

Електронне видання
2013 - №4 (5)

ПРАВО І ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО

науковий журнал

Рекомендовано Вченою радою Київського національного університету імені Тараса Шевченка до поширення через мережу Інтернет

Рік заснування: 2012

Засновник: Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Видавець: юридичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Тематика згідно з галуззю науки «12.00.00 – Юридичні науки» відповідно до чинного переліку галузей наук

ISSN: 2227-6238

УДК: 34+35

Періодичність: 4 рази на рік

Наказом Міністерства освіти і науки України від 10.10.2013 №1411 електронне періодичне видання "Право і громадянське суспільство" включено до Переліку наукових фахових видань України

Висвітлюються сучасні тенденції та актуальні питання розвитку науки конституційного, цивільного, господарського, земельного, кримінального, адміністративного, фінансового права, а також теорії держави і права. Здійснюється аналіз чинного законодавства.

Редакційна колегія

Головний редактор

Заступник головного редактора

Заступник головного редактора

Відповідальний секретар

ГРИЦЕНКО Іван Сергійович

БЕРЗІН Павло Сергійович

МІРОШНИЧЕНКО Анатолій Миколайович

МОСКАЛЮК Олександр Володимирович

АНДРУШКО Петро Петрович

ЗАЙЧУК Олег Володимирович

ІНШИН Микола Іванович

КОПИЛЕНКО Олександр Любимович

КОТЮК Іван Ілліч

КРАСНОВА Марія Василівна

МАЙДАНІК Роман Андрійович

МАЛИШЕВ Борис Володимирович

ПОГОРЕЦЬКИЙ Микола Анатолійович

ПОГРЕБНЯК Станіслав Петрович

ПОРТНОВ Андрій Володимирович

ПРИШВА Надія Юріївна

ФУРСА Світлана Ярославівна

ЩЕРБИНА Валентин Степанович

СУМСКОЙ Дмитро Олександрович (РФ)

ВИННИЧЕНКО Олег Юрійович (РФ)

КЕЛЛІ Крістофер (США)

ПОЛЛІНЗ Марк (США)

ЗАЛІЗНЯК Павло Мар'янович

д-р юрид. наук

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

канд. юрид. наук, доц.

канд. юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, доц.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, доц.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

д-р юрид. наук, проф.

Комп'ютерна верстка

Мінімальні системні вимоги: операційна система MS Windows 98/2000/XP/2003, браузер MS Internet Explorer версії 5 та вище, Adobe Acrobat (Adobe Reader).

Адреса редколегії журналу

01601, Київ, вул. Володимирська, 64

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

юридичний факультет

редакція наукового журналу «ПРАВО І ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО»

тел. (044) 235-4327

E-mail: lcs_knu@meta.ua

http://lcslaw.knu.ua/

Редакція залишає за собою право редагувати матеріали. Опубліковані статті відображають думку авторів і можуть не збігатися з позицією редакції. При використанні матеріалів посилання на видання є обов'язковим.

ЗМІСТ

Теорія держави і права

Малишев Б.В. Загальні засади телеологічної (цільової) детермінації соціальних явищ.....4

Конституційне право

Васильченко О.П. Реалізація соціально-економічних прав з огляду на принцип рівності....26

Цивільне право

Komziuk V., Melnyk O. Some issues of specialized court on intellectual property cases in Ukraine.....36

Вербов С.В. Угоди зі злиття та поглинання у банківській сфері.....44

Земельне право

Ріпенко А.І. Питання захисту речових прав на земельні ділянки в останніх актах судової практики.....49

Адміністративне право

Марусенко Р.І. Режим персональних даних та деякі особливості навчального процесу у вищих навчальних закладах.....64

Міхровська М.С. Центральні органи виконавчої влади: питання оптимізації на сучасному етапі.....78

Фінансове право

Очкуренко С.В., Баишовий С.В. Актуальні проблеми визначення меж фінансово-правового регулювання.....85

Лещенко Р.М. Офшорні компанії: поняття та організаційно-правові форми.....93

Кримінальне право

Задоя К.П. Вирішення питання про долю речових доказів та документів за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року як правовий захід, відмінний від спеціальної конфіскації.....100

Міжнародне публічне право

Власюк В.В. Стимулюючі тарифи й інші схеми підтримки відновлювальної енергії у парадигмі законодавства СОТ.....106

Філософія права

Панкевич О.З. Філософсько-правові аспекти свободи думки, совісті та релігії (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини).....116

**Малишев Борис Володимирович**

доктор юридичних наук,
доцент кафедри теорії права та держави
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

***Загальні засади телеологічної (цільової) детермінації
соціальних явищ***

У цій статті буде вперше комплексно розглянуто актуальне для вітчизняної науки загальної теорії права та філософії права питання щодо телеологічної детермінації соціальних явищ, в тому числі і права.

У пізнанні права надзвичайно важливим є розуміння його сутності не як метафізичної сталої абстракції, а як сукупності найістотніших закономірностей розвитку.

Наука завжди намагається знайти зв'язок між окремими фактами, вивести певне узагальнення, сформулювати об'єднуючий їх принцип – іншими словами, встановити закономірності [7, с. 6].

Юридичні закономірності є різновидом соціальних закономірностей. Слідом за П. Рабіновичем [32, с. 11] під закономірністю ми розумітимемо об'єктивний, необхідний, істотний і в певних умовах стійкий зв'язок між певними явищами. При цьому специфіка юридичної закономірності проявляється у тому, що як мінімум однією з її сторін виступає правове явище, а також у тому, що вона безпосередньо обумовлює та відображає юридичну своєрідність цього явища.

Одна з найважливіших закономірностей буття виражена парною категорією «причина – наслідок» і має назву «закон причинності» або «закон детермінації». Ця закономірність характеризує такі основні властивості оточуючого середовища, як рух і розвиток.

З'ясування причинних зв'язків є першочерговим завданням у поясненні будь-якого явища [20, с. 59].

Функціонування та розвиток права, правової системи залежить від дії цілого комплексу різноманітних причин та умов. Відповідно пояснення їх сутності полягає передусім у виявленні, характеристиці та розкритті механізму дії вказаних причин і умов.

Як представники матеріалізму, так і представники ідеалізму визнають, що детермінація є універсальним законом буття. Звичайно ж, детермінізм не вичерпує всієї багатоманітності та складності зв'язків між різними явищами. Наприклад, повною мірою детермінація проявляється у зв'язку зі своєю протилежністю –

індетермінацією. Однак, зважаючи на обмеженість в обсязі цього дослідження, ми дозволимо собі виокремити закон детермінації із всезагального зв'язку й абстрагуватися від його кореляції з індетермінацією.

Детермінізм нерідко розуміється як теорія причинності, проте немає підстав зводити його зміст лише до каузальної (генетичної) детермінації. Термін «детермінізм» – це поняття, яке позначає: 1) обумовленість певної речі іншими речами; 2) вчення про таку обумовленість [2, с. 4, 18, 29].

Об'єктивність причинно-наслідкових зв'язків визнається не всіма науковцями. Так, навіть у XX столітті деякі західні вчені вважали, що вказані зв'язки характерні лише для типу мислення, що представлений певною науковою теорією. Втім, якщо причинність характерна для теорії, для зв'язку між поняттями, категоріями, виникає питання: звідки вона (причинність) потрапила у теорію? [12, с. 121-124]

Для абсолютної більшості вчених як природничої, так і гуманітарної сфери детермінізм є очевидним і всезагальним способом взаємодії між різними явищами. Тому зупинимось детальніше на окремих положеннях концепції детермінізму, викладеної у праці М. Парнюка, яку буде використано у цьому дослідженні.

У світі не існує жодної речі, яка б не виникла з інших речей, не ґрунтувалася б на інших речах та, своєю чергою, яка б не виробляла щось інше, інші речі. Явище виникає тому, що виникають відповідні детермінуючі фактори. Явище зникає тому, що зникають детермінуючі його фактори. У процесі детермінації відбуваються речові, енергетичні й інформаційні зміни.

У категоріях детермінізму відображається виробляюча, результативна сторона взаємодії між явищами. У взаємодії, яка не має ознак детермінації, сам факт існування однієї зі сторін не залежить від існування іншої сторони. Натомість відносини детермінації передбачають, що виникнення й існування одного явища визначається, опосередковується іншим явищем. У таких відносинах детермінуюча річ (детермінант) породжує детерміновану річ, явище, процес (похідне). Детермінація містить у собі зміну, зародок іншого. Вона передбачає перехід детермінанти у похідне, а також похідного у детермінанту.

Існує детермінація умовами (обумовленість) та детермінація причинами. Умови самі по собі не можуть перетворитися на нову дійсність, продукувати її, вони лише створюють можливість нової дійсності. Якщо наявні всі умови для певної речі, то вона починає існувати. Причина є активним фактором, а умови – відносно пасивні, тому їх сума не може бути причиною. Завдяки власній активності причина організовує умови, використовує їх як матеріал для створення нової дійсності. Умови можуть бути сприятливими та несприятливими, тобто або посилювати, або

послабляти дію причини. Без наявності умов причина не може проявити своєї активності, специфічної форми дії.

Явища, що виникли внаслідок дії схожих детермінуючих факторів, характеризуються єдністю походження та схожі між собою, але оскільки такі явища піддаються впливу чисельних різноманітних додаткових факторів, то вони є своєрідними, відрізняються від речей того самого класу.

Розгляд детермінізму неодмінно тягне за собою формулювання позиції стосовно явища, яке називають «випадковість». Явище має випадковий характер відносно тих факторів, які його не детермінують. Явище є можливістю відносно тих факторів, які його недостатньо детермінують. Оскільки випадковість детермінується не даною сукупністю факторів, то вона має характер можливості відносно цієї сукупності факторів.

Будь-яке явище в одних відносинах є детермінованим, необхідним, а в інших відносинах – не детермінованим, випадковим. Тому відносини детермінації постійно змінюються, виникають, зникають, а відтак кожному явищу притаманно декілька можливостей, що мають різну вірогідність. Вірогідність має об'єктивний характер відносно недостатньої сукупності детермінуючих факторів, незалежно від того, чи знаємо ми фактори, яких не вистачає, або свідомо не звертаємо на них уваги, або такі фактори ще не існують. Будь-яке явище характеризується багатьма можливостями, й у кожній з них присутня певна частка необхідності, оскільки кожна можливість певною мірою детермінована.

Отже, немає випадкових явищ, подій узагалі, а є випадкові явища, події відносно певних факторів. Випадковість є винятком, оскільки вона породжена не даною стійкою сукупністю детермінуючих факторів, а якимось нестійким, мінливим, тимчасовим, стороннім фактором [29, с. 8-12, 73-140].

Причина має структуру, компоненти якої у процесі детермінації відіграють різну роль. Є причини безпосередні й опосередковані. Коли опосередкована причина виступає у ролі достатнього, але не необхідного фактора, можуть існувати також інші причини, які здатні викликати такі самі наслідки [24, с. 138, 139].

З точки зору темпорального (часового) виміру детермінант відносно об'єкта, який детермінується, може: знаходитися у минулому (найпоширеніше розуміння детермінації); існувати одночасно з об'єктом; знаходитися у майбутньому. Вказана особливість дозволила радянському філософу Я. Аскіну прийти до вкрай важливої для нашої роботи класифікації детермінації на три види: 1) детермінація минулим: причинність (каузальність), детермінація генетичними зв'язками; 2) детермінація теперішнім (синхронна детермінація): функціональний зв'язок станів, зв'язок цілого та частини, структурна детермінація, детермінація кореляційними, координаційними

та субординаційними зв'язками; 3) детермінація майбутнім: цільова (телеологічна) детермінація.

Процес розвитку має певну структуру, елементами якої є минуле, теперішнє і майбутнє. Пізнання цього процесу не може обмежуватися відображенням його теперішнього й аналізом його минулого, а також має передбачати й ураховувати майбутнє як суттєвий чинник для характеристики розвитку теперішнього. Види детермінації співвідносяться з основними принципами, що відображають найзагальніші характеристики буття: детермінація теперішнім відображає принцип єдності; детермінація минулим і детермінація майбутнім – принцип розвитку. Вплив на теперішнє «слідів» минулого та «зародків» майбутнього певною мірою є аналогічним, оскільки і те й інше (вже або ще) відсутнє у наявній дійсності. Але детермінація майбутнім виражає таку важливу рису розвитку, як спрямованість [2, с. 92, 147, 169, 179, 183].

Детермінація майбутнім безпосередньо пов'язана з категорією «мета», тому цей вид детермінації називають також телеологічним (від грецької «telos» – кінець, мета).

У зв'язку з викладеним необхідне уточнення розуміння часу, яке ми здійснимо шляхом наведення відповідних положень монографії О. Пушняка.

Час може бути визначено як єдність двох рівнів: 1) рівня процесуальності, змінності матерії, яка неодмінно перебуває в постійному русі, властивістю якої створення все нових моментів свого існування; 2) рівня виміру, де час виступає як кількісна та якісна міра такої змінності.

Категорія «час» співвідноситься лише з тими змінами, рухом, які уособлюють становлення. Становлення означає появу нового, процес розвитку, субстанційну зміну, воно являє собою виникнення явищ та їх станів, їх перетворення на інші явища і стани, що виражається в переходах між буттям і небуттям, від можливості в дійсність. Динамічна концепція часу («минуле – теперішнє – майбутнє»), на відміну від статичної концепції часу («раніше – одночасно – пізніше»), враховує різницю моментів часу з точки зору їх відношення до процесу становлення.

Теперішнє в одному випадку може бути сприйнято як мить, а в іншому – як деяка тривалість об'єкта, який онтологічно існує. Тому межа між сучасним і минулим є відносною і прямо залежить від обраного критерію.

Своєю чергою, соціальне майбутнє має різні види форми буття: 1) актуально-реальне, що являє собою авангард майбутнього в теперішньому, який зароджується і розвивається всередині старої якісної визначеності; 2) потенційно-реальне, що є сукупністю тенденцій, які виступають результатом і проявом функціонування об'єктивних законів, зумовлюють майбутній перебіг подій та втілюють у сучасній дійсності потенційну реальність майбутнього; 3) реально можливе, що становить

сукупність усіх дійсно ймовірних варіантів розвитку; 4) плановане, що входить до сфери реально можливого і складається з цілей, планів, проектів, які є не просто ідеальними образами майбутнього, а детермінантними факторами [31, с. 19, 43, 46, 47, 49].

