуючу в Україні систему податкового контролю за трансфертним ціноутворенням (ст. 39 Податкового кодексу України), сам феномен трансфертного ціноутворення все одно дозволяє суб'єктам господарювання в певних обсягах (мірі) цілком легально "оптимізувати" свою податкову базу. У зазначеному випадку питання полягає в тому, наскільки держава дозволяє платникам податків "оптимізувати" свою податкову базу і наскільки вона готова обмежити договірну свободу суб'єктів господарювання в публічних інтересах суспільства. Існуюче в Україні правове регулювання податкового контролю трансфертного ціноутворення є непослідовним і містить прогалини, за рахунок яких транснаціональні корпорації можуть здійснювати податкове планування своєї діяльності за рахунок трансфертних цін.

Список використаних джерел

1. Юрчишин В. Глобалізація – тимчасовий феномен чи довгострокова реальність? / В. Юрчишин // Вісник Української академії державного Управління при президенті України. – 2001. – № 3. – С. 91–97.
2. Настанови ОЕСР щодо трансфертного ціноутворення для транснаціональних корпорацій та податкових служб 22 липня 2010 року [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://sfs.gov.ua/data/material/000/021/80820/0.pdf>.
3. Tanzi V. Globalization, technological developments, and the work of fiscal termites (WP/00/181) / V. Tanzi. – Washington, DC: IMF; 2000. – 23 p.
4. Жестков С.В. Правовые основы налогового планирования / С.В. Жестков // Налоговое право: учеб. / С.Г. Пепеляев [и др.]; отв. ред. С. Г. Пепеляев. – М.: Юрист, 2004. – 591 с.
5. Налоги и международные соглашения России / А.В. Перов. – М.: Юристъ, 2000. – 518 с.
6. Штангрет А. М. Трансфертне ціноутворення: світовий і вітчизняний досвід застосування / А.М. Штангрет, С.Г. Мартинюк, А.В. Шанин // Наукові записки [Української академії друкарства]. – 2013. – № 4. – С. 3–8.
7. Черевко О.І. Трансфертне ціноутворення: теоретичні аспекти та практичне застосування / О.І. Черевко // Економіка і регіон. – 2014. – № 2. – С. 91–96.
8. Чельшев М.Ю. Взаимодействие гражданского и налогового права в регулировании отношений с участием предпринимателей: автореф. дис.... канд. юрид. наук / М.Ю. Чельшев. – Саратов, 1998. – 22 с.
9. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Г.Ф. Шершеневич; авт. вступ. ст. Е.А. Суханов. – М.: СПАРК, 1995. – 556 с.
10. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский; Московский гос. ун-т им. М.В. Ломоносова, к-ра гражданского права юрид. ф-та. – М.: Статут, 1998. – 353 с.
11. Господарський кодекс України: Кодекс від 16.01.2003 № 436-IV // Відомості Верховної Ради України від 02.05.2003 – 2003. – № 18, ст. 144.
12. Про ціни і ціноутворення: Закон від 21.06.2012 № 5007-VI // Відомості Верховної Ради України від 17.05.2013/ – 2013. – № 19–20. – С. 1112, ст. 190.
13. Карнаух Т.М. Трансфертне ціноутворення: сутність та перспективи запровадження в Україні / Т.М. Карнаух // Наукові записки. – Т. 168: Юридичні науки. – С. 120–123.
14. Marta Elisa de Sousa Carmo. The OECD Transfer Pricing Guidelines – A Global Administrative Law Perspective / Marta Elisa de Sousa Carmo. URL: https://www.academia.edu/11804737/The_OECD_Transfer_Pricing_Guidelines_-_A_Global_Administrative_Law_Perspective.
15. United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries. – N. Y., 2013. URL: http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Manual_TransferPricing.pdf.
16. Velloso F.C. Volume LXXVII Cahiers de Droit Fiscal International, International Fiscal Association / F.C. Velloso, Muller Brigagao GA. – 1992.
17. Штангрет А.М. Трансфертне ціноутворення як один із механізмів функціонування транснаціональних корпорацій / А.М. Штангрет, С.Г. Мартинюк, Л.С. Сухомлин // Наукові записки [Української академії друкарства]. – 2013. – № 3. – С. 22–27.
18. Ткачик Ф.П. Трансфертне ціноутворення як об'єкт моніторингу податкових консультантів / Ф.П. Ткачик // Науковий вісн. Херсон. держ. ен-ту. – 2015. – Вип. 15, ч. 3. – С. 148–151.
19. U.S. Taxation of International Transactions. URL: http://finance.wharton.upenn.edu/~bodnarg/courses/wembaw/readings/Transfer_pricing_chapter.pdf.
20. Raymonds-Moller P. Transfer Pricing Rules and Competing Governments. Oxford econ. Papers / P. Raymonds-Moller. – N. S., Oxford, 2002. – Vol. 54. – № 2.
21. McCarten William J. International Transfer Pricing and Taxation. Tax Policy Handbook. Tax Policy Division FAD / J. McCarten William. – IMF Washington, D.C., 1995.
22. Buckley P.J. Incentives to transfer profits: a Japanese Perspective, Appl. Economics / P.J. Buckley. – L., 2001. – Vol. 33. – № 15.
23. Непесов К.А. Налоговые аспекты трансфертного ценообразования: сравнительный анализ опыта России и зарубежных стран / К.А. Непесов. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 288 с.
24. Вакульчик О.М. Проблеми та особливості впровадження в Україні механізму контролю трансфертного ціноутворення / О.М. Вакульчик, О.В. Рябич // Вісник Акад. митної служби України. Серія: Економіка. – 2014. – № 1. – С. 10–16.
25. Ruehl C. Transfer Pricing and Calculating GDP / C. Ruehl, M. Schaffer // The St. Petersburg Times. – 2004. – 2 Febr.
26. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD Committee on Fiscal Affairs. – P., 27 June 1995.
27. Актуальні методи і способи легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, та фінансування тероризму. URL: http://www.sdfm.gov.ua/content/file/site_docs/2012/20121228/2012_27_12_2012.pdf.
28. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо удосконалення податкового контролю за трансфертним ціноутворенням: Закон від 28.12.2014 № 72-VIII // Відомості Верховної Ради України від 06.03.2015. – 2015. – № 10. – С. 555, ст. 56.
29. Трансфертне ціноутворення: український варіант / О.В. Жукова [та ін.]. – К.: Юстініан, 2014. – 183 с.
30. Податковий кодекс України: Закон, Кодекс від 02.12.2010 № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України від 08.04.2011. – 2011. – № 13; № 13–14; № 15–16; № 17. – С. 556, ст. 112.

Надійшла до редколегії 28.02.17

Р. Мельниченко, асп.

Киевский национальный торгово-экономический университет, Киев, Украина

ПОНЯТИЕ, СУЩНОСТЬ И НАЗНАЧЕНИЕ НАЛОГОВОГО КОНТРОЛЯ ТРАНСФЕРТНОГО ЦЕНООБРАЗОВАНИЯ В УКРАИНЕ

Посвящено исследованию сущности налогового контроля трансфертного ценообразования в Украине. Проанализированы основные доктринальные подходы к понятиям "трансфертные цены" и "трансфертное ценообразование". Установлено и обозначено наиболее распространенные способы применения транснациональными корпорациями инструментов трансфертного ценообразования с целью уклонения от налогообложения. Приведены основные выводы относительно налогового контроля трансфертного ценообразования в Украине

Ключевые слова: налоговый контроль, трансфертное ценообразование, трансфертные цены, объект административно-правового регулирования, администрирования налогов и сборов.

R. Melnychenko, postgraduate

Kyiv national university of trade and economics, Kyiv, Ukraine

CONCEPT, ESSENCE AND PURPOSE OF TRANSFER PRICING TAX CONTROL IN UKRAINE

Transfer pricing may not merely be detrimental to a country due to evasion from paying taxes to the state budget. The problem of transfer pricing intensifies by the fact that multinational enterprises using transfer pricing may determine or undermine international economy by way of reallocating economic resources. It is necessary to point that any multinational enterprise has its final beneficiary or group of beneficiaries who have a decisive influence and benefit from its activities. In other words, certain groups of individuals can significantly affect not just the stability of a single national economy but also the formation of global economy. These factors stipulate an objective need for all countries to implement effective tax control of transactions that use transfer prices. This kind of state control has already become one of the conceptual terms of stability of the national economy.

Key words: tax management, transfer pricing, transfer prices, object of administrative and legal regulation, administration of taxes and charges.

УДК 341.932.34

К. Цірат, асп.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА УНІФІКАЦІЯ ФОРМИ УГОДИ ПРО ВИБІР ПРАВА У ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ

Присвячено аналізу підходів до регулювання форми угоди про вибір права в договірних відносинах у міжнародно-правових актах на універсальному та регіональному рівнях, а також порівняльно-правовому аналізу таких підходів.

Ключові слова: принцип автономії волі сторін, уніфікація, угода про вибір права, *lex loci actus*, *lex causae*.

ВСТУП. Як свідчить статистика, у 90 % зовнішньоторговельних договорів сторони здійснюють вибір права¹⁴, що свідчить про те, що питання про форму, в якій має бути здійснено вибір права, постає дуже часто. У статті ми послугуємоватимемося поняттями *основний договір* на означення зовнішньоторговельного договору та *угода про вибір права* на означення домовленості сторін про вибір права, що застосовується до основного договору. Зрозуміло, що за своєю правовою природою ці правочини є ідентичними, обидва їх можна назвати договорами, угодами або контрактами (домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків), однак для зручності ми використовуватимемо різні поняття, щоб уникнути змістової плутанини.

З теорії права відомо, що форма правочину, зокрема договору, є однією з умов його дійсності, тому в деяких випадках недотримання певної форми зумовлює недійсність правочину.

У теорії форми угоди про вибір права часто розглядають як через призму способу вираження (зрозуміла угода; угода, що впливає з поведінки сторін; мовчазна угода) і зовнішнього оформлення (усна або письмова угода) домовленості сторін. У нашій статті ми зосередимося передусім на питанні міжнародно-правової уніфікації форми як зовнішнього оформлення угоди про вибір права.

На універсальному та регіональному рівні існує ряд міжнародно-правових актів, що містять колізійні норми, які застосовують до договірних зобов'язань, що порізно регулюють питання форми угоди про вибір права. Метою нашої статті є проведення комплексного порівняльно-правового аналізу регулювання форми угоди про вибір права з метою з'ясування підходів, покладених в основу такого регулювання.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Комплексних досліджень із даної проблематики небагато. Досліджують, зазвичай, або окремі міжнародно-правові акти, де питання форми угоди про вибір права вивчають у загальних рисах поряд з іншими питаннями¹⁵, або де

форма розглядають лише як спосіб вираження¹⁶. Серед комплексних досліджень слід згадати роботи А.В. Асоскова¹⁷ (Російська Федерація) та С. Симеоніда¹⁸ (США). Серед вітчизняних науковців питання форми угоди сторін про вибір права досліджували А.С. Довгерт¹⁹, С.М. Задорожна²⁰ та А.О. Філіп'єв²¹.

Методологія дослідження. Ми використовуватимемо порівняльно-правовий метод, метод аналізу, а також метод граматичного та телеологічного тлумачення.

Результати. Сферою нашого дослідження є універсальні та регіональні міжнародно-правові акти, що містять колізійні норми, які застосовуються до договірних зобов'язань (міжнародні договори, регламенти та принципи). Ми розглянемо акти, прийняті в межах Гаазької

International Sales of Movable Goods; the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations; and the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (excerpt from a Study of the Interplay between the Conventions Governing International Contracts of Sale) [Electronic source] / Carolina Saf. – Access mode: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/saf6.html>.

¹⁶ Покачалова А. Г. Автономія волі як основоположний принцип регулювання забезпечення зобов'язань / А. Г. Покачалова // Нариси з міжнародного приватного права / за ред. проф. А. С. Довгерта і проф. О. М. Бірюкова. – К., 2016. – Вип. 4. – С. 110–122 (С. 114–115); Діковська І. А. Форма угод про вибір застосовуваного до договору права [Електронний ресурс] / І. А. Діковська // Альманах міжнародного права. – Вип. 7. – С. 133–141. – Режим доступу: <http://intlawalmanac.net/v7/16.pdf>; Neels J. L. Tacit choice of law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts / Jan L. Neels [Electronic source]. – Access mode: <http://www.saflii.org/za/journals/DEJURE/2011/7.html>.

¹⁷ Асосков А. В. Определение права, применимого к различным аспектам соглашений о выборе права [Электронный ресурс] / А. В. Асосков. – Режим доступа: <http://www.justicemaker.ru/view-article.php?id=12&art=2500>; Асосков А. В. Формы выражения соглашения сторон о выборе применимого права [Электронный ресурс] / А. В. Асосков. – Режим доступа: <http://www.szrf.ru/doc.php?nb=edition07&issid=2011003000&docid=22>; Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств / А. В. Асосков. – М.; Берлин: Инфотропик Медиа, 2012. – С. 82–87.

¹⁸ Symeonides S. C. Choice of Law [Electronic source] / Symeon S. C. Symeonides. – Access mode: https://books.google.com.ua/books?id=KNYdDAAAQBAJ&pg=PA384&lpg=PA384&dq=formal+requirements+of+choice+of+law+mexico+convention&source=bl&ots=fhJl4-HNe_&sig=zKYSbw7wqVOBpdKCs2ZoX7Pm9G8&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwxiMD6seLQAhVMjwKHS41C-EQ6AEIRDAF#v=onepage&q=formal%20requirements%20of%20choice%20of%20law%20mexico%20convention&f=false.

¹⁹ Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / за ред. д-ра юрид. наук, проф. А. Довгерта. – Х.: ТОВ "Одісей", 2008. – С. 68.

²⁰ Задорожна С. М. Угода про вибір права, застосовного до цивільно-правових відносин, ускладнених іноземним елементом [Електронний ресурс] / С. М. Задорожна // Науковий вісник Чернівецького ун-ту. – 2010. – Вип. 538. Правознавство. – С. 68–72. – Режим доступу: <http://lawreview.chnu.edu.ua/visnuku/st/538/12.pdf>.

²¹ Філіп'єв А. О. Вибір права та його обмеження в джерелах міжнародного приватного права ЄС та України: порівняльно-правовий аналіз / А. О. Філіп'єв // Адвокат. – 2012. – № 9 (144). – С. 23–28.

¹⁴ Ідеться про статистичні дані, представлені Міжнародною торговою палатою у 2013 р. [9]. Наразі це останні дані.

¹⁵ Наприклад, аналіз Міжамериканської конвенції про право, застосовне до міжнародних контрактів 1994 р.: Villalta Vizcarra A. E. La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales [Electronic source] / Ana Elizabeth Villalta Vizcarra // Conferencia pronunciada en las Jornadas de ASADIP. Asunción, Paraguay, octubre de 2013. – 12 p. – Access mode: <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/la-convencion3b3n-interamericana-sobre-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales-ana-elizabeth-villalta-vizcarra.pdf> (P. 7); Feldstein de Cárdenas S. L. La convención interamericana de derecho aplicable a los contratos internacionales. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado Argentino [Electronic source] / Sara Lidia Feldstein de Cárdenas. – 21 p. – Access mode: http://www.academia.edu/4135530/CONVENCION_INTERAMERICANA_DE_DERECHO_APLICABLE_A_LOS_CONTRATOS (P. 7); аналіз Конвенції про право, застосовне до міжнародної купівлі-продажу товарів 1955 р.: Saf C. Analysis of the 1955 Hague Convention on the Law Applicable to Contracts of

конференції з міжнародного приватного права, Організації Американських Держав, Європейського Союзу та Співдружності Незалежних Держав.

Гаазька конференція з міжнародного приватного права (Гаазька конференція). Першим універсальним актом уніфікації колізійних норм, застосовних до договорів міжнародної купівлі-продажу, стала Конвенція про право, застосовне до міжнародної купівлі-продажу товарів 1955 р.²² (далі – Конвенція 1955 р.), в основу якої було покладено принцип автономії волі сторін. Договір купівлі-продажу регулюється внутрішнім правом країни, обраним сторонами; таке визначення має міститися в зрозумілому положенні (*express clause*) або недвозначно (*unambiguously*) впливати з умов договору; умови, що впливають на згоду сторін щодо права, яке вважається застосовним, повинні визначатися таким правом (ст. 2²³). Формальних вимог до угоди про вибір права Конвенція 1955 р. не встановлює, із чого можна зробити двоякий висновок: або Конвенція 1955 р., не передбачаючи жодних вимог до форми угоди про вибір права, дозволяє здійснювати вибір права в будь-якій формі, у тому числі і в усній (такий висновок підтримується й західною доктриною [5]), або це питання регулюється нормами національного права. На жаль, офіційного коментаря до Конвенції 1955 р., який би підтверджував той чи інший висновок, немає. Ми схилиємося до першого висновку і вважаємо, що Конвенція 1955 р. дозволяє укладати угоду про вибір права в будь-якій формі.

Наступним етапом уніфікації колізійних норм у договорних зобов'язаннях в межах Гаазької конференції стала Конвенція про право, застосовне до агентських договорів 1978 р.²⁴ (далі – Конвенція 1978 р.), яка також концептуально побудована на принципі автономії волі сторін: вибір права має бути зрозумілий (*express*) або такий, який може бути виведений із розумною певністю (*reasonable certainty*) з умов договору між сторонами та обставин справи (ст. 5²⁵). По-перше, у Конвенції 1978 р. було вирішено відійти від вузького підходу Конвенції 1955 р., що обмежувала суд у питанні визначення того, чи відбувся вибір права, винятково положеннями договору: за правилами Конвенції 1978 р. суддя при розгляді питання про те, чи відбувся вибір права, може звертатися не лише до положень договору, а й до обставин справи (§ 46–47) [1, с. 390; 20]. Положення Конвенції 1978 р. (п. b) ст. 2) про те, що вона не застосовується до вимог щодо форми, стосується саме форми документів про уповноваження агента принципалом [1, с. 411; 41]. Таким чином, у Конвенції 1978 р. також закріплено підхід, за яким єдиними вимогами до форми є чіткість вираження або таке вираження, що може бути виведене з розумною певністю з умов договору й обставин справи. Інших вимог на кшталт письмової форми Конвенція 1978 р. не встановлює.