Як бачимо, телеологічній детермінації відповідає лише четверта форма буття майбутнього. Водночас перші дві форми майбутнього є результатами каузальної детермінації, а третя форма, залежно від детермінанта, може бути результатом як детермінації минулим, так і детермінації майбутнім.

Функціонально мета виступає як спрямовуюча причина: не просто обумовлює, але обумовлює спрямовано. Пізнання телеологічної причинності є більш складним, ніж пізнання каузальної причинності. Механізм дії цільової причини формально може бути розкладений на каузальні компоненти, але каузального пояснення дії, спрямованої на досягнення мети, недостатньо [35, с. 341-343].

Позицію Я. Аскіна щодо виокремлення детермінації майбутнім не поділяли радянські філософи здебільшого з ідеологічних підстав, але при цьому вони беззаперечно визнавали віднесеність мети до групи категорій детермінізму [23, с. 183].

Телеологічна детермінація не відповідає усталеному і, слід визнати, багато в чому стереотипному уявленню про те, що у часовому вимірі причина має передувати наслідку. Наявність часової послідовності (причина – раніше, наслідок – пізніше) традиційно належить до ядра поняття детермінації [45, р. 21]. Однак ця позиція ґрунтується на вказаному вище помилковому ототожненні всього детермінізму з одним із його видів, яким є детермінація минулим. Водночас виявлені за допомогою каузальної причини фактори минулого не завжди можуть пояснити всі важливі аспекти існування певного явища. Відомий у XIX столітті логік Х. Зігварт вважав, що для таких ситуацій вирішального значення набуває цільова причина: «В тому випадку, коли знання каузальних причин недостатньо для пояснення складових елементів і ходу процесу і водночас постійно наявний його результат, слід взяти цей результат за вихідний пункт і застосувати телеологічний метод для з'ясування факторів, що створюють його» [15, с. 21]. Таким чином більш точною може вважатися думка, згідно з якою причина починає діяти, коли наслідок ще відсутній. Причина завжди настає раніше за наслідок, але при цьому у темпоральній системі координат вона відносно наслідку не обов'язково знаходиться у минулому.

Сутність телеологічної детермінації (тобто цільової причини) цілком обґрунтовано можна звести до процесу і результату детермінації засобів цілями [6, с. 31]. Таким чином, основними структурними частинами цього виду детермінації виступає мета і засоби її досягнення.

На думку Г. Врігта, в історії ідей можна виділити дві основні традиції, які розходяться у питанні про те, за яких умов пояснення задовольняє вимоги науковості. Одну з цих традицій називають аристотелевською, другу – галілеєвською. Ці назви вказують передусім на те, що перша має досить глибокі історичні традиції, а друга – відносно недавнє походження. Вчений наголошує, що не варто вважати, що аристотелевська традиція у сучасний час – це застарілий забобон, від якого наука поступово «звільняється». Різниця між традиціями характеризується як різниця між телеологічним (фіналістським) і каузальним (механістичним) поясненням [8, с. 42]. Специфіка пояснення за допомогою першого типу розкривається у мовній схемі «те, заради чого», такий вид пояснення шукає причину в майбутньому, тому часто називається «ідеальним». Пояснення другого типу розкриваються у мовній схемі «те, внаслідок чого», вони шукають причину в минулому, і на цій підставі називаються «матеріальними».

Навряд чи яке-небудь інше поняття настільки важко входило до науки і мало таку драматичну історію виникнення, ідеалістичної гіперболізації, потім дискредитації в очах природознавців і зрештою обережного визнання на основі ідей сучасної науки, ніж категорія «мета» і похідні від неї поняття «доцільність», «цілепокладання» та «цільова причина» [37, с. 88].

Пояснення явищ за допомогою аналізу їх мети виникає разом із самою філософією. Перша визначна спроба створити вчення про мету належить Платону. Категорія «телос» (telos) у нього часто означає не просто припинення, завершення чогось, а межу, яка надає визначеність, смисл певному предмету або процесу. Платон поєднує категорію мети з поняттям цінності, запроваджуючи явно аксіологічний акцент. Його вчення про мету є досить розвинутим, але не містить досконало розроблених категорій [22, с. 34, 36].

Методологічний потенціал цільової причини повною мірою було використано Аристотелем, який поклав його в основу свого філософського світосприйняття.

Після Аристотеля минуло дві тисячі років, «перше ніж світ породив бодай одного філософа, якого можна вважати більш-менш рівним йому» [34, с. 144], відтак його ідеї щодо цільової причини залишаються актуальними і сьогодні.

Категорія «мета» посідає одне з найважливіших, центральних місць у філософії Аристотеля. Концептуальне розуміння вченим цієї категорії міститься у «Метафізиці».

Філософ вважає, що для пізнання істини слід знати причини, які поділяються на чотири види: 1) форма речі, з якої вона виникає (наприклад, срібло є причиною чаші); 2) матерія (субстрат) речі (hupokeimenon); 3) те, звідки річ бере початок своєї

зміни чи переходу у стан спокою (каузальна причина); 4) те, заради чого існує річ (цільова причина).

Деякі автори висловлюють думку, що формальна причина по суті є структурною детермінацією, оскільки аристотелевська концепція форми може розглядатися як попередник сучасного розуміння поняття «структура» [2, с. 152].

Мета має кінцевий характер, вона не існує заради чогось іншого, навпаки, все інше існує заради неї. Вона залишається у статиці, проте інші явища притягуються до неї, бо вона є благом. Кінцева мета є межею руху.

Аристотель розглядає каузальну та цільову причини як основні у дослідженні розвитку певної речі та відповідним чином класифікує всі науки на дві групи, серед яких наука про мету є основною, оскільки все існує заради мети і блага, яке вона позначає.

На думку філософа, все, що знаходиться між поштовхом до руху та метою цього руху, є також причинами, які слугують справі досягнення мети. Ці причини поділяються на речі матеріального світу, тобто певні знаряддя (наприклад, ліки або інструменти лікаря), та на дії (наприклад, очищення людського організму), які слугують меті.

Річ є завершеною (teleion) тому, що в неї є кінець (telos). Кінцева мета є завершенням. Межею розвитку (to eschaton [есхатон]) є стан явища, «поза яким не можна знайти жодної його частини», та стан явища, який передбачає досягнення мети, тобто первинний стан ніби з протилежного боку, коли «всередині явища знаходяться всі його частини».

Початок є певною межею, проте не кожна межа є початком; у одних речей причина – це мета, як, скажімо, у будинку або ліжка, а в інших – першопричина руху. Каузальну причину шукають, коли мова йде про виникнення або про зникнення, а цільову причину – коли йдеться про існування (адже все, що розвивається, рухається до певної мети, і заради мети набуває здатність).

Одним із найважливіших понять у цільовому розвитку речі є «здійсненність» (entelecheia [ентелехія]). Аристотель зазначає: справа – це мета, а діяльність – це справа, тому і функціонування (energeia [енергія]) є похідною від справи (ergon [ергон]) та спрямована на ентелехію [1, с. 70, 96, 101, 102, 146, 169].

Поняття ентелехії у філософській системі Аристотеля посідає надзвичайно важливе місце, але при цьому є одним із найскладніших для розуміння. У контексті теорії причин ентелехія, безумовно, пов'язана з метою та цілеспрямованістю явища. Ентелехія означає здатність явища до розвитку в напрямку досягнення мети, внутрішній потенціал розвитку явища, сам процес розвитку, а також завершення цього розвитку досягненням мети.

Викладене дозволяє стверджувати, що у «Метафізиці» закладено основи телеологічного способу пояснення явищ, які можна представити у вигляді таких положень: 1) мета є благом, кінцем, завершенням цілеспрямованого руху явища до блага; 2) кінцева мета є межею розвитку явища; 3) дією каузальної причини пояснюється виникнення і зникнення речі, а цільової – розвиток і функціонування речі; 4) засоби досягнення мети поділяються на знаряддя і дії; 5) всі явища мають цілеспрямовану внутрішню природу; 6) ентелехія – це обумовлений метою процес розвитку; 7) якщо річ розглядати в якості системи, то мета цієї речі матиме системообумовлюючий вплив, оскільки «telos виступає як вираз організуючого принципу, тієї сили, яка складає специфіку даної речі, відрізняючи її від речей інших видів» [16, с. 171].

Б. Українцев вважає, що Аристотель запровадив чіткий поділ причин на дві категорії: зовнішні (ті, що породжують рух) та внутрішні (формальні, матеріальні та цільові) причини зміни речей і процесів; висловив тезу про структуру (форму) як творче начало; об'єктивував категорію «мета», екстраполювавши її на явища неживої природи [37, с. 93].

Незважаючи на те, що цільова причина отримала своє філософське обґрунтування ще за часів античності, узагальнюючий термін, який би позначав учення про мету та цільову причину, виник лише 1740 року, коли німецький філософ, математик та юрист Хр. Вольф у роботі «*Philosophia rationalis sive logica*» зауважив: «Природним речам можуть бути надані подвійні підстави, одні з яких походять з породжуючої причини, інші – з мети. Ті, які мають начало у породжуючій причині, розглядаються у точних науках. Частина філософії природи, яка розглядає цілі речей, не має на сьогодні назви, хоча вона досить розгалужена та корисна. Вона могла би називатися телеологією» [43, р. 38].

Проте згодом вказаним терміном у науковій літературі стали позначатися доволі різні явища.

Скажімо, у радянській науковій традиції під «телеологією» залежно від контексту розуміли: 1) онтологічні вчення про наявність у природі та суспільстві об'єктивних позалюдських цілей, цільових залежностей; 2) прийоми пізнання, в яких використовуються категорія мети й інші поняття, що входять до її смислового поля (методологічна телеологія); 3) вивчення поведінки людини, яка визначається її свідомими цілями, а також структури і розвитку цих цілей; 4) загальну філософську теорію мети і відносин, що нею виражаються [26, с. 29].

Крім того, застосування терміна «телеологія» для позначення тієї чи іншої концепції, що визнає цільову детермінацію явищ, завжди вимагає додаткових уточнень щодо істотних характеристик самої цільової причини.

Так, у літературі відзначається, що телеологія є: 1) антропоцентричною, якщо вона виходить з того, що все існує для людини; 2) метафізичною, якщо вона виходить з кінцевої мети (*causa finalis*), що панує над усім світом; 3) трансцендентною – якщо вона виходить із визнання надістоти, що знаходиться поза світом, і встановлює цілі; 4) іманентною – якщо вона виходить з того, що мета закладена у самих речах [5, с. 449-450].

Вбачається, що обидві подані класифікації можна узагальнити й уточнити шляхом запровадження чіткого критерію, який полягатиме у визнанні або запереченні існування об'єктивної цільової причини, яка характеризується незалежністю від свідомості окремої людини. Філософські напрями, які визнають об'єктивний характер цільової причини, відносяться до об'єктивної телеології. Своєю чергою, ті філософські напрями, які не визнають об'єктивний характер цільової причини, належать до суб'єктивної телеології.

Тут і далі під об'єктивним ми розумітимемо все, що, по-перше, існує поза суб'єктами, по-друге, позначає аспект свідомості людей, який від них не залежить. Суб'єктивне – це те, що властиве лише суб'єкту, існує в ньому; це аспект свідомості людей, що залежить від них самих, а також активне ставлення людини до об'єктивного [21, с. 12].

Відтак до складу об'єктивної телеології входять онтологічні вчення (які здебільшого відносяться до ідеалізму) про наявність у природі та суспільстві об'єктивних позалюдських цілей. При цьому цільові причини можуть характеризуватися: метафізичністю; трансцендентністю; іманентністю. Телеологічні зв'язки у способі пояснення відповідають об'єктивним властивостям об'єктів, сутність яких пояснюється.

Своєю чергою, до складу суб'єктивної телеології входять методологічна телеологія, наукові напрями щодо дослідження цільової обумовленості поведінки людини, а також загальна філософська теорія мети, під якою розуміють концепції (переважно матеріалістичні), що пов'язують цільові причини виключно зі свідомою діяльністю людини. При цьому цільові причини характеризуються антропоцентричністю.

Прихильники суб'єктивної телеології вважають, що телеологічні характеристики не є об'єктивною особливістю речей і подій, а базуються лише на способі, яким учений їх описує. На їхній погляд, телеологія існує тільки в мові (а точніше – у способі постановки питань) й у властивостях розуму людини [44, р. 26].

Нижче ми здійснимо короткий огляд положень суб'єктивної телеології, для того щоб: а) контрастніше виявити характерні риси об'єктивної телеології; б) довести, що основні положення суб'єктивної телеології при екстраполяції на рівень колективного

суб'єкта (соціальна група, соціальний прошарок, суспільство) отримують зміст, який притаманний об'єктивній телеології.

Суб'єктивний телеологічний напрям узагальнено презентує численні вчення, що базуються на невизнанні цільової причини поза свідомістю людини. При цьому спектр таких учень вельми широкий: від суб'єктивного ідеалізму до діалектичного матеріалізму.

Скажімо, суб'єктивний ідеалізм лежить в основі методологічної телеології І. Канта, для якого телеологія – це «не більше ніж регулятивний принцип розуму». У його концепції цільова причина являє собою методологічний та евристичний принцип пізнання природи, і тому її слід розглядати як продукт людського інтелекту, а не як властивість природи. Канту притаманний критицизм, тобто переоцінка суб'єкта, водночас проблема об'єкта залишається у нього відкритою [10, с. 10; 42, с. 25].

Для матеріалістичної діалектики метою є відтворений у свідомості людини бажаний результат її певних вольових дій, який одночасно виступає причиною для таких дій. Тут цільова причина входить до структури цілепокладання – свідомої доцільної предметної діяльності людини з конструювання цілей, підібрання та використання засобів для її досягнення.

З точки зору марксизму головним компонентом у цілепокладанні є діяльність [14, с. 3], під якою розуміється активне цільове перетворення людиною оточуючого середовища за допомогою праці. Відомо, що саме праця лежить в основі всіх основних категорій марксистського вчення: економічного базису, класового поділу, руху суспільного розвитку від капіталізму до соціалізму тощо.