Конвенція про право, застосовне до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів 1986 р.²⁶ (далі – Конвенція 1986 р.) створювалася як міжнародний договір, який зможе "доповнити" Конвенцію ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (далі – Віденська конвенція) у питаннях, не врегульованих нею, а також як міжнародний договір, який мав урахувати положення Конвенції 1955 р., Конвенції 1978 р., а також Конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 р. (§ 2, 11) [2, с. 15, 17]. Конвенція 1986 р., як і її попередники, ґрунтувалася на принципі автономії волі сторін. Вона передбачає, що угода сторін про вибір права має бути зрозумілою (*express*) або чітко продемонстрованою (*clearly demonstrated*) умовами договору та поведінкою сторін, що мають бути оцінені сукупно. У частині форми як способу вираження у Конвенції 1986 р. було відображено широкий підхід, започаткований Конвенцією 1978 р. Що стосується вимог до форми як зовнішнього оформлення угоди про вибір права, то Конвенція 1986 р. таких вимог не містить. На цьому було особливо наголошено в пояснювальній записці до Конвенції 1986 р.: "... ст. 7 однозначно регулює формальну дійсність застережень про вибір права і не вимагає конкретної форми. Відповідно... ст. 11 [ця стаття містить формальні вимоги до договору міжнародної купівлі-продажу – прим. авт.] не має жодного значення у визначенні формальної дійсності угоди про вибір права за ст. 7" (§ 111) [2, с. 39]. Таким чином, жодних формальних вимог до угоди про вибір права Конвенція 1986 р. не висуває, така угода може бути вчинена як в усній, так і в письмовій формах.

Таким чином, Конвенція 1955 р., Конвенція 1978 р. та Конвенція 1986 р. не передбачають спеціальних вимог до форми угоди про вибір права, така угода може бути вчинена як в усній, так і в письмовій формах.

Наступний розглядуваний нами документ став першим документом, який було створено не у "традиційній" для Гаазької конференції формі, а у формі документа "м'якого права". У Принципах вибору права в міжнародних комерційних договорах 2015 р. (далі – Гаазькі принципи), ідеї, закладені в Гаазьких конвенціях, були доведені до свого логічного кінця, і правило про відсутність вимог до форми угоди про вибір права знайшло своє безпосереднє закріплення.

У Гаазьких принципах закріплено правило, що вибір права не підпорядковується жодним вимогам щодо форми, якщо тільки про інше не домовилися сторони (ст. 5). Якщо ж сторони домовилися про певну форму угоди про вибір права, то вони повинні дотримуватися такої форми. Таке правило недвозначно дозволяє укладати угоду про вибір права в будь-якій формі, усно або письмово. Чому ж було вирішено відмовитися від будь-яких формальних вимог до угоди про вибір права? Розробники Гаазьких принципів прагнули максимально усунути всі можливі перепони на шляху до реалізації волі сторін обрати певне право, у тому числі й ситуації, коли вибір права може бути визнано недійсним через порушення вимог до форми такої угоди. Гаазькі принципи регулюють винятково комерційні договірні відносини (договори, де однією зі сторін є слабша сторона, наприклад договори споживання, вилучені зі сфери їхнього застосування), тому немає необхідності в дотриманні формальностей, які можуть зіграти певну роль у захисті інтересів більш вразливої сторони. У частині відмови від вимог до форми розробники Гаазьких принципів використали також досвід таких міжнародно-

²² Учасницями цієї конвенції є вісім держав: Данія, Фінляндія, Франція, Італія, Норвегія, Швеція, Швейцарія та Нігер. Див.: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=31>. Данія, Фінляндія, Франція, Італія, Норвегія, Швеція, Швейцарія є також учасницями Віденської конвенції. Крім того, Данія є учасницею Римської конвенції, а для Фінляндії, Франції, Італії та Швеції діє Регламент Рим I.

²³ Текст Конвенції 1955 р. можна знайти за посиланням: <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/11/11-02/law-international-sales.xml>.

²⁴ Учасницями цієї конвенції є чотири держави: Аргентина, Франція, Нідерланди та Португалія. Див.: URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=89>.

²⁵ Текст Конвенції 1978 р. можна знайти за посиланням: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=89>.

²⁶ Конвенція 1986 р. ратифікована Аргентиною та Молдовою; чинності не набула.

правових актів, як Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА²⁷ та Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р.²⁸, у яких містяться положення про відмову від вимог до форми комерційних договорів (у Принципах міжнародних комерційних договорів УНІДРУА) та договорів міжнародної купівлі-продажу (у Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р.). Прямо закріплена в тексті відмова від будь-яких вимог до форми угоди про вибір права (із залишенням при цьому свободи сторонам домовитися про інше) стала новацією Гаазьких принципів порівняно з попередніми міжнародно-правовими актами Гаазької конференції, а також актами ЄС. У Гаазьких принципах у всій своїй повноті втілений принцип *favor negotii* (принцип "сприяння угоді"), націлений на сприяння дійсності, зокрема формальної, угоди сторін про вибір права.

На регіональному рівні уніфікація принципу автономії волі сторін, зокрема правил щодо форми угоди про вибір права, відбувалася в Європейському Союзі, Організації американських держав та Співдружності Незалежних Держав.

Європейський Союз (ЄС). У ЄС правила про форму угоди про вибір права, відображені в Конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 р.²⁹ (далі – Римська конвенція), практично не зазнали змін у Регламенті ЄС № 593/2008 "Про право, що застосовується до договірних зобов'язань" 2008 р. (далі – Регламент Рим I).

І Римська конвенція, і Регламент Рим I ґрунтуються на принципі автономії волі сторін як на основоположному в договірних зобов'язаннях принципі. Порівняно з Римською конвенцією у Регламенті Рим I форма як спосіб вираження волі сторін на вибір певного права була дещо видозмінена, отримавши більшу конкретизацію. За Римською конвенцією вибір права має бути виражений або продемонстрований із розумною певністю умовами договору або обставинами справи (ч. 1 ст. 3), а за Регламентом Рим I вибір права має бути вчинений зрозуміло або чітко продемонстрований умовами договору або обставинами справи (ч. 1 ст. 3). Ця новела має на меті обмежити суддівську свободу в питанні з'ясування, чи обрали сторони право, у разі відсутності чіткої домовленості між сторонами, що, у свою чергу, продиктовано наміром утвердження принципу правової визначеності (*legal certainty*).

Римська конвенція (ч. 4 ст. 3) та Регламент Рим I (ч. 5 ст. 3) чітко відмежували форму угоди про вибір права як спосіб вираження і форму угоди про вибір права як зовнішнє оформлення та поширили на питання форми до угоди про вибір права положення про форму, передбачені для основного договору.

Формальні вимоги до основного договору та формальні вимоги до угоди про вибір права є ідентичними, і вони детально регламентовані в обох документах.

У Римській конвенції³⁰ та Регламенті Рим I³¹ передбачено гнучку систему на основі застосування в альтернативному порядку або закону місця укладання угоди (*lex loci actus*), або закону, що застосовується до основного договору (*lex causae*; у вітчизняній доктрині часто вживають поняття "зобов'язальний, або договірний, статут"), при цьому жодна із прив'язок не має переважної сили над іншою [3, с. 30]. Перша прив'язка (*lex loci actus*) ґрунтується на середньовічному принципі *locus regit actum*, тобто "місце управляє актом", друга ж прив'язка (*lex causae*) ґрунтується на логічному зв'язку форми та суті: право, що регулює суть договору, має регулювати і його форму. У положеннях Римської конвенції³² та Регламенту Рим I³³, що застосовуються в разі знаходження сторін у різних державах, замість прив'язки *lex loci actus* застосовують інші, альтернативні до *lex causae*, прив'язки, а саме прив'язка до права держави місцезнаходження або постійного місця проживання будь-якої з осіб.

Особливе правило передбачено для договорів споживання: форма таких договорів повинна регулюватися правом держави, де споживач має своє звичайне місце проживання (ч. 5 ст. 9 Римської конвенції, ч. 4 ст. 11 Регламенту Рим I). Якщо виходить з положення обох документів про те, що на питання формальної дійсності угоди про вибір права поширюються вимоги до формальної дійсності основного договору (ч. 4 ст. 3 Римської конвенції, ч. 5 ст. 3 Регламенту Рим I), то формальні вимоги до угоди про вибір права в договорах споживання мають регулюватися правом держави, де споживач має своє звичайне місце проживання. В офіційному коментарі пояснень щодо форми угоди про вибір права у договорах споживання немає [3, с. 31–32]. Доктрина підтримує думку, що вимоги до форми договору споживання поширюються і на вимоги до форми угоди про вибір права в таких договорах. Європейський законодавець підпорядкував формальні вимоги до угоди про вибір права праву держави звичайного місця проживання споживача з метою захисту останнього в разі, якщо, наприклад, право держави звичайного місця проживання споживача має особливі вимоги до електронних договорів або взагалі такі договори не визнає [7, с. 163].

Так, гнучка концепція, втілена в Римській конвенції, знайшла своє ще ширше закріплення в Регламенті Рим I, де передбачено альтернативне застосування широкого кола правопорядків (закон, що застосовується до суті основного договору; закон місця вчинення угоди; закон місця знаходження або закон місця проживання будь-

³⁰ Договір, укладений між особами, що перебувають в одній і тій самій країні, є формально дійсним, якщо він відповідає формальним вимогам права, яке регулює цей договір по суті відповідно до цієї Конвенції або відповідно до права країни, де він укладений (ч. 1 ст. 9).

³¹ Договір, укладений між двома особами, які, або агенти яких, перебувають в одній і тій самій країні на час укладання договору, є формально дійсним, якщо він відповідає формальним вимогам права, яке регулює цей договір по суті відповідно до цього Регламенту або відповідно до права країни, де він укладений (ч. 1 ст. 11).

³² Договір, укладений між особами, які перебувають у різних країнах, є формально дійсним, якщо він відповідає формальним вимогам права, яке регулює цей договір по суті відповідно до цієї Конвенції або відповідно до права однієї із цих країн (ч. 2 ст. 9).

³³ Договір, укладений між особами, які, або агенти яких, перебувають у різних країнах на час укладання договору, є формально дійсним, якщо він відповідає формальним вимогам права, яке регулює цей договір по суті відповідно до цього Регламенту або відповідно до права будь-якої із країн, де на час укладання договору перебуває будь-яка особа або її агент, або відповідно до права будь-якої із країн, де на той час будь-яка особа мала звичайне місце проживання (ч. 2 ст. 11).

²⁷ У цих Принципах не міститься вимог щодо того, щоб договір, заява чи будь-який інший правочин були здійснені або засвідчені в певній формі. Їхню дійсність може бути доведено в будь-який спосіб, у тому числі свідченнями свідків (ст. 1.2).

Договір укладається, змінюється і припиняється за простою домовленістю сторін без будь-яких додаткових вимог (ст. 3.1.2).

²⁸ Не вимагається, щоб договір купівлі-продажу укладався чи підтверджувався в письмовій формі або підпорядковувався іншій вимозі щодо форми. Він може доводитися будь-якими засобами, включаючи свідчення (ст. 11).

²⁹ Римська конвенція залишається чинною для Данії, для інших держав – членів ЄС чинним є Регламент Рим I.

якої зі сторін угоди) з метою підтримки формальної дійсності угоди про вибір права.

Варто зауважити, що такий підхід піддається критиці з боку ряду європейських науковців. Наприклад, П. Манковські вважає, що положення ч. 1 ст. 3 превалюють над положенням ч. 4 ст. 3 Римської конвенції³⁴, саме тому для дії відсильної норми ч. 4 ст. 3 просто немає місця, адже ч. 1 ст. 3 повністю вирішує питання форми угоди про вибір права [8, с. 77]. Така позиція розділяється в одному, як зазначає А. Асосков, з провідних коментарів до Федерального закону про міжнародне приватне право Швейцарії 1987 р.: "Оскільки перше речення ч. 2 ст. 116³⁵ вимагає лише, щоб угода про вибір права була явно вираженою або прямо впливала з договору або обставин справи, має місце можлива відмова від додаткових вимог щодо форми угоди про вибір права... У зв'язку із цим слід прийти до висновку, що ст. 116 вичерпно регулює питання про форму і в іншому для угоди про вибір права – незалежно від вимог до форми основного договору – передбачений принцип свободи форми... Відповідно, зобов'язальний статут і право місця укладання договору не беруть до уваги в частині питання про форму угоди про вибір права" [8, с. 56]. Отже, на думку деяких науковців, положення про спосіб вираження угоди про вибір права, а саме що "вибір повинен бути зрозумілим або чітко продемонстрованим положеннями договору чи обставинами справи" (ч. 1 ст. 3 Регламенту Рим I³⁶), є таким, що вже містить у собі відповідь на питання про зовнішнє оформлення угоди права, вказуючи на те, що угода про вибір права не підпорядковується жодним формальним вимогам і може бути вчинена як усно, так і письмово.

На нашу думку, попри таку цілком справедливую критику положень Римської конвенції та Регламенту Рим I щодо форми угоди про вибір права, до якої ми загалом приєднуємося, ці два документи (тобто Римська конвенція і Регламент Рим I) чітко й однозначно вирішили питання форми угоди про вибір права шляхом поширення положень щодо форми основного договору на форму угоди про вибір права. Такий підхід, які б у нього не були вади сприяє правовій визначеності та певності, що є важливими для комерсантів.

Співдружність Незалежних Держав (СНД). На час створення міжнародних договорів, що входять до сфери нашого дослідження – Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності 1992 р. (далі – Угода 1992 р.) та Конвенції про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р.³⁷ (далі – Мінська конвенція 1993 р.) – інерційно ще лишалися глибокі економічні зв'язки, закладені за радянських часів. Однак з огляду на суб'єктивні й об'єктивні обставини не могла бути утверджена автономія волі сторін там, де міжнародне приватне право по суті тільки почало розвиватися, де зовнішня торгівля до розпаду СРСР була винятково в руках держави, а приватний елемент за великим рахунком був відсутній; на цих теренах, якщо

можна так сказати, просто не було досвіду, традицій регулювання приватно-правових відносин. Саме тому, на нашу думку, у положеннях цих документів автономії волі сторін було відведено надзвичайно мало місця.

У всіх трьох документах – Угоді 1992 р. (п. г.) ст. 11), Мінській конвенції 1993 р. (ч. 1 ст. 39) та Кишинівській конвенції 2002 р. (ч. 1 ст. 42) форма угоди визначається за законодавством місцем її здійснення. З тексту незрозуміло, чи застосовують це положення у тому числі до форми угоди про вибір права, чи винятково до основного договору. Судова практика та доктрина не надають відповіді на це питання. На нашу думку, положення про те, що форма угоди визначається за законодавством місцем її здійснення, не поширюється на форму угоди про вибір права, і на питання про форму угоди про вибір права відповідей в Угоді 1992 р., Мінській конвенції 1993 р. та Кишинівській конвенції 2002 р. немає. По-перше, на такий висновок наштовхує загальний контекст ст. 11 Угоди 1992 р. (перелік прив'язок, які вказують на застосовне право у різних правовідносинах), ст. 39 Мінської конвенції 1993 р. і ст. 42 Кишинівської конвенції 2002 р. (форма угод у розділі "Майнові правовідносини"). По-друге, підпорядкування вимог до форми угоди про вибір права праву держави місця вчинення угоди є нелогічним і може сприяти визнанню цієї угоди недійсною³⁸.

Паралельно з уніфікацією у формі створення міжнародних договорів в СНД відбувалася уніфікація шляхом створення єдиних типових норм [20, с. 145]: було створено Модельний цивільний кодекс СНД (1994–1996) (далі – Модель СНД), що ліг в основу більшості національних законів про цивільне право та міжнародне приватне право держав – членів СНД. У 1996 р. було прийнято частину 3 Моделі СНД, яка містила норми міжнародного приватного права. У ній ідеться, що угода сторін про вибір права має бути явно вираженою або прямо впливати з умов договору й обставин справи, що розкладаються сукупно (ч. 2 ст. 1194) [19]. У ст. 1216 Моделі СНД, яка регулює питання форми угоди, угоду про вибір права не згадують, на підставі чого ми робимо висновок, що Модель СНД не передбачає спеціальної форми для угоди про вибір права і, відповідно, така угода може бути укладена як в усній, так і в письмовій формі. Власне, Україна (ч. 2 ст. 5, ст. 31 Закону України "Про міжнародне приватне право") та Російська Федерація (ч. 2 ст. 1210, ст. 1209 Цивільного кодексу РФ), наприклад, відтворили у своїх законах положення Моделі СНД без змін. При цьому інтерпретація положень про форму угоди про вибір права, надана судами вищих ланок РФ³⁹, наприклад, показує, що укладання угоди про вибір права в усній формі дозволяється. В Україні подібних роз'яснень судів вищих інстанцій немає.

³⁴ На час висловлення ним своєї позиції Регламент Рим I ще не існував.

³⁵ Вибір права має бути виражений у явній формі або має однозначно впливати з договору або обставин справи. В іншому вибір права регулюється обраним правом.

³⁶ У Римській конвенції положення дещо відмінне: "вибір має бути вираженим або продемонстрованим із розумною певністю положеннями договору або обставинами справи" (ч. 1 ст. 3).

³⁷ Згодом на зміну їй прийшла Конвенція про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах 2002 р. (далі – Кишинівська конвенція 2002 р.), однак вона порівняно з Мінською конвенцією концептуальних змін не принесла.

³⁸ У зв'язку із цим варто зазначити, що застосування в частині форми угоди винятково прив'язки *lex loci actus* не повністю відповідають сучасним законодавчим підходам, які ґрунтуються на принципі *favor negotii*, законодавець повинен був би передбачити кілька альтернативних прив'язок для того, щоб максимально підтримати дійсність угоди з погляду формальних вимог: *lex causae*, прив'язка, за якою форма угоди регулюється правом, що застосовується до змісту угоди, *lex loci actus* та право місця проживання будь-якої зі сторін угоди або інші можливі прив'язки. У зв'язку із цим підходи до регулювання форми угоди, що містяться в Угоді 1992 р., Мінській конвенції 1993 р. та Кишинівській конвенції 2002 р., є нині дещо застарілими.

³⁹ Информационное письмо Высшего арбитражного суда Российской Федерации № 158 от 9 июля 2013 г. "Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с рассмотрением арбитражными судами дела с участием иностранных лиц" [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/89295.html.

Таким чином, можемо зробити висновок, що Угода 1992 р., Мінська конвенція 1993 р. та Кишинівська конвенція 2002 р. не регулюють питання форми угоди про вибір права, віддаючи це питання національним законам.