І цілепокладання, і діяльність окремої людини є явищами, що мають передусім психологічну природу. Тому цілком закономірно, що фундамент сучасної теорії діяльності було закладено у 1930–1970-х роках радянськими психологами (передусім О. Леонтьєвим [19]). Після цього діяльність стає окремим предметом уваги філософів Г. Батіщева [4] та Е. Юдіна. Останній вірно відзначав, що діяльність як пояснювальний принцип має ключову, методологічно центральну роль для сучасного гуманітарного пізнання [41, с. 245]. Справедливість цієї думки стосовно права була доведена низкою вчених (В. Карташовим, Н. Оніщенко та С. Гусарєвим), які у своїх роботах дослідили специфіку та характерні ознаки саме юридичної діяльності.

Остання помітна монографічна праця з тематики філософського осмислення діяльності виходить незадовго до розпаду СРСР [11], після чого масштабні дослідження у цій сфері припиняються, що зайвий раз підтверджує пряму залежність концепції діяльності від матеріалістичної діалектики.

Вже у 2001 році В. Лекторський висловив думку про можливість відродження діяльнісного методу з урахуванням сучасних напрямів філософії, для чого потрібно його «переосмислити і відмовитися від вузької інтерпретації». Але разом з тим учений визнав, що, скажімо, в межах досить поширених сьогодні постмодернізму та феноменології поняття діяльності не має самостійного методологічного значення [18, с. 76, 84, 85].

Розглянемо у тезовому вигляді основні засади діяльнісного методу з точки зору категорії мети.

– Під метою розуміють відтворений в індивідуальній свідомості людини майбутній результат її діяльності. Тобто мета пов'язується з діями людини, що спрямовані на досягнення цієї мети, водночас вказаними діями людина перетворює оточуюче середовище.

– Мета пов'язана з потребами й інтересами людини. У цьому ракурсі метою є суб'єктивне уявлення, що виникло на підставі інтересу як усвідомленої потреби. При цьому потреба носить об'єктивний характер, а інтерес – об'єктивно-суб'єктивний.

Об'єктивний елемент у структурі інтересу проявляє себе в такому: пізнаючи навколишній світ, суб'єкти (індивід, соціальна група, клас) вибирають з усієї сукупності явищ і фактів навколишнього світу ті, використання яких допомагає створити найбільш сприятливі умови для їх життєдіяльності. Своєю чергою, суб'єктивний елемент проявляє себе в тому, що поза суб'єктом саме поняття інтересу стає безпредметним і беззмістовним, тому що інтерес не може бути безсуб'єктивним, він завжди передбачає активно-творчого, мислячого суб'єкта. З цього боку інтерес виступає в якості відображення у свідомості соціальних суб'єктів їхніх потреб, що проявляється у вольових свідомих діях і вчинках [30, с.83-87].

– Мета пов'язана з цінністю. Цінність – це важливість для суб'єкта факту досягнення певної мети. Іншими словами, мета має бути цінністю, тому що в інакшому разі вона не матиме потенціалу впливати на діяльність суб'єкта. Мета та цінність виступають у цьому випадку як синкретичні поняття. У філософській літературі мета часто розуміється як відтворена у свідомості модель цінності [36, с. 268], при цьому вказується, що мета не просто відображає існуючі можливості, а й виражає ставлення до них суб'єкта, оцінку корисності їх реалізації [23, с. 19].

– Мета пов'язана з волею, яка виступає своєрідною ланкою між інтересом суб'єкта у досягненні певної цілі та спрямуванням суб'єктом своєї діяльності на її досягнення.

Цілеспрямовану поведінку людини можна виразити у такій схематичній моделі: об'єктивні потреби людини, обумовлені її біосоціальною сутністю, породжують інтереси, які вже не є цілком об'єктивними, оскільки являють собою усвідомлені

потреби; своєю чергою, цілі виступають як чинники, які детермінують напрями дій людини із задоволення її інтересів і, в кінцевому рахунку, задоволення потреб.

Таким чином, з точки зору суб'єктивної телеології мета як причина безпосередньо пов'язана з такими характеристиками людини, як свідомість, поведінка (дія), і воля. Методологічно сукупність зазначених категорій має сенс розглядати в якості складових діяльності.

Марксизм широко використовує антропоцентричну категорію «діяльність», яка має ознаки суб'єктивного напрямку телеології, однак, хоч як це парадоксально звучить, в її основі знаходиться об'єктивна телеологія, що доводиться нижчевикладеними трьома позиціями.

По-перше, радянські філософи наполягали на тому, що марксизм заперечує телеологію у будь-якому вигляді. Але факт надання К. Марксом і Ф. Енгельсом у своїх працях негативного забарвлення терміну «телеологія» ще не означає відкидання ними об'єктивно діючої цільової причини. Так, у головній праці Ф. Енгельса «Діалектика природи» знаходимо таку думку: «Causa finalis – матерія і внутрішньо притаманний їй рух» [25, с. 558]. Таким чином, матерія як основна категорія діалектичного та історичного матеріалізму обумовлена метою свого саморозвитку, а відтак з точки зору детермінізму характеризується ентелехією – основною категорією аристотелевської об'єктивної телеології.

По-друге, як зазначається у сучасній західній літературі, марксизм від першого до останнього речення базується на есхато-логічній (нагадаємо, що за Аристотелем «есхатон» позначає межу цілеспрямованого розвитку певного явища) ідеї побудови безкласового суспільства, яка детермінує всі інші положення цієї теорії [45, р. 8], тому він пронизаний тезою про кінцеву мету об'єктивного характеру.

По-третє, діяльність індивіда не може розглядатися окремо від його соціальної природи, тобто окремо від діяльності інших людей, а надто – від виробляючої діяльності всього суспільства. Діяльність індивіда не збігається з діяльністю іншого індивіда, так само вона не збігається з виробляючою діяльністю суспільства. Більше того, діяльність індивіда є неможливою поза виробляючою діяльністю суспільства. Отже, так само як діяльність індивіда обумовлена цілями, які перебувають у його свідомості, так і діяльність суспільства детермінована певними цілями, що перебувають у суспільній свідомості. Суспільна свідомість, на відміну від індивідуальної, є об'єктивним явищем, оскільки вона не може розглядатися просто як сума свідомості членів конкретного суспільства, а є окремою складовою об'єктивної реальності з певними закономірностями функціонування та розвитку. Складні аспекти діалектичної взаємодії суспільної й індивідуальної свідомості призводять до того, що стимулом для розвитку суспільної свідомості слугують створені окремими

індивідами нові ідеї, погляди, теорії, але при цьому індивідуальна свідомість повністю обумовлюється станом суспільної свідомості. Також суспільна свідомість відносно всіх носіїв індивідуальної свідомості виконує організаційну та регулятивну функції.

Це означає, що марксистська методологія дослідження суспільних явищ, яка офіційно не визнає цільової детермінації поза свідомістю людини, є разом з тим неповноцінною без телеологічної складової об'єктивного характеру.

На зазначену особливість указував Р. Штаммлер, який писав, що марксизму не вдалося уникнути телеології, оскільки згідно з його постулатами суспільні відносини є продуктом діяльності людей, які діють свідомо, доцільно. Таким чином, соціальні явища слід пояснювати не каузальним принципом (де в ролі детермінанти виступає економіка), а телеологічним принципом [40, с. 61].

Водночас більшість радянських філософів заперечували об'єктивний характер суспільної свідомості, посиляючись на невідповідність цієї тези марксистській максимі «суспільне буття визначає суспільну свідомість».

Наприклад, Д. Дубровський, підсумовуючи висловлені у літературі критичні зауваження щодо визнання об'єктивного характеру природи суспільної свідомості, зазначав таке. Якщо матеріальне є об'єктивною реальністю, то ідеальне не може бути не чим іншим, як суб'єктивною реальністю. У протилежному випадку категорія ідеального втрачає смисл. Ідеальне слід розуміти як людську суб'єктивну реальність, тобто реальність наших думок, чуттєвих образів, внутрішніх спонукань. Виходячи з цього ідеальне існує лише в межах психічного, сутність якого полягає в ідеальному відображенні, що здійснюється людиною за допомогою мозку [13, с. 18, 25, 28, 215].

Як видно, позиція вченого ґрунтується на конструкції «суб'єктивна реальність» і виглядає цілком обґрунтованою стосовно індивідуальної свідомості. Проте з перенесенням її на рівень суб'єкта суспільної свідомості (колективу, соціального прошарку, суспільства) вона виявляє свою методологічну безпорадність.

З цього приводу Е. Классен вірно зазначав, що філософам, які трактують ідеальне як суб'єктивну реальність, здається, що ототожнення об'єктивного з матеріальним дозволить уникнути суперечностей і послідовно провести лінію матеріалізму. Але суперечність, яка видається ними з розуміння об'єктивної реальності, проявляється у трактуванні суб'єктивної реальності, наприклад, у розумінні ідеальності суспільної свідомості [17, с. 57].

Дійсно, замість того, щоб обґрунтувати можливість застосування категорії «суб'єктивна реальність» на рівні суспільної свідомості, Д. Дубровський обмежується зауваженнями про те, що: а) надособистісний характер суспільної свідомості не можна тлумачити як позаособистісний, тобто абсолютно

відокремлений від реальних індивідів; б) абсолютизація редуктивно-предметного (безособистісного) підходу до проблеми свідомості призводить до спрощених моделей духовної діяльності та культури [13, с. 160, 211].

У цьому дослідженні ми виходитимемо з того, що суспільна свідомість є частиною об'єктивної реальності. Аргументацію цієї точки зору викладено у короткому, втім досить змістовному нарисі В. Толстих.

На думку вченого, суспільна свідомість (однією з форм якої є суспільна правосвідомість) як специфічне суспільне утворення являє собою особливу, внутрішньо організовану реальність, що відображає зв'язки та механізми соціальної, культурно-історичної діяльності людей.

Ототожнення свідомості з психікою окремого індивіда – це емпіричний підхід, який не дає нічого нового. Визначення свідомості як суб'єктивної реальності – це скоріше видимість визначення, яке побудоване за принципом «від протилежного» та по суті є тавтологічним, оскільки відображення об'єктивного є, звичайно ж, суб'єктивним.

Люди, цілі покоління, вступаючи у життя, отримують вже готовими духовну культуру, величезні пласти культурних цінностей, які їм потрібно засвоїти протягом життя. Понад те, люди буквально на кожному кроці змушені рахуватися з ідеологічними установками, які не обов'язково виражають їхню власну точку зору, індивідуальні інтереси та потреби. Суспільна свідомість певної епохи, суспільства (у вигляді сукупності ідей, уявлень, поглядів, теорій тощо) виступає для людей в якості об'єктивованої реальності, чогось відносно самостійного й у цьому сенсі незалежного від їхньої індивідуальної свідомості. І при цьому ідеальне не припиняє бути ідеальним, не змішується з матеріальним.

Своєрідність ідеальності суспільної свідомості полягає, на відміну від індивідуальної свідомості, у тому, що всезагальне у природі та суспільстві проявляє себе в об'єктивованій (мисленнєвій) формі. У суспільній свідомості виокремлюється сфера об'єктивного, позаособистісного, що походить не з глибин людської психіки, а з соціальних вимірів людського буття.

Надособистісність суспільної свідомості зовсім не обов'язково означає позаособистісність. Невірним є розуміння цієї якості як прояв незалежності суспільної свідомості від індивідуального, відносно якого вона виступає ніби як щось зовнішнє, майже трансцендентне. Кристалізовані у суспільній свідомості ідеї, уявлення, погляди і теорії не позбавлені авторства, персональної значущості та виразу. Але вони дістаються майбутнім поколінням людей і сприймаються ними переважно як надособистісне утворення, тому що авторська індивідуальність присутня тут у «знятому», теоретично перетвореному вигляді. Порівняно з таким

підходом твердження, що крім об'єктивної реальності існує ще суб'єктивна реальність, яка ніби виражає сутність ідеального, є малопродуктивною у науковому плані.

Дійсно, в межах концепції «ідеальне – суб'єктивна реальність» свідомість розглядається лише як здатність окремого індивіда, який виступає єдино можливим носієм свідомості. Коли ж від індивідуальної свідомості намагаються перейти до рівня суспільної свідомості, то її розуміють в якості суто кількісного утворення (сукупність «свідомостей» конкретних людей), що не має жодної нової якості. Проте помилка такого підходу до суспільної свідомості є очевидною.

Об'єктивне і матеріальне зовсім не синонімічні щодо соціальної дійсності, адже об'єктивними можуть бути й ідеальні явища. Ідеологічним відносином притаманна така особливість: будучи продуктом суспільного життя і проходячи перед тим як сформуватися через свідомість окремих людей, вони, тим не менш, є об'єктивними, являючи собою сукупність ідей і поглядів людей, що відображають суспільне буття з позицій соціальних груп чи прошарків. Своєю чергою, індивідуальна свідомість не лише рахується з колективно-суспільним світом ідей, складаючи одну з найважливіших структур виробництва ідей, а й нерідко протистоїть йому, діє і розвивається всупереч встановленим традиціям, правилам і схемам панівної суспільної свідомості. Інакше неможливим був би прогрес самої суспільної свідомості. Будучи функцією об'єктивної дійсності, суспільна свідомість входить як органічна частина до системи зв'язків і закономірностей суспільства в цілому [27, с. 22, 27–38, 45].

Зважаючи на вищевикладене, існують вагомі підстави вважати, що розвиток культури та пізнання (зокрема наукового) може бути досягнутий лише з урахуванням колективних процесів [18, с. 155].

Отже, суб'єктивне розуміння цільової причини придатне тільки для розкриття детермінації поведінки конкретних індивідів. Водночас телеологічна детермінація функціонування соціальних груп, суспільства в цілому, систем регулювання суспільних відносин (в тому числі правової системи) походить від цільових причин, які існують у межах об'єктивної реальності суспільної свідомості. Хоча колективний суб'єкт (соціальна група, суспільство) складається з окремих індивідів, але суб'єктивний світ кожного індивіда обумовлений суспільною свідомістю.

Розуміння цільової причини в якості об'єктивного явища притаманне метафізичній, трансцендентній та іманентній телеології. Щоправда, різниця між двома останніми різновидами об'єктивної телеології є вельми відносною.

Наприклад, телеологію Аристотеля традиційно відносять до іманентної: «здатність предмета бути корисним (або шкідливим) для людини по відношенню до

цих предметів є випадковим: мета предметів закладена у них самих, а не задана ззовні» [3, с. 34]. Іманентність телеології Аристотеля пов'язують з ентелехією, що виступає як своєрідна метафізична і телеологічна реальність речі. Стосовно цього в одному з філософських словників зазначено, що ентелехія – це те, що має мету саме в собі; цілеспрямованість, самоціль, активне начало, що перетворює можливість у дійсність [38, с. 430]. Проте, як вказано вище, внутрішня цільова причина речей (ентелехія) Аристотелем доповнюється тезою про те, що мета завжди є певним благом, що існує відокремлено від речі.