Організація американських держав (ОАД). В ОАД уніфікації регулювання форми угоди про вибір права по суті не відбулося, адже не відбулося, власне, й уніфікації правил принципу автономії волі сторін. Упродовж тривалого часу частина підходів ОАД, а саме латиноамериканські країни, взагалі не визнавали можливість сторін обирати право, а інша частина країн ОАД – країни англо-американської правової сім'ї – обумовлювала таку можливість наявністю суттєвого зв'язку між обраним правом і договором та/або сторонами (США) або дотриманням концепції належного права (Канада), тому уніфікація таких різниці підходів була малоймовірною. Єдиним варіантом у такій ситуації було поступове зближення національних правопорядків. Міжамериканська конвенція про право, застосовне до міжнародних контрактів 1994 р. (далі – Конвенція Мехіко) фактично відіграла у цьому процесі роль модельного закону.

У Конвенції Мехіко⁴⁰ йдеться, що вибір права має бути зрозумілим (*express*), або, якщо немає ясної угоди, очевидним (*evident*), з огляду на поведінку сторін й умов договору, які мають бути оцінені сукупно (ч. 1 ст. 7). У ст. 13, присвяченій питанням формальної дійсності договору, угода про вибір права не згадується. Звідси можемо зробити двоякі висновки: або питання про форму угоди про вибір права перебуває поза сферою застосування Конвенції Мехіко, тобто в ній не регулюється, або Конвенція Мехіко не встановлює жодних вимог до зовнішнього оформлення угоди про вибір права, вимагаючи лише, аби ця угода була явною або очевидною, зважаючи на поведінку сторін та умов договору. На нашу думку, з огляду на характер формулювання ч. 1 ст. 7, розробники Конвенції Мехіко запозичили підхід Гаазьких конвенцій, який полягає в негласній відсутності спеціальних вимог до форми угоди про вибір права. Такий висновок ми робимо на підставі граматичного аналізу положень ст. 13 Конвенції Мехіко (присвячена формальним вимогам до договору) та ст. 7 (присвячена автономії волі сторін), де на означення поняття угоди сторін про вибір права використовують поняття "*agreement on selection*" та "*elección*" (іспанською мовою "*acuerdo sobre elección*" та "*elección*"), а на означення (основного) договору між сторонами – поняття "*contract*" (ісп. мовою "*contrato*")⁴¹. У ст. 13 фігурує лише поняття (основного) договору ("*contract*", "*contrato*"), а у ст. 7 – поняття угоди сторін про вибір права ("*agreement on selection*" та "*acuerdo sobre elección*"). Знову ж таки, оскільки у ст. 13 відсутнє будь-яке посилання на угоду про вибір права, можемо зробити висновок про те, що її положення поширюються лише на основний договір. У коментарях до Конвенції Мехіко йдеться лише про те, що слід розуміти під поняттям "зрозумілий" та "очевидний", з огляду на поведінку сторін й умов договору, вибір права [4, с. 6; 10, с. 7], при цьому про форму як зовнішнє оформлення угоди про вибір права не йдеться.

Так, на нашу думку, у Конвенції Мехіко було втілено підхід Гаазьких конвенцій, які непрямо санкціонували

можливість укладання угоди про вибір права в будь-якій формі – усній або письмовій.

З погляду практики слід додати, що усні угоди про вибір права трапляються рідше, ніж усні договори, і навіть ще рідше в разі, якщо основний договір укладають у письмовій формі [6, с. 382]. Рідкісним явищем є і спори між сторонами щодо належної форми угоди про вибір права [6, с. 382]. Саме через це, на нашу думку, у більшості (крім Римської конвенції, Регламенту Рим I та Гаазьких принципів) проаналізованих нами міжнародно-правових актах питання форми угоди про вибір права прямо не регулюється, і це не можна вважати суттєвим недоліком таких міжнародно-правових актів. Незважаючи на це, ми вважаємо, що з метою утвердження принципу правової визначеності врегулювання форми угоди про вибір права так, як це здійснено в Гаазьких принципах, тобто з огляду на принцип свободи форми угоди про вибір права, є найоптимальнішим.

Висновки. У межах чотирьох аналізованих нами об'єднань – Гаазької конференції, ЄС, ОАД та СНД – склалися різні підходи до врегулювання форми угоди про вибір права в договорах.

Гаазька конференція стала першою організацією, де почалася уніфікація принципу автономії волі сторін і, зокрема, форми угоди про вибір права. У Конвенції 1955 р., Конвенції 1978 р. та Конвенції 1986 р. було встановлено вимоги до форми як способу вираження угоди про вибір права, дотримання яких уже фактично робило таку угоду дійсною із формальних підстав, незалежно від того, чи була вона укладена усно або письмово. Так, ці конвенції дозволили вибір права в будь-якій формі "за умовчанням". У Гаазьких принципах, документі "м'якого права", які стали наслідком роботи Гаазької конференції після фактично 20-річної перерви в уніфікації норм, що регулюють договірні зобов'язання, було втілено й удосконалено підходи, покладені в основу Гаазьких конвенцій. По-перше, форма як спосіб вираження та форма як зовнішнє оформлення угоди про вибір права були чітко "проартикульовані" та відокремлені одна від одної, що виявилось навіть у тому, що відповідні положення були поміщені в різних статтях Гаазьких принципів; по-друге, було чітко закріплено правило про відмову від будь-яких вимог до форми як зовнішнього оформлення угоди про вибір права, якщо тільки сторони не домовилися про інше. Так, форма угоди про вибір права не поставлена у залежність ані від вимог власне обраного сторонами права, ані від вимог будь-якого іншого права. Гаазькі принципи є нині єдиним актом уніфікації, який прямо дозволяє укладати угоду про вибір права в будь-якій формі, усній або письмовій.

У ЄС питання форми угоди про вибір права було вирішено на початковому етапі уніфікації норм, що регулюють договірні зобов'язання, тобто ще в Римській конвенції, але в інший, ніж було запропоновано Гаазькою конференцією, спосіб. Такий підхід, на думку законотворючів ЄС, показав себе як ефективний, тому його без змін було запозичено у Регламенті Рим I. У Римській конвенції та Регламенті Рим I форму угоди про вибір права визначає той же правопорядок, який визначає форму основного договору. У свою чергу, такий правопорядок визначається на основі кількох прив'язок, які застосовуються в альтернативному порядку. Така система була створена для зручності та визначеності (логічно, що право, яке регулює форму основного договору, регулюватиме й форму угоди про вибір права, що застосовуватиметься до основного договору).

В СНД в міжнародних договорах питання форми угоди про вибір права не врегульовано, на підставі чого ми робимо висновок про те, що воно вилучено зі сфери

⁴⁰ Відповідно до положення ч. 1 ст. 28 Конвенція Мехіко набула чинності після двох ратифікацій (Венесуелою та Мексикою), що відбулося 15 грудня 1996 р., однак більше конвенцію жодна держава не ратифікувала. Таким чином, з одного боку, Конвенція Мехіко чинності набула, а з іншого вона, через існування лише двох держав-учасниць вона фактично є "мертвим" інструментом.

⁴¹ Хоча офіційними мовами ОАД є іспанська, англійська, французька та португальська, усе ж у міжнародно-правових документах використовують дві офіційні мови – англійську й іспанську.

їх застосування. У Моделі СНД (3 частина), покладеної в основу більшості національних законів із міжнародного приватного права держав СНД, спеціальних вимог до форми як до зовнішнього оформлення угоди про вибір права не встановлено, на підставі чого можна зробити висновок, що допускається укладання угоди про вибір права як в усній, так і в письмовій формі.

В ОАД було запозичено підхід Гаазьких конвенцій, і до форми угоди про вибір права спеціальних вимог не передбачено.

Список використаних джерел

1. Convention on the Law Applicable to Agency. Draft Convention adopted by the Thirteenth Session and Explanatory Report by I. G. F. Karsten, 1979 [Electronic source]. – P. 371. – 436 [66 p.]. – Access mode: <https://assets.hcch.net/upload/exp127.pdf>.
2. Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods. Explanatory Report by Arthur Taylor von Mehren / ed. by the Permanent Bureau of the Conference [Electronic source]. – 1987. – 59 p. – Access mode: <https://assets.hcch.net/upload/exp131.pdf>.
3. Giuliano M. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations [Electronic source] / Mario Giuliano, Paul Lagarde // Official Journal of the European Communities. – 31.10.1980. – No C 282. – 50 p. – Access mode: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1980:282:0001:0050:EN:PDF>.
4. OEA/SG. DDI/doc. 3/16. 15 March 2016. Original: English. The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas (Paper prepared by the Department of International Law, Secretariat for Legal Affairs Organization of American States) [Electronic source]. – 54 p. – Access mode: http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Technical_Secretariat-DIL-Supporting_Documents_Contracts.pdf.
5. Saf C. A Study of the Interplay between the Conventions Governing International Contracts of Sale. Analysis of the 1955 Hague Convention on the Law Applicable to Contracts of International Sales of Movable Goods; the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations; and the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods [Electronic source] / Carolina Saf. – Access mode: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/saf6.html>.
6. Symeonides S.C. Choice of Law [Electronic source] / Symeon C. Symeonides. – Access mode: https://books.google.com.ua/books?id=KNYdDAAAQBAJ&pg=PA384&lpg=PA384&dq=formal+requirements+of+choice+of+law+mexico+convention&source=bl&ots=fhJ4-HNe_&sig=zkySbw7wqVOBpdKCs2ZoX7Pm9G8&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwjiMD6seLQAHV MjiwKHS41C-EQ6AEIRDAF#v=onepage&q=formal%20requirements%20of%20choice%20of%20law%20mexico%20convention&f=false.
7. Tang Z.S. Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws [Electronic source] / Zheng Sophia Tang. – Access mode: <https://books.google.com.ua/books?id=4vmiCgAAQBAJ&pg=PA163&lpg=PA163&dq=choice+of+law+in+consumer+contracts+rome+i+regulation+formal+requirements&source=bl&ots=hWSkM3JY5&sig=24JRxs1cna1avqWf0pT>

082PND90&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwimh9jd93QAhWDDiWKhaf9DjwQ6AEIWDAl#v=onepage&q=choice%20of%20law%20in%20consumer%20contracts%20rome%20i%20regulation%20formal%20requirements&f=false.

8. Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств / А.В. Асосков. – М.: Б.: Индотриплекс Медиа, 2012. – 640 с.

9. Tevendale C. The ICC 2013 Statistics – Another busy year for international arbitration [Electronic source] / Craig Tevendale, Daniel Waldek. – Access mode: <http://hsfnotes.com/arbitration/2014/09/09/the-icc-2013-statistics-another-busy-year-for-international-arbitration/>.

10. Villalta Vizcarra A.E. La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales [Electronic resource] / Ana Elizabeth Villalta Vizcarra // Conferencia pronunciada en las Jornadas de ASADIP. – Asunción, Paraguay, octubre de 2013. – 12 p. – Access mode: <https://societip.files.wordpress.com/2013/12/la-convencion3b3n-interamericana-sobre-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales-ana-elizabeth-villalta-viscarra.pdf>.

11. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht [Electronic source]. – Access mode: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>.

12. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22 січня 1993 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997_009.

13. Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_619.

14. Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності від 20 березня 1992 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/997_076.

15. 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version) [Electronic source]. – Access mode: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126(02)).

16. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [Electronic source]. – Access mode: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593>.

17. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts [Electronic source]. – Access mode: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html>.

18. Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts with Commentary [Electronic source]. – Access mode: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>.

19. Гражданский Кодекс (часть третья, статьи 1034-1235). Модель [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://docs.cntd.ru/document/901776572>.

20. Діковська І.А. Методи уніфікації норм, що регулюють міжнародні приватні договірні зобов'язання [Електронний ресурс] / І.А. Діковська // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. – 2013. – № 6–2, т. 2. – С. 144–146.

Надійшла до редколегії 02.03.17

Е. Цират, асп.

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ УНИФИКАЦИЯ ФОРМЫ СОГЛАШЕНИЯ О ВЫБОРЕ ПРАВА В ДОГОВОРНЫХ ОТНОШЕНИЯХ

Посвящено анализу подходов к регулированию формы соглашения о выборе права в коммерческих отношениях в международно-правовых актах универсального и регионального характера, а также сравнительно-правовому анализу таких подходов.

Ключевые слова: принцип автономии воли сторон, унификация, соглашение о выборе права, lex loci actus, lex causae.

K. Tsirat, Ph.D. student

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

INTERNATIONAL LEGAL FORMS OF UNIFICATION AGREEMENT CHOICE OF LAW IN CONTRACTUAL RELATIONS

The author analyses approaches as to regulation of formal requirements to a choice of law agreement in commercial relations in international documents of universal and regional level; the article contains comparative analysis of such approaches.

Key words: party autonomy, unification, choice of law agreement, lex loci actus, lex causae.

УДК 346.545

Б. Львов,
голова Вищого господарського суду України, Київ

НЕДОБРОСОВІСНЕ ВИКОРИСТАННЯ ДОБРЕ ВІДОМИХ ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРОК ТА КОМЕРЦІЙНИХ НАЙМЕНУВАНЬ

У статті, виходячи зі змісту Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" та Паризької конвенції про охорону промислової власності, визначаються ознаки недобросовісного використання добре відомих торговельних марок та випадки недобросовісного використання комерційних найменувань. Вносяться пропозиції щодо закріплення окремих принципів кваліфікації недобросовісного використання комерційних найменувань.

Ключові слова: недобросовісна конкуренція, добре відомі торговельні марки, комерційні найменування.

Добре відомі торговельні марки та комерційні найменування є неререєстрованими в тому сенсі, що це об'єкти промислової власності, яким правова охорона надається на підставі їх визнання або використання. Такий порядок набуття прав призводить до проблем у визначенні обсягу правової охорони та кваліфікації порушень щодо них як актів недобросовісної конкуренції.

Свій вклад у дослідження добре відомих торговельних марок, комерційних найменувань, а також захисту від недобросовісної конкуренції, вже внесли І. В. Кривошеїна, А. О. Кодинець, В. М. Крижна, Т. С. Демченко, Ю. Л. Бошицький, О. О. Козлова, Г. О. Андрущук, С. В. Шкляр та інші.

Мета цієї статті полягає у формуванні обґрунтованих рекомендацій по кваліфікації недобросовісного використання добре відомих торговельних марок та комерційних найменувань.

У зв'язку з посиленням міжнародним захистом добре відомих торговельних марок та комерційних найменувань, варто розкрити співвідношення Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" та Паризької конвенції про охорону промислової власності.

Нагадаємо, що ст. 10-bis Паризької конвенції містить неповний перелік трьох основних типів проявів недобросовісної конкуренції, до яких належать: 1) дії, що викликають змішування; 2) дії які дискредитують конкурентів; 3) дії, які можуть ввести в оману громадськість. Їх стислий аналіз дозволяє простежити особливості відображення в національному законодавстві та можливості припинення недобросовісної конкуренції за підставами, закладеними первинно саме Паризькою конвенцією.

Доцільно зауважити, що базовий принцип заборони вчиняти дії, які суперечать торговим та іншим чесним звичаям, знайшов своє повне закріплення у Законі України "Про захист від недобросовісної конкуренції". Якщо аналізувати національне законодавство, то слід зауважити, що пункту першому відповідають положення, закріплені у ст. 4 і 6 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції", пункту другому – положення, закріплені у ст. 8 цього ж закону, пункту третьому – у ст. 15-1 відповідно.

Аналіз Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" засвідчує той факт, що при його створенні національний нормотворець пішов шляхом застосування підходу, за якого в законі актами недобросовісної конкуренції було визнано як дії, зазначені у ст. 10-bis Паризької конвенції, так і не зазначені дії (наприклад, порушення щодо комерційної таємниці). Такий підхід використовується у світовій практиці та являє собою приклад одного з типових варіантів відображення положень Паризької конвенції у національному законодавстві про недобросовісну конкуренцію.

Як зазначалося, добре відомі торговельні марки та комерційні найменування є неререєстрованими, оскільки порядок набуття прав на них не передбачає обов'язкової державної реєстрації. Основи для правової охорони добре відомих торгових марок та комерційних наймену-

вань закладені в ст. 6-bis та ст. 8 Паризької конвенції. Відповідно до ст. 6-bis країни зобов'язуються чи з ініціативи адміністрації, якщо це допускається законодавством даної країни, чи за клопотанням зацікавленої особи відхиляти або визнавати недійсною реєстрацію і забороняти застосування товарного знака, що становить відтворення, імітацію чи переклад іншого знака, здатні викликати змішування зі знаком, що за визначенням компетентного органу країни реєстрації чи країни застосування вже є у цій країні загальновідомим як знак особи, що користується привілеями цієї Конвенції, і використовується для ідентичних або подібних продуктів. Це положення поширюється і на ті випадки, коли істотна складова частина знака становить відтворення такого загальновідомого знака чи імітацію, здатну викликати змішування з ним. В свою чергу ст. 8 передбачає, що комерційне найменування охороняється в усіх країнах Союзу без обов'язкового подання заявки чи реєстрації і незалежно від того, чи є воно частиною товарного знака.

Основна ціль недобросовісних конкурентів, які використовують чужі добре відомі торговельні марки та комерційні найменування, полягає у досягненні змішування. Якщо говорити про дії, що викликають змішування, то при їх розгляді увага приділяється таким питанням як визначення загальних випадків змішування, дослідження видів змішування, розгляд змішування стосовно зазначень, обмежене застосування спеціального законодавства, обмеження сфери охорони товарних знаків, фірмовим найменуванням, змішуванню стосовно форми товару. Аналіз п. 1 ч. 3 ст. 10-bis дозволяє говорити про те, що вона охоплює широке коло випадків у комерційній діяльності і стосується знаків, етикеток, гасел, упаковки, форми і кольору товарів чи інших ознак розпізнавання, які вживаються підприємцями. Звичайно, лише "намір" викликати змішування не дає підстави для визнання певної дії актом недобросовісної конкуренції на підставі п. 1 ч. 3 ст. 10-bis. Разом із тим, недобросовісність імітатора може впливати на обрання санкцій, що можуть застосовуватися до порушника. Крім того, як зазначають, не завжди необхідно, щоб змішування сталося насправді, оскільки схожість на змішування часто є достатнім доказом для прийняття судового рішення про припинення недобросовісної конкуренції. При цьому охорона від змішування надається без жодних обмежень у часі, оскільки захист може забезпечуватися протягом усього часу, доки є вірогідність змішування. Водночас передбачений достатній простір для використання характеристик, які не призводять до змішування стосовно товарів, послуг і підприємництва, аби не обмежувати конкуренцію на даному ринку. Втім, як тільки ринковий продукт переходить у стадію традиційності чи стає добре відомим, тобто втрачає свій оригінальний або характерний вигляд, імовірність визначити змішування суттєво знижується [1, с. 43]. Саме тому підставою для надання правової охорони добре відомому знаку є визнання, а для комерційного найменування – використання.