Своєю чергою, гегелівська діалектика телеологічної детермінації розкривається у переході поняття, яким є суб'єктивна мета, в об'єктивність. У Г. Гегеля (так само, як і у Ф. Шеллінга) безсвідома суб'єктивна мета явища є дуалістичним поняттям: будучи ідеалістичним уявленням, вона водночас є рівноцінною діалектичній необхідності явища [22, с. 144].

Тобто по суті йдеться про розвиток речі за допомогою руху від внутрішньої цільової необхідності речі до реалізації її зовнішньої мети в об'єктивності.

Але при цьому для Г. Гегеля основною категорією є абсолютний розум, який є самоціллю, а все решта виступає лише як засіб відносно цієї кінцевої мети.

Варто погодитися з думкою про те, що іманентна телеологія при своєму послідовно-логічному розвитку так чи інакше змикається з телеологією трансцендентною, упирається у надлюдські та надприродні цілі [42, с. 42].

Суто трансцендентним є телеологічне вчення Ф. Аквінського, який за допомогою методу висловлювання тверджень та їх подальшого спростування доводить об'єктивний характер цільової причини. Твердження: оскільки благо і мета – це об'єкти волі, а воля знаходиться у розумі, то виходить, що діяти заради мети притаманно лише розумній природі. Спростування: Аристотель вказував, що не лише розуму, а й також природі притаманно діяти заради мети. Цілеспрямованість у розумній природі обумовлюється «розумним наміром» і називається волею; в інших речах цілеспрямованість обумовлюється їх природними властивостями і називається «природним наміром». Наділені розумом речі самі рухають себе до мети, а речі, які не мають розуму, рухаються Божою волею. Кінцевою метою людини та всього іншого є Бог [39, с. 7-8,19].

Метафізична телеологія виникає завдяки європейським середньовічним схоластам і богословам. Цей напрям характеризується абсолютизацією *causa finalis* у вигляді зовнішньої відносно природи абстрактної мети-причини. Прихильники метафізичної телеології активно використовували аристотелевське вчення про *telos* за винятком найважливішої ідеї про внутрішню цільову детермінованість.

На думку Г. Гегеля, недоліком цього напрямку телеології є те, що остання доходить лише до зовнішньої доцільності. Натомість телеологія взагалі має більш високий принцип, який є в собі і для себе безкінечним та абсолютним, – принцип свободи, що характеризується самовизначенням і позбавлений зовнішньої визначеності [9, с. 674-675].

Внутрішня доцільність повертається у філософію лише у XVIII столітті завдяки І. Канту, який, «розкривши епістемологічний потенціал телеологічного принципу в науці, подолав об'єктивізм (мається на увазі метафізичний об'єктивізм. – Б. М.) у телеології, що був притаманний як попередній традиції телеологізму, так і наступному його використанню у науці» [33, с. 7-8].

В умовах тріумфального розвитку природничої науки мислителі Нового часу із чотирьох аристотелевських причин визнали лише каузальну, оскільки тільки її можна було виразити математично, піддати емпіричному дослідженню та контролю доступними на той час науковими засобами [6, с. 47-48]. Ф. Бекон, Т. Гоббс, Р. Декарт, Б. Спіноза та деякі інші тогочасні філософи жорстко критикували телеологічну ідею наділення явищ природи свідомими цілями, подібними до цілей людини (антропоморфізм), а також гіперболізацію ролі зовнішнього цілепокладаючого фактора.

Часто така критика являла собою крайній механіцизм і заперечення цільової детермінованості навіть щодо свідомої діяльності людини. З другого боку, низка вчених (Вольтер, П. Гольбах тощо), критикуючи суб'єктивну телеологію, водночас підтримували ідею про безсвідому природну цільову залежність.

Активне наукове несприйняття телеологічних ідей мало своїм наслідком те, що з XVII століття багатьма філософами термін «телеологія» використовується лише у негативному сенсі для позначення способу ідеалістичного розуміння об'єктивних цільових причин, який характеризувався: 1) запереченням каузальної детермінації; 2) абсолютизацією впливу метафізичної зовнішньої мети.

Такому негативному фону телеологія має «завдячувати» декому з філософів, які дійсно (навіть у XX столітті) підтримували зазначені дві позиції. Як пише з цього приводу Л. Райт, телеологічний спосіб пояснення використовують прибічники віталізму, панпсихізму, а також автори теорій, які передбачають існування Творця. Однак сумнівної репутації вказаних учень, звичайно ж, замало, щоб узагалі заперечувати телеологічне пояснення [45, р. 7].

Аналіз тих філософських праць, значущість яких витримала перевірку часом, і в яких цільова причина відігравала важливу методологічну роль, не підтверджує обґрунтованості зазначеного негативного використання терміна «телеологія».

Абсолютна метафізична цільова обумовленість не була притаманна жодній впливовій телеологічній філософській концепції. Те саме можна сказати і про заперечення значення каузальної причини: ще з часів Аристотеля всі видатні філософи (Г. Лейбніц, Г. Гегель, І. Кант, Ф. Шеллінг тощо), у концепціях яких телеологічний фактор посідав чільне місце, не лише не протиставляли два основних види причин, а навпаки – намагалися дослідити їх взаємодію.

Попри те що праці Г. Гегеля та Ф. Шеллінга містили досить послідовне обґрунтування об'єктивної телеології, головними онтологічними засадами цього етапу розвитку науки були антителиологізм, однозначний примат каузального детермінізму та механіцизм.

Однак у ХІХ столітті обмеженість когнітивних ресурсів класичної європейської науки стає доволі очевидною, відтоді починається криза її основ. У цей час виникають такі новітні напрями, як теорія відносності, квантова механіка, конструктивна логіка та математика. Логіка розвитку наукових знань демонструвала неминучість повернення цільової причинності. Адже ніхто з учених епохи Нового часу не мав наміру довести невірність аристотелевської цільової причинності як принципу природи. Питання ставилося лише про методику дослідження [28, с. 83].

Підсумовуючи викладене, зазначимо таке.

Існуючий у філософській літературі плюралізм щодо розуміння мети в якості причини зумовлює потребу у формулюванні положень, якими можна керуватися під час дослідження цілеспрямованості і цільової детермінації соціальних явищ, у тому числі правових.

Всезагальний зв'язок явищ між собою, процеси їх становлення, зміни та функціонування є предметом постійної уваги з боку науковців, починаючи ще з Платона та Аристотеля. Пізнати певне явище означає пояснити його сутнісну природу, виявити обумовленість певними внутрішніми станами, а також іншими явищами. Одна із основних закономірностей розвитку всіх явищ виражається принципом детермінізму, який позначає зміни внаслідок взаємодії між явищами.

Хоча причина завжди виникає раніше ніж наслідок, її буття з точки зору динамічної концепції часу може передувати наслідку (каузальна детермінація), існувати з ним одночасно (синхронна детермінація) або перебувати у майбутньому (телеологічна детермінація).

У сучасній науці поширено два основних способи пояснення, один з них шукає причину у минулому, а інший – у майбутньому. Каузальне пояснення притаманне і гуманітарним, і природничим наукам, а телеологічне – здебільшого гуманітарним.

Аристотель є автором першої цілісної теорії телеологічної детермінації. Саме цьому виду детермінації він надавав вирішального значення. Розкриваючи суть

ентелехії – однієї із найважливіших понять філософської системи, Аристотель вказував, що вона пов'язана з метою і цілеспрямованістю явища, а відтак означає здатність явища до розвитку в напрямку досягнення мети, внутрішній потенціал розвитку явища, сам процес розвитку, а також завершення цього розвитку досягненням мети.

Філософські напрями, що визнають об'єктивний характер цільової причини, відносяться до об'єктивної телеології, підвидом якої є іманентна телеологія, прикладом останньої виступає аристотелевська теорія причинності.

До складу об'єктивної телеології входять онтологічні вчення (які здебільшого відносяться до ідеалізму) про наявність у природі та суспільстві об'єктивних позалюдських цілей. Телеологічні зв'язки у способі пояснення відповідають об'єктивним властивостям об'єктів, сутність яких пояснюється.

Своєю чергою, суб'єктивна телеологія охоплює філософські напрями, які пов'язують цільові причини виключно зі свідомою діяльністю людини. При цьому цільові причини характеризуються антропоцентричністю. Проте основні положення суб'єктивної телеології при екстраполяції на рівень колективного суб'єкта (соціальна група, соціальний прошарок, суспільство) отримують зміст, який притаманний об'єктивній телеології.

Мета пов'язана з такою важливою характеристикою буття, як розвиток. Кінцеве призначення напрямку розвитку певного явища є детермінантою цього розвитку.

Категорія «мета» в рамках суб'єктивної телеології розкривається у таких субкатегоріях: діяльність, цілепокладання, намір, воля, мотив, інтерес, інтенціональність, доцільність. Вони підкреслюють зв'язок мети з її суб'єктивною природою, тобто свідомістю окремої людини, і використовуються у межах діяльнісного підходу.

Категорія «мета» в рамках об'єктивної телеології розкривається у таких субкатегоріях: цілеспрямованість, цілеорієнтованість, функціонування. Ці субкатегорії підкреслюють зв'язок мети з її об'єктивною природою і використовуються у рамках системного підходу.

Використані джерела:

1. Аристотель. Метафизика // Аристотель. Сочинения [в 4 т.] Т. 1 / Под ред. В. Ф. Асмус. – М. : Мысль, 1976. – С. 63–368.
2. Аскин Я. Ф. Философский детерминизм и научное познание / Я. Ф. Аскин. – М. : Мысль, 1977. – 188 с.
3. Асмус В. Метафизика Аристотеля / В. Асмус // Аристотель. Сочинения [в 4 т.] Т. 1 / Под ред. В. Ф. Асмус. – М. : Мысль, 1976. – С. 5–50.

4. Батищев Г. С. Деятельная сущность человека как философский принцип / Г. С. Батищев // Проблема человека в современной философии : сб. статей / редкол. И. Ф. Балакина и др. – М. : Наука, 1969. – С. 73–144.
5. Борзенко А. В. Суспільний розвиток і проблема мети / А. В. Борзенко. – Львів : Вид-во Львівського університету, 1969. – 148 с.
6. Бунге М. Причинность. Место принципа причинности в современной науке / М. Бунге ; пер. с англ. И. С. Шерн-Борисова, С. Ф. Шушурин. – М. : Изд-во иностр. лит-ры, 1962. – 512 с.
7. Ветютнев Ю. Ю. Государственно-правовые закономерности (Введение в теорию) / Ю. Ю. Ветютнев; под ред. А. Я. Рыженкова. – Элиста : Джангар, 2006. – 204 с.
8. Вригт Г. Х. фон Логико-философские исследования : Избр. труды / Г. Х. фон Вригт ; пер. с англ. Г. И. Рузавин, В. А. Смирнов. – М. : Прогресс, 1986. – 600 с.
9. Гегель Г. В. Ф. Наука логики / Г. В. Ф. Гегель ; ред. Н. А. Никитина. – СПб. : Наука, 1997. – 800 с.
10. Гулыга А. В. Философское наследие Шеллинга / А. В. Гулыга // Шеллинг Ф. В. Й. Сочинения [в 2 т.] Том 1 / Ф. В. Й. Шеллинг ; ред. А. В. Гулыга. – М. : Мысль, 1987. – С. 3–38.
11. Деятельность: теории, методология, проблемы / Под ред. И. Т. Касавина. – М. : Политиздат, 1990. – 366 с.
12. Диалектическая логика / Под ред. З. М. Оруджева, А. П. Шептулина. – М. : Изд-во МГУ, 1986. – 298 с.
13. Дубровский Д. И. Проблема идеального / Д. И. Дубровский. – М. : Мысль, 1983. – 228 с.
14. Загороднюк В. П. Целеполагание в практике, культуре, познании / В. П. Загороднюк. – К. : Наукова думка, 1991. – 172 с.
15. Зигварт Х. Борьба против телеологии / Х. Зигварт ; пер. с нем. И. А. Давыдов. – М. : Начало, 1907. – 36 с.
16. Зубов В. П. Аристотель / В. П. Зубов. – М. : АН СССР, 1963. – 366 с.
17. Классен Э. Г. Идеальное: концепция К. Маркса / Э. Г. Классен. – Красноярск : Изд-во Красноярского ун-та, 1984. – 148 с.
18. Лекторский В. А. Эпистемология классическая и неклассическая / В. А. Лекторский. – М. : Эдиториал УРСС, 2001. – 256 с.
19. Леонтьев А. Н. Деятельность. Сознание. Личность. / А. Н. Леонтьев. – Изд. 2-е, стер. – М. : Смысл; Академия, 2005. – 352 с.
20. Лукич Р. Методология права / Р. Лукич ; пер. с сербскохорват. В. М. Кулиستиков. – М. : Прогресс, 1981. – 304 с.