Якщо аналізувати національне законодавство, то під неправомірним використанням добре відомих торговельних марок та комерційних найменувань закон вважає їх використання без дозволу (згоди) суб'єкта господарювання, який раніше почав використовувати їх або схожі на них позначення у господарській діяльності, що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта господарювання (ст. 4 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції"). Водночас використання у комерційному найменуванні власного імені фізичної особи не визнається неправомірним, якщо до власного імені додається який-небудь відмітний елемент, що виключає змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання.

В Україні охорона від змішування, зазвичай, існує у рамках спеціального законодавства про торговельні марки та комерційні найменування. Така охорона надається згідно положень книги четвертої ЦКУ (зокрема, глав 43, 44), Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" тощо. Водночас не всі добре відомі торговельні марки можуть отримати таку охорону, адже існує ряд абсолютних та відносних підстав для відмови у її надання та неможливості подальшого захисту.

Згідно з ч. 2 ст. 6 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" не можуть одержати правову охорону також позначення, які: 1) звичайно не мають розрізняльної здатності та не набули такої внаслідок їх використання; 2) складаються лише з позначень, що є загальноновживаними як позначення товарів і послуг певного виду; 3) складаються лише з позначень чи даних, що є описовими при використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг або у зв'язку з ними, зокрема вказують на вид, якість, склад, кількість, властивості, призначення, цінність товарів і послуг, місце і час виготовлення чи збуту товарів або надання послуг; 4) є оманливими або такими, що можуть ввести в оману щодо товару, послуги або особи, яка виробляє товар або надає послугу; 5) складаються лише з позначень, що є загальноновживаними символами і термінами; 6) відображають лише форму, що обумовлена природним станом товару чи необхідністю отримання технічного результату, або яка надає товарів істотної цінності. Позначення, вказані в пунктах 1, 2, 3, 5, 6, можуть бути внесені до знака як елементи, що не охороняються, якщо вони не займають домінуючого положення в зображенні знака.

Відповідно до ч. 3 ст. 6 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" не можуть бути зареєстровані як знаки позначення, які є тотожними або схожими настільки, що їх можна сплутати з: знаками, раніше зареєстрованими чи заявленими на реєстрацію в Україні на ім'я іншої особи для таких самих або споріднених з ними товарів і послуг; знаками інших осіб, якщо ці знаки охороняються без реєстрації на підставі міжнародних договорів, учасником яких є Україна, зокрема знаками, визнаними добре відомими відповідно до ст. 6-bis Паризької конвенції про охорону промислової власності; фірмовими найменуваннями, що відомі в Україні і належать іншим особам, які одержали право на них до дати подання до Установи заявки щодо таких же або споріднених з ними товарів і послуг; кваліфікованими зазначеннями походження товарів (у тому числі спиртів та алкогольних напоїв), що охороняються відповідно до Закону України "Про охорону прав на зазначення походження товарів" (такі позначення можуть бути лише елементами, що не охороняються, знаків осіб, які мають право користуватися вказаними зазначеннями); знаками відповідності (сертифікаційними знаками), зареєстрованими у встановленому порядку. Крім того, відповідно до п. 4 ст. 6, не реєструються як знаки

позначення, які відтворюють: промислові зразки, права на які належать в Україні іншим особам; назви відомих в Україні творів науки, літератури і мистецтва або цитати і персонажі з них, твори мистецтва та їх фрагменти без згоди власників авторського права або їх правонаступників; прізвища, імена, псевдоніми та похідні від них, портрети і факсиміле відомих в Україні осіб без їх згоди.

Тому захист від змішування добре відомих торговельних марок здійснюється на підставі Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" тоді, коли Закон України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" не поширює правову охорону на конкретну добре відому торговельну марку або вона не була визнана добре відомою в установленому порядку. Наведений підхід не протирічить ст. 6-bis Паризької конвенції.

У Типових положеннях про захист від недобросовісної конкуренції, підготовлених Міжнародним бюро Всесвітньої організації інтелектуальної власності (BOIB), зазначається, що у тих випадках, коли товарний знак, фірмове найменування чи інший розпізнавальний знак підприємства асоціюється в споживачів із визначеним комерційним джерелом чи походженням, будь-який акт, який створює чи може створити змішування відносно джерела чи походження, буде, як правило, вважатися актом недобросовісної конкуренції. Разом із тим поняття "змішування" не слід обмежувати змішуванням відносно комерційного джерела чи походження, варто включати в це поняття все, що могло б вказувати на діловий зв'язок, наприклад, між двома користувачами одного і того ж товарного знака чи схожих товарних знаків (змішування відносно зв'язку). Крім того, у деяких випадках споживачі, не припускаючи, що продукти чи послуги походять з того самого джерела, можуть, проте, думати через їхню подібність, що використання товарного знака для зазначених продуктів і послуг було дозволено іншим підприємством (змішування відносно спонсорства). BOIB також вважає, що змішування може відбутися особливо відносно добре відомого товарного знака, ідентичного чи подібного товарного знака, який використовується для продуктів чи послуг, які не мають подібності з продуктами чи послугами, у зв'язку з якими цей товарний знак є добре відомим. Згідно із загальним правилом оскільки несанкціоноване використання товарного знака для відомих продуктів чи послуг навряд чи створить змішування, подібний акт не вважається порушенням товарного знака в силу того, що закон про товарні знаки традиційно обмежує рамки охорони актами, що належать до одних і тих самих або схожих продуктів чи послуг. Проте у випадку використання знака, ідентичного чи подібного добре відомим товарним знаком, для інших продуктів чи послуг, подібне використання цього знака все ж може призвести до змішування. Це може відбутися, зокрема, при такому використанні добре відомого товарного знака, коли реклама несхожого продукту чи послуги спрямована на те, щоб скористатися існуючою в уяві споживачів асоціацією з продуктами чи послугами, для яких даний товарний знак є добре відомим. Це міркування застосовуються незалежно від того, є добре відомий товарний знак зареєстрованим чи ні [1, с. 191-192].

В країнах загального права, зокрема США, товарний знак має тенденцію радше до зазначення лояльності споживача, а не належності виробника. Він надає продукції образ, на якому товарний знак засновано. Ключовим чинником є реакція споживача. Споживач може надати перевагу певному типу продукції не через те, що за допомоги товарного знака можна визначити джерело походження, яке споживач оцінює, а тому, що товарний знак як такий має певну вартість. Якщо товар-

ний знак набув незалежної вартості, юридичний захист не буде залежати від ймовірності змішування щодо джерела походження. Цінність товарного знака для власника вже не визначається лише тим, що він дає можливість споживачеві пізнати, які товари належать власнику, а які ні. Товарний знак розглядається як захищений, якщо він має власну вартість. Іншими словами, він захищений проти "знецінення". Змішування не завжди призводить до судової відповідальності за "знецінення", як захисний інтерес суди визначили розрізняльну силу товарного знака позивача. Навіть за умов відсутності конкуренції і будь-якого змішування, використання знака іншими підживляє імідж товарного знака [2, с. 199-200, 204].

В разі встановлення недобросовісного використання добре відомої торговельної марки, недоцільним буде акцентування уваги на дослідженні змішування щодо такої торговельної марки, оскільки воно може і не відбутися, а спроби змішування будуть заздалегідь приреченими на невдачу. Вірним буде дослідження негативних змін лояльності споживачів до оригінальних товарів і послуг, якщо такі зміни відбулися або могли відбутися в короткостроковій перспективі. Варто також дослідити чи могли дії порушника або змодельованої групи таких же порушників, в довгостроковій перспективі, призвести до втрати розрізняльної здатності у добре відомої торговельної марки.

Т. С. Демченко зазначає, що відомість знака значній частині зацікавлених кіл населення свідчить про те, що він має певну репутацію серед споживачів позначених ним товарів чи послуг. Дана обставина часто призводить до ситуації, коли інші виробники однорідної продукції намагаються недобросовісно використати його в своїй діяльності і тим самим вводять споживачів в оману стосовно дійсного виробника товару та його якості. Найчастіше подібне положення речей виникає в країнах, де товарний знак вже набув широкої відомості, але ще не зареєстрований у встановленому законом порядку. В зв'язку з цим, Спільна резолюція про положення щодо загальновідомих знаків зазначає, що держави-члени ВОІВ не можуть висувати як умову для визнання знака загальновідомим факт його реєстрації чи використання, підтверджуючи тим самим, що такого роду позначення є виключенням з принципу територіальності. Отже, основним наслідком загальновідомості знака є те, що його правова охорона виникає не внаслідок державної реєстрації чи використання, а внаслідок його широкої відомості серед зацікавленої частини населення відповідно до положень ст. 6 bis Паризької конвенції [3, с. 104-105].

У деяких країнах загальновизнаним або всесвітньо відомим знакам, що мають високу репутацію, надається охорона, яка виходить за межі подібності до ступеня змішування товарів. Така далеко йдуча охорона повинна надаватися тільки тоді, коли використання одного й того ж знака або майже ідентичного знака для інших, неподібних товарів завдало б шкоди його дистинктивності або його репутації. Ця розширена охорона не обов'язково покриває всі можливі товари. Може статися так, що використання знака, ідентичного до загальновідомого знака, було б невинновданною шкодою відносно певної категорії товарів, тоді як те ж саме використання на цілком неподібних товарах могло б не бути використанням всупереч інтересам зареєстрованого власника загальновідомого знака. Рішення слід визначати з врахуванням усіх обставин конкретного випадку, включаючи ступінь репутації знака, вид товарів, для яких він використовується порушником, спосіб, яким він подає свої товари тощо. Нині більшість країн дотримуються практики надання охорони, яка виходить за межі подібності товарів, тільки у виняткових випадках всесвітньо

відомим знакам або знакам, що мають дуже високу репутацію. Хоча репутація сама собою, звичайно, не достатня. Більш широка охорона виправдана тільки тоді, коли використання знака без належної на те причини привело б до здобуття вигоди, одержаної нечесними засобами з відмінного характеру або репутації товарного знака, або завдало б йому шкоди [4, с. 197].