21. Луць Л. А. Объективное и субъективное в праворегулятивной деятельности (вопросы теории) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Л. А. Луць / АН УССР. Ин-т гос-ва и права. – Львов, 1989. – 24 с.
22. Макаров М. Г. Категория «цель» в домарксистской философии / М. Г. Макаров. – Л. : Наука, 1974. – 188 с.
23. Макаров М. Г. Категория «цель» в марксистской философии и критика телеологии / М. Г. Макаров. – Л. : Наука, 1977. – 188 с.
24. Макаров М. Г. Сложность и вариативность категорий диалектики / М. Г. Макаров. – Л. : Наука, 1988. – 182 с.
25. Маркс К. Сочинения [в 30 т.]. Т. 20 / К. Маркс, Ф. Энгельс. – Изд. 2-е. – М. : Гос. изд-во политической литературы, 1961. – 827 с.
26. Насырова Т. Я. Телеологическое (целевое) толкование советского закона. Теория и практика / Т. Я. Насырова. – Казань : Изд-во Казанского ун-та, 1988. – 144 с.
27. Общественное сознание и его формы / Предисл. и общ. ред. В. И. Толстых. – М. : Политиздат, 1986. – 367 с.
28. Панкратов А. В. Телеология и принцип необратимости / А. В. Панкратов // Вопросы философии. – 2003. – № 8. – С. 73–85.
29. Парнюк М. А. Детерминизм диалектического материализма / М. А. Парнюк. – К. : Наукова думка, 1967. – 260 с.
30. Патюлин В. А. Государство и личность в СССР. Правовые аспекты взаимоотношений / В. А. Патюлин. – М. : Наука, 1974. – 246 с.
31. Пушняк О. В. Право і час : монографія / О. В. Пушняк. – Х. : ФІНН, 2009. – 176 с.
32. Рабинович П. М. Упрочение законности – закономерность социализма. Вопросы теории и методологии исследования / П. М. Рабинович. – Львов : Изд-во Львовского ун-та, 1975. – 260 с.
33. Разеев Д. Н. Телеология И. Канта / Д. Н. Разеев. – Спб. : Наука, 2010. – 309 с.
34. Рассел Б. Історія західної філософії / Б. Рассел ; пер. з англ. Ю. Лісняк, П. Таращук. – К. : Основи, 1995. – 759 с.
35. Сагатовский В. Н. Основы систематизации всеобщих категорий / В. Н. Сагатовский. – Томск : Изд-во Томского ун-та, 1973. – 431 с.
36. Тугаринов В. П. Избранные философские труды / В. П. Тугаринов. – Л. : ЛГУ, 1988. – 343 с.
37. Украинцев Б. С. Самоуправляемые системы и причинность / Б. С. Украинцев. – М. : Мысль, 1972. – 254 с.

38. Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. – М. : Политиздат, 1981. – 445 с.
39. Фома Аквинский. Сумма теологии. Часть II-I. Вопросы 1-48 / Аквинский Фома ; пер. с лат. С. И. Еремеев. – К. : Эльга, Ника-Центр, 2006. – 576 с.
40. Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. Т. 2 / Р. Штаммлер ; пер. с нем. И. А. Давыдов. – СПб. : Начало, 1907. – 419 с.
41. Юдин Э. Г. Методология науки. Системность. Деятельность / Э. Г. Юдин. – М. : Эдиториал УРСС, 1997. – 445 с.
42. Яценко А. И. Целеполагание и идеалы / А. И. Яценко. – К. : Наукова думка, 1977. – 275 с.
43. Wolff Chr. Philosophia rationalis sive logica, 1740. – 866p. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://books.google.com/books?id=Mjo7pzpLUP4C>
44. Woodfield A. Teleology. – Cambridge : Cambridge University Press, 2010. – 232 p.
45. Wright L. Teleological explanations. (An etiological analysis of goals and functions). – Berkeley : University press, 1976. – 154 p.

У статті вперше комплексно розглянуто актуальна для загальної теорії права та філософії права проблема телеологічної детермінації соціальних явищ, в тому числі і права.

Ключові слова: мета, телеологія, цільова причина, право, детермінація.

В статье впервые комплексно рассмотрена актуальная для общей теории права и философии права проблема телеологической детерминации социальных явлений, в том числе и права.

Ключевые слова: цель, телеология, целевая причина, право, детерминация

The article was first comprehensively considered relevant for the general theory of law and philosophy of law problem of teleological determination of social phenomena, including the law.

Keywords: purpose, teleology, final cause, law, determination

**Васильченко Оксана Петрівна**

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

***Реалізація соціально-економічних прав
з огляду на принцип рівності***

Право тільки тоді виконує своє соціальне призначення, коли його норми знаходять практичне втілення у суспільних відносинах, поведінці конкретних осіб, тобто тоді, коли воно реалізується. Змістом реалізації більшості правових норм є здійснення (виконання) суб'єктами права суб'єктивних юридичних прав і обов'язків, що виникають на підставі юридичних приписів. У літературі під реалізацією правових норм розуміють їх втілення в життя у практичній діяльності організацій, органів, посадових осіб і громадян [6, с.7].

У соціально-правовому механізмі реалізації конституційних прав і свобод громадян слід розрізняти забезпечення останніх і власне їх реалізацію. Під забезпеченням конституційних прав і свобод розуміють систему їх гарантування, тобто систему загальних умов і спеціальних (юридичних) засобів, які забезпечують їх правомірну реалізацію, а в необхідних випадках і охорону.

Реалізація конституційних прав і свобод громадян означає втілення їх в життя й задоволення потреб і інтересів у процесі використання конституційних прав і свобод. Діяльність щодо реалізації конституційних прав і свобод громадян протікає в певних соціальних умовах, які виступають відносно до цих прав і свобод у якості середовища їх реалізації. В якості гарантій реалізації конституційних прав і свобод громадян виступають не будь-які соціальні умови, а лише ті, які позитивно впливають на їх реалізацію.

Будь-який принцип є керівною, основоположною ідеєю, яка втілюється у поведінці конкретних індивідів. Права, свободи й обов'язки людини і громадянина реалізуються на основі принципу рівності. Насамперед зазначений принцип впливає на реалізацію соціально-економічних прав. Здійснення громадянських і політичних прав зазвичай не пов'язане із суттєвими матеріальними витратами, не вимагає значних коштів з боку держави і суспільства та, зрештою, самих громадян. А ось використання економічних, соціальних та культурних прав стає можливим, як правило, лише за наявності неабияких ресурсів у розпорядженні держави, суспільства та й, у багатьох випадках, громадян і їх об'єднань. Тобто ці права залежать від достатку держави, від її здатності до стабільного економічного розвитку, а також і від

добробуту самих громадян.

Економічні, соціальні і культурні права – це права, пов’язані з діяльністю людини в господарській сфері, її соціальними відносинами з суспільством, державою, колективами, іншими людьми, з діяльністю у сфері культури і духовного життя [20, с.150]. Вони торкаються таких важливих сфер людини, як підприємницька й інша економічна діяльність, власність, праця, відпочинок, здоров’я, освіта, і покликані забезпечити матеріальні, духовні й інші соціально важливі потреби особи. Соціально-економічні права мають специфічні особливості, що робить їх досить залежними від сталої економічної політики держави. Ступінь захищеності цих прав залежить не тільки і не стільки від наявності досконалого правового механізму їх реалізації, а насамперед від відповідності цієї категорії прав економічному потенціалу суспільства [9, с.247].

В умовах економічної кризи непросто гарантувати реалізацію соціально-економічних прав, оскільки право не може бути вище за економіку. Але, якщо людину визнано найвищою соціальною цінністю, то в реальному житті повинні існувати такі економічні і правові інститути, де кожна людина первісно володіє не лише політичними правами, але й необхідним мінімумом соціальних прав і можливостей. При цьому матеріальні гарантії повинні надходити насамперед від держави у рамках соціально-правової політики у вигляді забезпечення права на гідний достатній рівень. Інакше право на гідне існування буде носити декларативний характер [16, с.182].

Конституція України гарантує всім рівні можливості для реалізації конституційних прав і свобод, але, виявляється, щоб скористатися такими можливостями іноді необхідно є наявність відповідних умов, насамперед матеріальних. Зупинимось, для прикладу, лише на окремих прикладах.

Конституція гарантує ефективне і доступне для всіх громадян медичне обслуговування, яке є безоплатним (ст. 49). Але, насправді, воно не є безоплатним, а навпаки, дуже дорого коштує, і не завжди є доступним для всіх. Актуальність проблеми платної медицини знайшла відображення у Рішенні Конституційного Суду України від 25.11.98 р. №15-рп / 98 у справі за конституційним поданням 66 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних закладах охорони здоров’я та вищих медичних закладах освіти» від 17.09.96 р. №1138 зі змінами, внесеними постановою Кабінету Міністрів України від 12.05.97р. №449 (справа про платні медичні послуги). Конституційний Суд України, розглянувши зазначені питання, дійшов висновку, що положення зазначеної постанови є неконституційними. Ці положення втратили чинність з дня ухвалення рішення Конституційним Судом. Проте, практика свідчить, що

зазначене Рішення Конституційного Суду не виконується.

Права, передбачені статтями 46 – 48 Конституції України (право на соціальний захист; на житло; право на достатній життєвий рівень) характеризують нашу державу як соціальну, однак за існуючої економічної ситуації зазвичай не реалізуються, а отже є декларативними. Загалом, українське конституційне законодавство зробило крок назад у порівнянні як з міжнародно-правовим регулюванням, так і з радянськими конституціями, зокрема, з Конституцією УРСР 1978 р. Приміром, чинна Конституція гарантує право на працю, однак на відміну від попередньої, не зобов'язує державу гарантувати отримання роботи [5, с.20]. Уперше в Україні на конституційному рівні закріплено, що кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло (ст.48), але для більшості громадян це право сьогодні залишається мрією, а проголошені Конституцією України економічні, соціальні й культурні права і свободи діють лише формально.

У соціально-економічних правах розкривається важливий аспект соціальної, правової держави. Конституція України (ст.1) встановлює, що Україна – соціальна держава. Соціальною є така держава, яка зобов'язується піклуватися про соціальну справедливість, благополуччя своїх громадян, їх соціальну захищеність, і її головне завдання – досягнення суспільного прогресу, заснованого на закріплених правом принципах соціальної рівності, загальної солідарності і взаємної відповідальності [24, с.42]. Завдання соціальної держави полягає в перерозподілі доходів між різними соціальними групами суспільства шляхом встановлення доцільної системи пільг, державний бюджет, фінансування соціальних програм. Політика соціальної держави спрямована на створення умов, які забезпечують гідний рівень життя і вільний та всебічний розвиток кожного, тобто на забезпечення рівності всіх громадян. Завдання демократичної, соціальної держави полягає в тому, щоб зменшити вплив тих чи інших обставин на існуючу нерівність. Саме держава може впливати на розвиток економіки з тим, щоб протидіяти незахищеності і економічній нерівності окремих прошарків населення [10, с.14].

На жаль, сьогодні не можна сказати, що Україна є соціальною державою, оскільки ця ідея є здійсненою лише за умови сильної економіки. Можливим це стане, сподіваймося, в недалекому майбутньому.

Політика формулює мету, до якої прагне суспільство. Ця мета повинна поділятися більшістю людей, а це можливо лише за умови «людської» орієнтації політики, її спрямованості на забезпечення гідного життя людини (матеріального і духовного). Така ситуація створює політичну стабільність, попереджає соціальні вибухи і катаклізми. Держава, яка порушує принцип рівності як основу

гармонійної взаємодії членів суспільства і створює привілеї для певних прошарків чи груп, може породити цим найсерйозніші соціальні потрясіння [21, с.70]. Тому ясність політичної мети і соціальне задоволення нероздільні [21, с.70], що і можемо спостерігати в Україні.

Отже, вкрай важливою умовою для реалізації прав і свобод громадян на основі принципу рівності є проведення соціальної політики, яка визнає за кожним членом суспільства право на життєвий рівень, необхідний для підтримання здоров'я і благополуччя кожної працюючої людини і її сім'ї, а також у випадку безробіття, хвороби, інвалідності, старості. Тому необхідно зважати на соціальні очікування суспільної свідомості і прагнути до формування відносин, в яких держава не буде пасивним спостерігачем, байдужим до становища громадян, які опинилися в невідомих їм раніше ринкових ситуаціях. Йдеться не про державне втручання у розвиток економічних процесів, а про державне сприяння, мета якого – виконання обов'язку держави по відношенню до людини; зафіксованої у ст. 25 Загальної Декларації прав людини і ст. 11 Міжнародного пакта про економічні, соціальні і культурні права – забезпечити кожному достатній життєвий рівень для нього і його сім'ї, яке включає достатнє харчування, одяг і житло, а також безперервне покращення умов життя. З нашої точки зору, держава не може ухилятися від такої соціальної функції.

Соціальна справедливість є одним з найбільш дійових соціальних почуттів, які відображають сприйняття масами рівності й нерівності в суспільстві [15, с.29-30]. Соціальна справедливість є етичною категорією і тісно пов'язана з системою економічних, соціальних і правових відносин. Л.С. Явич називав її принципом, «без наявності якого право не лише втрачає своє моральне підґрунтя, але й є дисгармонійним, незбалансованим, не може бути дієвим розподільником життєвих благ [26, с.158]. Вона характеризує положення людей в суспільстві за рівнем досягнутої рівності, а також з точки зору об'єму наданих їм можливостей (юридично вони виражаються як суб'єктивні права) і вимог, які до них пред'являються (юридично вони виражаються як обов'язки і відповідальність) [17, с.8].

Найважливіша вимога соціальної справедливості полягає у тому, що будь-яке покращення життєвих умов одних осіб на шкоду інтересам і за рахунок інших в цілому недопустимо [7, с.48]. В утвердженні соціальної справедливості основоположне значення має конституційний принцип рівності особи незалежно від будь-яких індивідуальних відмінностей, насамперед соціальних.

Умови життя особи і можливості реалізації нею конституційних прав і свобод певним чином залежать від приналежності людини до тієї чи іншої соціальної групи, насамперед – до певного класу. Суттєві розбіжності в умовах і способі життя мають місце між соціально-демографічними групами (молоддю,

жінками, людьми похилого віку та ін.) і соціально-територіальними групами (міські й сільські мешканці, населення різних регіонів і поселень) [1, с.66]. Так, згідно з ч.2 ст. 24 Конституції України місце проживання не повинно впливати на рівність прав і свобод людини, однак воно суттєво впливає на можливість реалізації деяких інших, також гарантованих Конституцією прав, зокрема, право безоплатно здобути вищу освіту в державних і комунальних навчальних закладах на конкурсній основі (ч.4 ст. 53). Загальновідомо, що школи у великих містах забезпечують учням більш високий рівень освіти, ніж школи сільської місцевості. Неабияке значення в цьому процесі має і матеріально-технічне забезпечення навчальних закладів, оскільки не кожна школа має належну бібліотеку, комп'ютерне оснащення тощо. Вирішення цієї проблеми потребує особливої уваги і підтримки з боку держави, значних матеріальних ресурсів. А також, безумовне виконання законодавства в царині освіти, впровадження державних стандартів загальної середньої освіти, системи тестування й перевірки рівня загальноосвітньої підготовки учнів. Особливої уваги заслуговують діти, які живуть у винятково важких соціальних умовах (діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування).

Відомим дослідником сутності, форм і функцій соціальної нерівності є відомий економіст і соціолог Макс Вебер, який розглядав власність, владу і престиж як три окремі, взаємодіючі фактори, які лежать в основі ієрархії будь-якого суспільства. Відмінності у власності, зазначав вчений, породжують економічні класи; відмінності, які мають відношення до влади, породжують політичні партії; а престижні відмінності дають статусні угруповання чи страти. Вебер підкреслював, що класи, статусні угруповання і партії – явища, які відносяться до сфери розподілення влади всередині суспільства [3, с.27].

В Україні, хоча й формально й не існує класів, проте дослідники вказують, що в суспільстві існує чіткий поділ на людей, які мають багатство, престиж та владу (еліта), та бідних або дуже бідних людей, які не мають нічого або майже нічого (сьогодні це більшість населення) [18, с.8]. У таких двох різних категорій населення різні інтереси і різні можливості реалізації прав і свобод. Мається на увазі, що певні соціальні групи мають неоднакові можливості для задоволення своїх потреб. В.Є. Чиркін з приводу цього наводить вдалий приклад, що Б. Гейтс, має значно більші можливості використовувати для себе конституційні (і ті, які витікають із конституції) права, ніж інваліди, пенсіонери чи прості «трудолюбці» [25, с.70]. У суспільстві «контрастів», в якому не забезпечено гідний людини життєвий рівень, людина відчуває дискомфорт, а усвідомлення нерівності дуже принижує людську гідність, що є неприпустимим за панування демократичної, соціальної і правової держави. Адже така держава повинна базуватися на принципі рівності незалежно від походження, соціального і

майнового становища.

На це звернув увагу у свій час ще К. Маркс: «Яким би маленьким не був дім, але, доки оточуючі його будинки такі ж малі, він задовольняє усі потреби, які вимагаються від житла. Але, якщо поряд з маленьким будиночком з'являється палац, то будиночок зменшується до розмірів жалюгідної хижі, а мешканець будиночка почувається ще більш незатишно і принижено» [13, с.73]. Тобто, належні людині права важливі для неї не лише самі по собі, а й у порівнянні з тими правами, якими володіють інші особи чи якими вона сама раніше володіла.

Проблема соціальної нерівності набуває актуальності в контексті наближення України до європейських стандартів рівня життя населення. Низький рівень життя населення України створює соціальну нестабільність, загострення демографічних проблем, формує стійку недовіру до влади і обраного нею курсу, провокує масштабну еміграцію населення. Народ, який приречений на жалюгідне матеріальне існування, стає байдужим до політики, до користування тими правами і свободами, які надані йому конституцією [12, с.15]. Соціальна нерівність значно впливає на рівноправність людей (як приклад, при звільненні обвинуваченого під заставу, що практикується в багатьох демократичних державах і передбачено ст. 1541 КПК України, багатий виходить на свободу, а той, хто не в змозі внести заставу, залишається у тюрмі). Крім того, вагоме обґрунтування отримала гіпотеза про вплив соціальної нерівності на різні види соціальнопатологічної поведінки особи. Зокрема, нерівність в розподіленні доходів є причиною злочинності [13, с.73-75], рівень якої сьогодні досить високий.

Отже, соціальна політика повинна бути спрямована на те, щоб працездатні громадяни власними зусиллями досягали нормального матеріального достатку для себе і своєї родини, а тим, хто не в змозі подбати про себе забезпечувався гарантований соціальний захист від держави. Тобто держава повинна проводити активну соціальну політику, створювати систему соціального забезпечення і соціальної допомоги, в результаті чого реалізується ідея створення для кожного індивіда рівних можливостей участі в соціальному житті. Все це здійснюється в рамках кожної сучасної соціальної цивілізованої держави [11, с.9].

Слід додати, що права людини повноцінно можуть бути реалізовані лише в умовах громадянського суспільства. Ю.М. Тодика наголошує, що громадянське суспільство – це те середовище, де реалізуються більшість прав і свобод громадян [23, с.276]. Громадянське суспільство створює необхідні умови і атмосферу для безперешкодної реалізації основних прав і свобод людини і громадянина, принципів демократії, рівноправності, моральних і культурних цінностей, ідеалів справедливості. Але, громадянське суспільство є продуктом

довгострокового історичного розвитку. Тому було б нереальним очікувати, що українське суспільство одразу ж після досягнення політичної незалежності зможе створити всі необхідні передумови формування громадянського суспільства і відповідної йому демократичної соціальної правової держави [2, с.8].

Таким чином, оскільки будь-яке суспільство є неоднорідним і його складають люди, які займають різні соціальні позиції, статуси і виконують різні суспільні функції, а люди є не рівними за своїми фізичними та іншими якостями, прагненнями та можливостями, то створюється враження, що рівність є нездійсненною, оскільки немає ідентичних людей, а значить не може бути абсолютної рівності між ними. Але в умовах демократичної, соціальної, правової держави ніщо не повинно ставати на заваді досягнення людьми того положення в суспільстві, яке відповідає їх здібностям і до якого вони прагнуть. Тобто в такій державі повинні бути створені умови, за яких є можливим вільний розвиток особи і просування по соціальним сходам.

Реалізація прав і свобод особи на рівних засадах безпосередньо пов'язана з вирішенням питання формування в Україні дієздатного громадянського суспільства, панування конституційної законності у всіх сферах життєдіяльності суспільства і держави, проведення виваженої соціальної політики, а також викорінення корупції й забезпечення реальної рівності всіх перед законом і судом, незважаючи на існуючу майнову й соціальну нерівність.

Наступною важливою умовою розбудови соціальної державності в Україні є створення реально діючої системи гарантій і досконалого механізму юридичних засобів здійснення та захисту прав і свобод людини з метою забезпечення фактичної реалізації принципу свободи, соціальної справедливості, рівності та моральності.

Якісне вирішення соціальних програм в українському суспільстві можливе лише паралельно з процесом побудови правової держави з усіма її особливостями, компонентами та принципами, коли верховенство права стане нормою його життя. У дослідженні взаємозв'язку соціальної і правової держави слід віддавати перевагу верховенству останньої з її демократичними принципами, спрямованими на законодавче забезпечення соціального захисту населення, задоволення соціально-економічних прав людини. Саме в цьому вбачаємо досягнення не тільки юридичної та політичної, а й соціальної рівності громадян.

Використані джерела:

1. Азарова Е.Г., Козлов О.Е. Личность и социальное обеспечение в СССР. – М.: Наука, 1983. – 190 с.

2. Бабкін В.Д. Соціальна держава та захист прав людини // Правова держава: Щорічник наук. праць ІДП ім. В.М. Корецького НАН України. – К.: Ін Юре, 1998. – Вип. 9. – С. 3-11.
3. Вебер М. Класс, статус и партия // Социальная стратификация. – М. – 1992. – Вып. 1. – С. 19-38.
4. Гидденс Э. Стратификация и классовая структура // Социологические исследования. – 1992. – № 9. – С. 112-123.
5. Гладких В.И. Социальные права граждан Украины в системе конституционных прав // Проблемы законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В.Я. Тацій. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2006. – Вип. 80.
6. Дюрягин И.Я. Применение норм советского права и социальное (государственное) управление. Теоретические проблемы. Автореф. ... докт. юрид. наук.: Научное издание. – Свердловск: Б. и., 1973. – 23 с.
7. Козлов А.Е. Социальная политика: конституционно-правовые проблемы. – М.: Наука, 1990. – 158 с.
8. Комкова Г.Н. Конституционный принцип равенства прав и свобод человека и гражданина в России (понятие, содержание, механизмы защиты): Дис. ... д-ра юрид.наук: 12.00.02. – Саратов, 2002. – 384 с.
9. Конституція України: Науково-практичний коментар / Ред.кол. В.Я. Тацій, Ю.П. Битяк, Ю.М. Грошевий та ін. – Х: Право; К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 808 с.
10. Крылов В.С. Проблемы равноправия и равенства в российском конституционном праве // Журнал российского права. – 2002. – № 11. – С. 3-12.
11. Кудрявцев М.А. От равноправия собственников к реальному равноправию // Конституционное и муниципальное право. – 2003. – № 5. – С. 7-10.
12. Лукашева Е.А. Социальное государство и защита прав граждан в условиях рыночных отношений / Социальное государство и защита прав человека. – М., 1994. – С. 5-21.
13. Ольков С.Г. О пользе и вреде неравенства (криминологическое исследование) // Государство и право. – 2004. – № 8. – С.73-78.
14. Печера С. Доходи, нерівність та бідність населення України // Вісник Пенсійного фонду України. – 2005. – № 2. – С.10-11.
15. Роговин В.З. Социальная политика в развитом социалистическом обществе. – М.: Наука, 1980. – 208 с.
16. Родионова О.В. Юридическая сущность «права на достойное человеческое существование» // Известия ВУЗов. Правоведение. – 2004. – № 2. – С. 182-188.
17. Ротань В.Г. Социальное равенство и советское трудовое право: Автореф. дис... докт. юрид. наук: Научное издание. – М.: Б. и., 1987. – 408 с.
18. Середа О.О. Легітимація соціальної нерівності як фактор ствердження

соціального порядку // Вісн. Київс. націон. ун-ту ім. Тараса Шевченка Соціологія. Психологія. Педагогіка. – Вип. 11. – 2001. - С. 8 - 12.

19. Современный словарь по общественным наукам / Под общей ред. О.Г. Данильяна, Н.И. Панова. – М.: Изд-во Эксмо, 2005. – 526 с.

20. Тодика Ю. М. Конституційні права, свободи та обов'язки людини і громадянина // Конституційне право України: Підручник / За ред. Ю.М. Тодики, В.С. Журавського. – К.: Ін Юре, 2002. – 544 с.

21. Тодика О.Ю. Народовластие в условиях глобализации. – Х.: Право, 2005. – 334 с.

22. Тодика Ю.Н. Конституционные основы формирования правовой культуры. – Х.: Райдер, 2001. – 158 с.

23. Тодика Ю.Н. Конституция Украины – Основной Закон государства и общества: Учеб. пособие. – Х.:Факт, 2001. – 382 с.

24. Тодика Ю.Н. Основы конституционного строя Украины. – Х.: Факт, 2000. – 318 с.

25. Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран: Учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2002. – 622 с.

26. Явич Л.С. Общая теория права: Научное издание. – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1976. – 285 с.

В статті розглядаються проблеми реалізації соціально-економічних прав громадян в аспекті дотримання принципу рівності конституційних прав і свобод людини і громадянина. Важливими умовами для реалізації прав і свобод людини визначаються проведення соціальної політики, створення системи соціального забезпечення і соціальної допомоги, формування громадянського суспільства.

Ключові слова: *принцип рівності конституційних прав і свобод людини і громадянина, соціально-економічні права, механізм реалізації соціально-економічних прав*

В статье рассматриваются проблемы реализации социально-экономических прав граждан в аспекте соблюдения принципа равенства конституционных прав и свобод человека и гражданина. Важными условиями для реализации прав и свобод человека определяются проведение социальной политики, создание системы социального обеспечения и социальной помощи, формирование гражданского общества.

Ключевые слова: *принцип равенства конституционных прав и свобод человека и гражданина, социально-экономические права, механизм реализации*

социально-экономических прав

The problems of the implementation of the social and economic rights in terms of the principle of equality of human rights are considered in this article. Social policy, foundation of the social security system and social assistance, formation of civil society are the important conditions of abundance of the implementation of human rights and liberties.

Key words: *the constitutional principle of equality of human rights and liberties, social and economic rights, implementation mechanism of the social and economic rights*

**Viktor Komziuk**

Intern,
Asters

**Oleksandr Melnyk**

Intern,
Vasil Kisil & Partners

Some issues of specialized court on intellectual property cases in Ukraine

Relevancy of the topic derives from the importance of legal regulation of social relations improvement, which deals with creation and usage of intellectual property objects. It is very significant for rising of intellectual potential of Ukrainian people and guaranteeing further constant social-economic and cultural development of our country. It has developed from the effective system of protection of intellectual property rights, the key issue for future technological progress of our country. Moreover, international standards, listed in international treaties signed by Ukraine require maintaining of an appropriate level of intellectual property rights protection. Finally, governmental investment into intellectual rights protection system will signal to the public that intellectual property rights will be properly enforced, as it is prescribed by relevant legislation. In this context, taking into account problems of mechanism of protection of intellectual property rights, the very urgent issue is to learn organizational aspects of prominent foreign experience on founding of courts with special jurisdiction.

Due to the relevancy of the topic it has been the subject for several researches of Ukrainian and foreign scholars. In particular, S. Parkhomchuk, O. Doroshenko, S. Kosenko have paid attention to the issue of necessity of founding specialized patent court in Ukraine. Among foreign scholars this topic had been researched by Gregory S. Kolton, Paul D. Carrington, Paulina Orchard and many others.

The theoretical ground of this article consists of Ukrainian and foreign research works, related to the issue of necessity of founding the Specialized Court on Intellectual Property Cases in Ukraine and analytical materials of the International Intellectual Property Institute.

The major objective of this study is to investigate legal regulation functioning of specialized courts on intellectual property in foreign countries and possible perspectives of the Specialized Court on Intellectual Property Cases in Ukraine.

Does Ukraine need to create a special judicial body to resolve intellectual property cases? If yes, how should it be arranged? In this article we will try to give answers to these questions. Periodically one hears that the Special Court on Intellectual Property Cases

should be formed in Ukraine. We do support this idea and we will show our opinion in the way why and how it should be realized.

We will analyze two key factors: the factor of necessity and organizational factor. The former explains why the Specialized Court on Intellectual Property Cases should be created, while the latter shows the mechanism of its establishing and functioning.

The necessity of introduction of courts with special jurisdiction over intellectual property cases has been the subject of many debates in different countries. For example, Judge of the District Court for the Southern District of New York Simon Rifkind in 1951 argued that “it is hardly to be supposed that the members of a patent court will possess specialized skills in chemistry, in electronics, mechanics. Consequently, even judges serving upon a specialized patent court will, in any particular case, prove to be non-experts” [1, 426]. His opinion on patent courts arose from his criticizing of the idea of “specific nature” of IP law: “If patent law has already become so esoteric, a mystery that a man of reasonable intelligence cannot comprehend it, then something has gone seriously wrong with patent law” [1, 426]. He had also criticized the idea of “vacuum isolated intellectual property adjudication” [1, 425]. At this point, experts of International Intellectual Property Institute offer to “address some general?? to specialized court by having specialized IPR judges occasionally adjudicate general matters when not otherwise busy with IPR cases. Even if judges are not assigned to outside cases, many IPR disputes involve multiple causes of action and issues that implicate other legal areas” [2, 8]. All in all, fears of Judge Rifkind didn’t come true – a special court was established in US and it’s functioning successfully and professionally. In addition, the nature of intellectual property law has greatly changed since the middle of XX century, so necessity of establishing of the Specialized Court on Intellectual Property Cases has increased.