З урахуванням викладеного, виділимо такі ознаки *недобросовісного використання добре відомих торговельних марок*: 1) змішування щодо добре відомих торговельних марок полягає у введенні в оману споживача шляхом їх неправомірного використання; 2) добре відомі торговельні марки мають більшу захищеність від змішування, ніж звичайні реєстровані торговельні марки; 3) наслідком змішування щодо добре відомих торговельних марок є їх знецінення (втрата лояльності споживачів) та розмивання (втрата розрізняльної здатності); 4) обсяг правової охорони для неспоріднених товарів і послуг з тими, для яких торговельну марку визнано добре відомою, залежить від ступеня її відомості; 5) відсутність офіційного визнання не є перешкодою для кваліфікації недобросовісного використання добре відомої торговельної марки як акту недобросовісної конкуренції.

У сучасних умовах розвитку ринкових відносин значення комерційних найменувань для розвитку окремого підприємства, а в їх сукупності й для економічного розвитку держави важко переоцінити. Комерційне найменування, поряд з торговельною маркою, є важливим елементом у системі взаємовідносин між виробниками та споживачами, а також має першочергове значення як могутній економічний фактор стабільності і добробуту фірми. Більше того, комерційне найменування є одним з ключових моментів стратегії розвитку підприємства. Загальновідомо, що вдало підібране комерційне найменування може мати велике позитивне значення для приваблення покупців, збільшення обсягів продажу, а отже, подальшого розвитку виробництва [5, с. 16].

Відповідно до ч. 2 ст. 489 ЦК України право інтелектуальної власності на комерційне найменування є чинним з моменту першого використання цього найменування. Згідно з ч. 1 ст. 490 ЦК України майновими правами інтелектуальної власності на комерційне найменування є: 1) право на використання комерційного найменування; 2) право перешкоджати іншим особам неправомірно використовувати комерційне найменування, в тому числі забороняти таке використання. На разі інших майнових прав інтелектуальної власності на комерційні найменування законом не встановлено.

Пленум ВГСУ у постанові № 12 від 17 жовтня 2012 року "Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності" зазначає, що для правильного вирішення спорів господарським судам належить з'ясувати, що саме є комерційним (фірмовим) найменуванням, – слово чи словосполучення, повна чи скорочена назва підприємства, а також яким видом діяльності займаються позивач і відповідач у справі, чи функціонують вони на одному ринку товарів і послуг, чи можуть споживачі змішувати послуги, які ними надаються, та, зрештою, чи є комерційні (фірмові) найменування сторін однаковими; при цьому судам слід мати на увазі, що тотожність окремих елементів комерційних (фірмових) найменувань не свідчить про тотожність таких найменувань у цілому.

Не викликає сумнівів, що використання однакового комерційного найменування є порушенням майнових прав інтелектуальної власності особи, якій воно належить. Виняток передбачений тільки в ч. 4 ст. 489 ЦК України, яка визначає, що особи можуть мати однакові комерційні найменування, якщо це не вводить в оману

споживачів щодо товарів, які вони виробляють та (або) реалізують, та послуг, які ними надаються.

Невизначеним залишається лише питання недобросовісного використання схожих комерційних найменувань, які не є тотожними в окремих елементах. Так у одній зі справ про недобросовісне використання комерційного найменування ВГСУ дійшов висновку, що чинне законодавство України не містить ні вимог щодо тотожності комерційного найменування найменуванню юридичної особи (ст. 90 ЦК України), ані вимог щодо певного змісту комерційного найменування (зокрема, стосовно зазначення організаційно-правової форми підприємства). Беручи до уваги призначення комерційного найменування як засобу індивідуалізації, який не потребує державної реєстрації та має правову охорону з моменту його першого використання, ВГСУ зауважено на необхідність встановлення таких факторів: чи має позивач комерційне найменування, яке саме та з якого моменту воно його використовує; чи використовує відповідач спірне найменування в господарській діяльності, в якій формі та стосовно яких товарів і послуг; чи є позначення, яке використовує відповідач, тотожним або схожим із комерційним найменуванням позивача та чи може використання відповідачем спірного позначення ввести в оману споживачів щодо товарів, які вони виробляють та (або) реалізують, та послуг, які ними надаються (постанова ВГСУ від 31 серпня 2010 року у справі № 22/284/08-28/289/09). Це одна зі справ, де ВГСУ поставив на розгляд питання щодо того чи є спірне комерційне найменування тотожним або схожим.

Хоча цивільне законодавство прямо не забороняє використання схожих комерційних найменувань, В. М. Крижна висловлює таке міркування: щоб не допустити введення споживачів в оману щодо особи, яка виготовляє або реалізує товар чи надає послуги, суб'

ект прав на комерційне найменування повинен мати можливість забороняти іншим особам використовувати як тотожне, так і схоже до ступеня змішування позначення [6, с. 98]. На разі, ні ГК України в гл. 16, ні ЦК України в гл. 43 такі міркування прямо не підтримує.

Наведене дає підстави для висновку, що недобросовісне використання схожих комерційних найменувань не завжди є порушенням майнових прав інтелектуальної власності, але є актом недобросовісної конкуренції за ст. 4 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції". Використання тотожного комерційного найменування повинне розглядатися як порушення майнових прав інтелектуальної власності особи, якій воно належить за першістю використання. Отже, недобросовісне використання комерційних найменувань може розглядатися як акт недобросовісної конкуренції у разі використання схожого, але не тотожного комерційного найменування, або у разі використання комерційного найменування для інших товарів та послуг.

Список використаних джерел

1. Андрощук Г. О., Шкляр С. В. Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції. Науково-практичне видання. – К.: Юстініан, 2012. – 472 с.
2. Захист прав інтелектуальної власності: досвід Сполучених Штатів Америки. – 3б. документів, матеріалів, статей / За заг. ред. О. Д. Святоцького. – К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2003. – 368 с.
3. Демченко Т. С. Охорона товарних знаків (порівняльно-правовий аналіз). Монографія. – К.: Преса України, 2004. – 184 с.
4. Основи інтелектуальної власності. – К.: Юридичне видавництво "Ін Юре", 1999. – 578 с.
5. Бошицький Ю. Л., Козлова О. О., Андрощук Г. О. Комерційні найменування: основні правові аспекти. Наук.-практ. вид. / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К.: ТОВ "Видавництво "Юридична думка", 2006. – 216 с.
6. Судова експертиза об'єктів інтелектуальної власності: теорія і практика [науково-практичний збірник. Випуск 1]. – К.: ТОВ "Лазурит-Поліграф", 2009. – 280 с.

Надійшла до редколегії 02.03.17

B. Lvov,
Head of the Supreme Economic Court of Ukraine, Kyiv, Ukraine

UNFAIR USE OF WELL-KNOWN TRADEMARKS AND TRADE NAMES

In the article, based on the content of the Law of Ukraine "On Protection against Unfair Competition" and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, the signs of unfair use of well-known trademarks and cases of unfair use of trade names are determined. Proposals on consolidation of certain principles of qualification of unfair use of trade names are made.

Keywords: unfair competition, well-known trademarks, trade names.

Б. Львов,
председатель Высшего хозяйственного суда Украины, Киев, Украина

НЕДОБРОСОВЕСТНОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ТОРГОВЫХ МАРК И КОММЕРЧЕСКИХ НАИМЕНОВАНИЙ

В статье, исходя из содержания Закона Украины "О защите от недобросовестной конкуренции" и Парижской конвенции по охране промышленной собственности, определяются признаки недобросовестного использования хорошо известных торговых марок и случаи недобросовестного использования коммерческих наименований. Вносятся предложения по закреплению отдельных принципов квалификации недобросовестного использования коммерческих наименований.

Ключевые слова: недобросовестная конкуренция, хорошо известные торговые марки, коммерческие наименования.

Наукове видання



ВІСНИК
КИЇВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 1 (104)

Оригінал-макет виготовлено Видавничо-поліграфічним центром "Київський університет"

Автори опублікованих матеріалів несуть повну відповідальність за підбір, точність наведених фактів, цитат, економіко-статистичних даних, власних імен та інших відомостей.
Редколегія залишає за собою право скорочувати та редагувати подані матеріали. Рукописи не повертаються.



Формат 60x84^{1/8}. Ум. друк. арк. 12,6. Наклад 300. Зам. № 217-8422.
Гарнітура Arial. Папір офсетний. Друк офсетний. Вид. № Ю2.
Підписано до друку 24.10.17

Видавець і виготовлювач
Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет"
01601, Київ, б-р Т. Шевченка, 14, кімн. 43
☎ (38044) 239 3222; (38044) 239 3172; тел./факс (38044) 239 3128
e-mail: vpc_div.chief@univ.net.ua; redaktor@univ.net.ua
http: vpc.univ.kiev.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1103 від 31.10.02