Such necessity is extremely strong in Ukraine. We have divided jurisdiction on intellectual property cases between commercial and common courts, which is not also very clear. Judges lack special knowledge, in addition, they don’t have stable practice of resolving intellectual property cases. The establishing of Special Court on Intellectual Property Cases will make judgment on these cases more professional and create a coherent practice.

In their analytical materials specialists of the International Intellectual Property Institute note that “creation of an IPR court increases the consistency of case outcomes. Consolidating IPR cases to single or several courts limits the number of judges’ writing opinions reduces the likelihood of conflicting precedents from multiples jurisdictions. In addition, the higher level of judicial expertise that specialized courts provide, increases the judges’ familiarity with relevant precedents, which further improves consistency. The latter is important in litigation, because it reduces uncertainty and increases the predictability of

case outcomes. This reduces litigation, as it becomes clearer to potential litigants when a case is without merit. Businesses have greater confidence that their investments in innovation will be protected, allowing them to plan their business strategy better, spurring economic growth” [2, 6].

The special courts on intellectual property cases tend to show high level of effectiveness of dispute resolution. Specialized IPR courts often make quicker and more effective decisions. Because judges in specialized courts are generally encouraged to have specialized knowledge, they are able to understand the procedures and technicalities associated with IPR cases. Special judges recognize case patterns and legal issues, which reduce delays and facilitate the speedy resolution of cases. It saves time and allows court resources to be used more efficiently. With increased judicial competence in effectively and efficiently resolving IPR cases, confidence in IPR litigation will also increase [2, 5].

One of the main problems arising in proceedings in the field of intellectual property is the necessity to evaluate issues of technical nature (for example the use of a set of essential features of the industrial design) along with the entirely legal one. Partially, these issues are decided by forensic science, which, however, should not be a panacea. Forensic science has some serious drawbacks: the duration, the ambiguity of the conclusions and absence of a single methodological approach [3]. Forensic science is often used as a way to delay the trial.

The specialists of the International Intellectual Property Institute rightly note, that “although the creation of a specialized IPR court, on its own, does not ensure that judges will be competent in those matters, specialized IPR courts increase judicial exposure to IPR law by funneling cases to a limited number of judges. Specialized IPR courts also facilitate the appointment of judges with specialized knowledge of IPR issues. This should result in higher quality opinions and more consistent body of law” [2, 5].

Establishment of a judicial body that would solve the case of intellectual property rights will, first of all, help to develop and organize single approaches to ensure law enforcement and effectiveness of justice. The court would also comprise the group of advisors who possess the appropriate qualifications. However, it is important to understand that the personnel of the Court may not include judges without law diploma as practiced, for example, in Germany, where disputes are decided collectively by the judges – lawyers and judges – experts in the field of technical knowledge [4]. The Law of Ukraine “On the Judicial System and Status of Judges” (Part 1 of Art. 64) contains the requirements for the candidates: higher legal education and experience in the field of law. Nevertheless, it is obvious that judges of the Special Court on Intellectual Property Cases must undergo regular training and education to remain properly qualified to adjudicate intellectual property cases [2, 9].

The issue of jurisdiction deserves particular attention: in fact, it is expected the Court would examine the cases that are now under the jurisdiction of the administrative, commercial and general courts. Administrative procedures - (i) a contestation of acts, actions or inaction of the State Service of Intellectual Property, other bodies operating in this area, (ii) administrative offense under Art. 51-2 of the Code of Ukraine on Administrative Offences. In commercial and civil jurisdiction - (i) cases of contestation of exceptional copyright and related rights, disputes about authorship, (ii) matters arising on exercise of patent, copyright and related rights, rights on product differentiation, etc., (iii) cases arising out of the relationship over the use of intellectual property and civil and commercial rights violations against them, as well as cases about the use of civil and commercial ways to protect the rights of owners [5].

Cases on protection of intellectual property rights are relatively complex and have strong specificity. To ensure proper and fair solution a set of specific legal and technical knowledge is required. In addition, the object of legal protection - exclusive rights – are the rights of a special kind (*sui generis*), which are beyond the classical division of civil rights into rights “*in rem*” and obligation rights. This necessitates the special legal training that goes beyond the general law education.

One of the necessary steps is adopting of procedural legislature that would properly regulate the administration of justice by the Court. Firstly, it is important to define the terms of trials, the organizational system of the Court (courts), procedure for appeal the court decisions etc [6].

The relevance and feasibility of establishing the Court is also explained by necessity to adopt national legislation to *Acquis communautaire* where such courts are functioning successfully. Moreover, now the preparatory process in the creation of an international court is carried out (Unified Patent Court), which jurisdiction will apply to the majority of EU member states [2]. The introduction of European unitary patent and associated Unified Patent Court (UPC) has been a much debated topic over the past four decades. It is now nearer to a reality as the European Union leaders have agreed on the location of a new European patent court, finalizing a legislative package which will see the court have its main seat in Paris, with sub-divisions allocated in London and Munich.

The patent court would have competence to hear cases regarding European Union patents (European patents for which “unitary effect” is registered with the European Patent Office) as well as for other European patents registered with countries for which the agreement is applicable [2]. The UPC will, as a general rule, have exclusive competence in respect of civil litigation on matters relating to European patents, European patents with unitary effect, supplementary protection certificates issued for a product covered by such a patent and European patent applications. (The exclusive competence is however the subject

to exceptions during the transitional period.) The area of exclusive competence of the UPC is specified in Article 32 of the UPC Agreement. Among other things it includes actions for actual or threatened infringements and related defenses, actions for declaration of non-infringement, actions for provisional and protective measures and injunctions, actions for revocation and counterclaims for revocation. The UPC will also have exclusive competence in respect of actions concerning decisions of the European Patent Office in carrying out the tasks set out in Regulation (EU) 1257/2012 on Unitary Patent Protection. National courts will remain competent for actions which do not come within the exclusive competence of the UPC [2].

This practice is extremely important and will unify approaches to dispute resolution in intellectual property since IP rights are transnational and require protection in various legal jurisdictions. In turn, in many cases the possibility of effective exercise of IP rights depends on judicial protection.

Another issue is the organizational mechanism of founding of such a specialized court. At this point, we've overviewed the relevant legislation of foreign countries, as well as thoughts of foreign scholars. No doubt, experience of other countries is very valuable in case of making some changes in our legislation.

First IP Courts in China were established in 1993 [7, 22]. The system of such courts is wide: there are four levels of courts, generally, in China (Basic People's courts, Intermediate courts, Higher courts and Supreme Court) and IP courts function at last three levels [7, 427-428, 436]. In our opinion, such system leads to isolation of IP adjudication. We agree with Judge Rifkind, who noted, "as long as judges exercising a wide jurisdiction also try patent cases, so long do the winds of doctrine... affect the patent law to the same degree as they affect the general body of the law" [1, 425]. As the Intermediate courts deal with IP cases as the courts of first instance, thus non-specialized judges never try IP cases in China, which is unlikely and leads to sterilization of IP law. Additionally, creating of distinguished IP courts at every level of judicial system involves high expenses.

The Court on IP rights in Russia was established in 2013. It is a specialized arbitration court. It is functioning as the court of first instance and the court of cassation (collegially). This court hears both appeals on decisions of administrative bodies dealing with IP rights and lawsuits on disputes between individuals [2, 117-118]. Such pattern of jurisdiction may be a subject for replicating. However, the system of Russian IP adjudication seems to be illogical. One who wants to bring a suit in the first instance, every time needs to go to Moscow for litigation, as it is the only court within Russia with such jurisdiction. After it, the decision is reviewed by non-specialized judges in appellate court and then goes back to Court on IP rights for cassation hearing [8].

There are 12 specialized patent infringement courts in Germany. The most important ones of these are located in Düsseldorf, Mannheim and Munich. To invalidate a patent, a nullity suit must be filed with the Federal Patent Court in Munich. In Germany, the infringement court is bound to the validity of the patent. It is not possible to raise “invalidity of the patent” as a defense in an infringement court, as it is possible e.g. in the U.S. There is a rather strict distinction between infringement proceedings and nullity proceedings in German (so-called dual-track proceedings) [9]. In patent litigation in Germany, two parallel lawsuits are common. However, when a nullity suit is filed, the parallel infringement suit is usually remained. The panel of judges in the Federal Patent Court (nullity cases) consists of two judges with legal background and three judges with technical background, while in District and Higher District Courts, which deal with infringement cases, all of three judges have legal background. In any case, if the decision of the court is appealed it finally goes to the Supreme Court of Germany, where it also would be heard by a panel of five judges with legal background only [10].

In 1982 the United States Court of Appeals for the Federal Circuit was founded [5, 576]. In our point of view, it is the best model for replication in Ukraine. Actually, it is a court of appeal, which reviews all of the patent cases from all Federal District courts (first instance). Paul D. Carrington and Paulina Orchard note that such court is “a source of stability of patent law” [5, 580]. The Federal Circuit is well-integrated into federal judicial system without isolation of influence of district courts and Supreme Court. Thus, cases are firstly heard by non-specialized judges, then may be appealed to Federal Circuit. Such system prevents sterilization of IP law and makes a situation when “a body of the law, secluded from the rest, develops a jargon of its own” [1, 425] less possible. Furthermore, “the creation of courts having exclusive nationwide jurisdiction over such classes of appeals could materially improve the quality and evenhandedness of... national law” [5, 585].

Thus, it can be concluded that necessity of establishing of the Special Court on IP Cases in Ukraine is obvious. No doubt, more coherence should be brought into ambiguous practice on IP cases, as well as specialized and well-trained judges should deal with IP cases on appellate level. These goals could be met by special IP court, which will serve as an appellate body for all IP cases with no regard to the branch of judicial system they were heard in the first instance. Establishing of such body needs much less expenses than creating of separate IP judiciary bodies at all levels. Moreover, the positive influence of common judgment in first instance will also persist. Finally, there will also be a possibility for cassation of its decision by Higher courts or the Supreme Court, which is a guarantee of stability of all judicial and law enforcement system of Ukraine.

List of References:

1. Simon Rifkind. Special Court for Patent Litigation – The Danger of a Specialized Judiciary // American Bar Association Journal. – 1951. – Vol. 37. – P. 425-426.
2. Study on Specialized Intellectual Property Courts / International Intellectual Property Institute and the United States Patent and Trademark Office [Electronic resource] // URL: <http://iipi.org/wp-content/uploads/2012/05/Study-on-Specialized-IPR-Courts.pdf>. – Date of access: 12.06.2014.
3. Исупова И. Суд по интеллектуальным правам // Материалы международной научно-практической конференции (21-25 октября 2013 года). – Геленджик: КубГУ, 2013. – С.112-119.
4. Пархомчук С.О. Шляхи впровадження в судову систему України органів патентної юрисдикції [Electronic resource] // URL: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2012_2/228.pdf. – Date of access: 12.06.2014.
5. Paul D. Carrington & Paulina Orchard. The Federal Circuit: A Model for Reform? // George Washington Law Review. – 2010. – Vol. 78. – P. 575-585.
6. Russia establishes Specialized Court for Intellectual Property Rights [Electronic resource] // URL: <http://www.ip-watch.org/2013/03/01/russia-establishes-specialised-court-for-intellectual-property-rights/>. – Date of access: 12.06.2014.
7. Gregory S. Kolton. Copyright Law and the People's Courts in the People's Republic of China: A Review and Critique of China's Intellectual Property Courts // Journal of International Law. – 1996. – Vol. – 17. – P. 415-460.
8. Unified Patent Court [Electronic resource] // URL: <http://www.unified-patent-court.org/news>. – Date of access: 12.06.2014.
9. Patent Litigation in Germany [Electronic resource] // URL: http://www.patentship.eu/patent_litigation.pdf. – Date of access: 12.06.2014.
10. Bundespatentgericht: Aufgaben. Organisation. Perspektiven [Electronic resource] // URL: https://www.bundespatentgericht.de/cms/media/Oeffentlichkeitsarbeit/Veroeffentlichungen/Informationsbroschueren/infobroschuere_de.pdf – Date of access: 12.06.2014.

У статті проаналізовано історію виникнення та основні аспекти діяльності спеціальних судів з питань інтелектуальної власності. Охарактеризовано особливості правового регулювання, доцільність існування судів зі спеціальною компетенцією в Україні та необхідність запозичення передового зарубіжного досвіду.

Ключові слова: патентний суд, судоустрій, захист прав інтелектуальної власності.

В статье проанализировано историю возникновения и основные аспекты деятельности специальных судов по вопросам интеллектуальной собственности. Охарактеризовано особенности правового регулирования, целесообразность существования судов со специальной компетенцией в Украине и необходимость заимствования передового зарубежного опыта.

Ключевые слова: *патентный суд, судоустройство, защита прав интеллектуальной собственности.*

In the article the history of establishment, main issues of functioning of special courts on intellectual property have been analyzed. The article describes the main features of legal regulation, existence of courts with special jurisdiction in Ukraine, expediency and adoption of prominent foreign experience necessity.

Key words: *patent court, judiciary, intellectual property rights protection.*

**Вербов Сергій Віталійович**

аспірант Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Угоди зі злиття та поглинання у банківській сфері

Актуальність даної теми. На сьогодні є очевидним той факт, що зацікавленість іноземного капіталу в українському бізнесі є досить високою. Найбільша активність проникнення іноземних гравців спостерігається на ринку фінансових послуг. За останніми даними, торік частка іноземного капіталу в банківському секторі України зростає з 20% до 33%, а частка іноземців в активах – до 36%. Експансія іноземного капіталу на українському ринку пояснюється тим, що банківський сектор переживає значні зміни, що характеризуються глобалізацією фінансових ринків. Ці процеси призводять до скорочення числа фінансових установ і розширення сфери банківського бізнесу, що виражається в його інтернаціоналізації й диверсифікованості продуктового ряду, включаючи розширення пропозиції банками небанківських продуктів і послуг.

Процеси банківських злиттів та поглинань висвітлені у працях багатьох вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема це роботи таких авторів, як: Белінська Я., Жаліло Я., Лютий І., Ткаченко С., Чурило П., Юрчук О. та ін.

Метою даної наукової статті є аналіз угод зі злиття та поглинання у банківській сфері.

Об'єктом дослідження статті є суспільні відносини, що виникають в процесі реорганізації банківських установ.

Якщо розглядати з економічної точки зору процес злиття та поглинання – то цей процес, направлений на збільшення власності інвестора, зростання прибутку, збільшення рентабельності капіталу у формі збільшення курсової вартості акцій та вартості саме компанії (її капіталізація).

Угоди зі злиття направлені на передачу корпоративного контролю у всіх формах, у тому числі через купівлю та обмін активами. В іноземній літературі можна зустріти абревіатуру “М&А”, що розшифровується Merger and Acquisitions (далі – М&А), яка використовується, для визначення різних угод, у тому числі угод з акціями, а також з іншими активами компаній. Законодавче визначення “М&А” в іноземному законодавстві, у тому числі актах ЄС відсутнє. Тим не менш прийнято вважати, що цей термін є основною характеристикою процесів у цій сфері. При визначенні причин, які впливають на “М&А”, в літературі можна знайти різні цілі, які переслідують акціонери (власники бізнесу).

Наприклад, це може призвести до збільшення долі ринку, отримання нових навичок (economies of skill), покращенню управлінню ризиками. До таких цілей варто віднести

збільшення ефективності за рахунок “ефекту масштабу” (economies of scale) або ж як якого прийнято називати “ефекту синергії” (economies of scope), в результаті чого виявляється здатність об'єднаної компанії бути більш прибутковою, ніж окремі компанії, які об'єднуються. За рахунок об'єднання компанія може отримати значні конкурентні переваги у вигляді синергетичного ефекту (synergistic benefits). Прийнято вважати, що сукупні економічні показники незалежних компаній будуть нижчими аналогічних показників об'єднаної компанії.

Так Т.У. Кох та С.МакДоналд дають наступне визначення злиттям та поглинанням : “Злиття – це об'єднання двох та більше акціонерних компаній, які залучені у процес випуску акцій нової компанії. А поглинання відбувається тоді , коли одна компанія купує акції іншої ” [7].

Дж.К.ВанХорн пропонує наступне визначення : “злиття- об'єднання двох компаній, при якому одна з них втрачає свій бренд” [8].

Стенлі Фостер Рід та Олександр Рід Лажу у своїй книзі “Майстерність злиттів та поглинань” зазначають, що “термін злиття має чітко юридичне значення і не має нічого спільного з тим, як буде відбуватись управління об'єднаними компаніями після злиття. Злиття відбувається, коли одна корпорація об'єднується з іншою та розчиняється в ній”. “Корпоративне поглинання – це процес, який передбачає, що акції або активи корпорації стають власністю покупця” [9].

Французькі цивілісти ЛоранЛакур та КристофЖамен також відзначають, що злиття передбачає розпуск компанії без ліквідації її прав, і разом з тим, повну передачу власності компанії на користь однієї чи декількох компаній [10].

Слід відзначити певну нестиковку цих понять в західній та українській економічній літературі. Вона виявляється у тому, що синонімом приєднання в західній термінології є поняття злиття, як об'єднання комерційних організацій, при якому одна з них втрачає свій бренд, хоча з точки зору змісту тут доцільним на наш погляд є використання терміну поглинання. Отже поглинання (приєднання) відбувається, як правило, при наявності бажання великої компанії використати можливість (приміщення, устаткування, робітничі кадри і ін.) іншої компанії, яка за тих, чи інших обставин потрапила у скрутне фінансове становище або яка просто бажає укріпити свою позицію на ринку та реалізувати можливості економічного зростання.

Найефективнішим способом проникнення на ринок є угоди зі злиття й поглинання.

Доцільно виділити кілька основних мотивів укладання угод зі злиття й поглинання в банківській сфері. Серед них прагнення підвищити якість й ефективність керування посідає не останнє місце. Зазвичай поглинаються менш ефективні й погано керовані банки й компанії. Причиною поглинання більш успішних банків і компаній можна назвати усунення потенційно сильного конкурента на ринку. Досить поширеним є податковий мотив. Компанія, що поглинає, може мати істотні податкові пільги. Ваговим аргументом для укладання таких угод є прагнення диверсифікувати великі фінансові

потоки і знизити ризики фінансових втрат. У банківському бізнесі банки насамперед прагнуть розширення спектра послуг, що надаються банківською установою, і збільшення клієнтської бази. Наприклад, придбання промисловими банками фінансових установ, спрямованих на обслуговування приватних осіб. За ефективного розширення сфери діяльності й орієнтації на різні профільні сегменти стратегія диверсифікованості призведе до значного зменшення фінансових ризиків і збільшення прибутковості банку [2].

Можливість використання надлишкових ресурсів також є вагомим чинником при укладенні згаданих угод. Наприклад, регіональний банк, розташований у районі з більшими фінансовими ресурсами, але з обмеженими з тих або інших причин можливостями для їхнього розміщення, може бути цікавий як об'єкт поглинання для великого банку, що діє в національному масштабі. Фахівці вказують на такий мотив для злиття і поглинання, як різниця в ринковій ціні компанії й вартості її заміщення. Що стосується банківської практики, то здебільшого виявляється дешевше купити регіональний банк і перетворити його у філію, ніж відкривати філію «з нуля». Про що й свідчить практика угод зі злиття й поглинання в банківській сфері на території України.

Під час підготовки до підписання угод зі злиття або поглинання слід серйозно поставитися до оцінки вартості компанії. На практиці паралельно використовуються два способи оцінки: 1) якісний метод, який передбачає дослідження стратегії злиття та поглинання, співставлення отриманих синергічних ефектів після злиття з запланованими, опис головних управлінських помилок, що виникають під час реалізації стратегії, а також методи виправлення цих помилок для уникнення їх у майбутньому; 2) кількісний метод, який передбачає використання математичних розрахунків та формул, що можуть підтвердити зміну ефективності банківської установи після M&A [4].

Ці методи широко використовуються для оцінки ефективності злиття чи поглинання банківських установ, але хотілося б зазначити, що кожен з них має свої недоліки. Якісний метод базується на суб'єктивних переконаннях та судженнях людей, які проводять дану оцінку, тому іноді може трапитися, що реальний стан речей не відповідає отриманій якісній оцінці. Також недоліком є те, що метод не має певного алгоритму дій і тому вірогідним є те, що оцінка ефективності не відображатиме повністю реальний стан речей, хоча й буде при цьому правильною. Кількісний метод більш точний, тому що передбачає проведення оцінки за певними математичними розрахунками і тому має алгоритм дій. Недоліками цього методу є те, що за останні 10 років було виведено сотні способів оцінки ефективності банківської установи після злиття та поглинання, які мають певні припущення і тому повинні використовуватися відповідно до конкретної ситуації, що породжує проблему невизначеності в застосуванні того чи іншого методу. Тим паче, що, використовуючи різні формули для розрахунків можна отримати різні дані, що не збігатимуться між собою. Тому кількісний метод оцінки ефективності інституції після злиття чи поглинання може бути широко

використаний для маніпулювання отриманими даними. Також при використанні цього методу може виникнути ситуація, коли за різних методик оцінки будуть необхідні різні вхідні дані, які, можливо, не завжди є у наявності[5].

Результати таких оцінок використовують для визначення дійсної вартості компанії. Найбільш пріоритетним є метод DueDiligence, що дозволяє потенційним покупцям провести якісну перевірку підприємства, яке вони купують. Всі зацікавлені в купівлі під час DueDiligence отримують доступ до стандартизованого набору даних.

Зокрема, у рамках DueDiligence, як правило, для перевірки надаються: загальні відомості про компанію: виписка про реєстрацію, статут, відомості про керівників, структура компанії, залежні компанії тощо; відомості про майновий стан і зобов'язання компанії: перелік всіх матеріальних і нематеріальних активів, інформація про наявних коротко-, середньо- і довгострокових зобов'язань (із вказівкою боржників і кредиторів, процентної ставки, строків платежу), взаємні зобов'язання в рамках компанії тощо; бухгалтерська звітність: річні й квартальні баланси, звіт про прибутки й збитки, аудиторський висновок тощо; існуючі угоди з колективом і профспілками в рамках трудового законодавства, пенсійного забезпечення тощо; інші договірні зобов'язання й права: договори в рамках компанії, орендні договори, угоди із клієнтами й постачальниками тощо; відомості про можливі юридичні процеси (цивільні, трудові, податкові, адміністративні тощо).

Як правило, перевірка дійсності наданих у рамках DueDiligence відомостей, а також обґрунтованості передбачуваної ціни купівлі підприємства проводиться покупцем із залученням різних консультантів, зазвичай у вигляді юридичних фірм. Юристи, котрі беруть участь у підготовці до укладання угоди купівлі-продажу компанії, як правило, займаються оптимізацією юридичних і податкових аспектів угоди, що безпосередньо впливає на її вартість [6].

Також доцільно зауважити, що під час укладення угод зі злиття й поглинання слід приділити особливу увагу вибору юридичних консультантів. Адже від професіоналізму й досвіду фахівців залежатиме не тільки вартість і результативність угоди, а й її перспективність й успішність для покупця в його майбутній роботі.

Отже, угоди злиття та поглинання банків мають широкі можливості з точки зору реалізації ключових стратегічних завдань і створення доданої вартості бізнесу. Однак, незважаючи на високу кількісну динаміку, на практиці в більшості випадків так і не створюється вартість. Це пов'язано насамперед з неадекватними оцінками ефекту синергії та обмеженим використанням додаткових прихованих та стратегічних можливостей створення доданої вартості на етапі інтеграції.

Використані джерела:

1. Закон України "Про акціонерні товариства" № 514-VI від 17.09.2008 // Урядовий кур'єр від 29.10.2008 № 202

2. Новицький В.Є. Міжнародна економічна діяльність України: Підручник. – К.: КНЕУ, 2003. – 948 с.
3. Управління міжнародною конкурентоздатністю підприємства (організації). Навчальний посібник під редакцією Сиваченко І. - Київ: ЦУЛ, 2003 - 186 с.
4. Єфименко А.П. Регулювання реорганізації акціонерних товариств у формі злиття та приєднання за законодавством України та Європейського Союзу // Вісник міжнародні відносини, Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – 2001. – № 21-24. – С. 74-80.
5. Килимник О., Руденко Ю. Злиття та поглинання компаній як домінуюча форма прямого іноземного інвестування // Збірник наукових праць. Вип. 30 / Відп. ред. В.Є.Новицький. – К.: ІСЕМВ НАН України, 2001. – с. 179-186.
6. Рогач О., Шнирков О. Країни, що розвиваються, і транснаціоналізація світової економіки: навч. посібник/ Київськ. ун-т. ім Тараса Шевченка. – К.: “Київський університет”, 1998. – с. 140
7. Кох Т.У., МакДональд С. Банковский менеджмент. -Thomson, South-Western, 2003. 412 с.
8. Дж.К.ВанХорн. Основы управления финансами. - М.: Финансы и статистика, 2005.
9. Стэнли Фостер Рид, Александра Рид Лажу. Искусство слияний и поглощений. - М.: «Альпина Бизнес Букс», 2006.
10. Жамен К.,Лакур Л. Торгівельне право. М.: Міжнародні відносини, 1993.-С.133-134.

У статті розглядається процедура злиття та поглинання у банківській сфері. Розкривається питання оцінки ефективності злиття та поглинання банківських установ.

Ключові слова: злиття та поглинання, банківська сфера, оцінка діяльності.

Данная статья посвящена исследованию процедуры слияния и поглощения в банковской сфере. Освещаются актуальные вопросы оценки эффективности слияний и поглощений в банковской сфере.

Ключевые слова: слияние и поглощение, банковская сфера, оценка деятельности.

The article reviews merger & acquisition procedure in the banking sphere. Highlights the issues of merger & acquisition effectiveness in the banking sphere.

Keywords: merger&acquisition, bankingsphere, assessmentofactivity

*Ріпенко Артем Ігорович*

кандидат юридичних наук,
заступник директора юридичного департаменту Одеської міської ради

Питання захисту речових прав на земельні ділянки в останніх актах судової практики

Акти та узагальнення судової практики вищих судових інстанцій мають важливе значення як для теорії земельного права, так і для практики застосування земельного законодавства.

Можна сказати, що така діяльність судових органів є діяльністю «на стику теорії та практики». Суди активно використовують теоретичні напрацювання для тлумачення норм законодавства та формування правової позиції з тих чи інших питань.

Сьогодні проблема захисту речових прав на земельні ділянки та інше нерухоме майно жодною мірою не втратила своєї актуальності. Дані відносини дедалі потребують уваги дослідників.

Метою даної статті є здійснення теоретичного аналізу окремих проблемних питань, порушених у постанові Пленуму Вищого спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі - ВССУ) від 07.02.2014 № 5 «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав» [1]. Мова піде про ті висновки суду, що сприймаються неоднозначно або потребують додаткового обґрунтування.

Дана публікація не є науково-практичним чи іншим коментарем до вказаної постанови, а лише акцентує увагу на окремих спірних чи неоднозначних питаннях у контексті захисту речових прав на земельні ділянки. У статті курсивом виділено аутентичний текст постанови ВССУ, після чого автор наводить власні думки і коментарі та формулює запитання.

Звичайно, названа постанова ВСУ є потрібним, вчасним і досить корисним документом. Проте перше, що «кидається у вічі», - це схожість окремих висновків теоретичного характеру, викладених у постанові, з відповідними положеннями постанови пленуму ВС РФ і ВАС РФ «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» від 29.04.2010 № 10/22 (див.: питання набуття права власності на майно за давністю володіння та ін.) [2]. Водночас, законодавчо встановлений режим права власності та інших речових прав у Цивільному кодексі України (далі – ЦК) та Цивільному кодексі РФ (далі – ЦК РФ) є різним. Наприклад, по-різному врегульовані питання володіння речами, виникнення права володіння щодо земельних ділянок та іншого нерухомого майна тощо.

Тож, почнемо.

«1. Відповідно до статей 2, 318 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) річ (майно) може знаходитись у власності Українського народу, фізичних та юридичних осіб, держави Україна, Автономної Республіки Крим, територіальних громад, іноземних держав й інших суб'єктів публічного права....»

ВССУ вирішив процитувати положення окремих статей ЦК, що визначають коло суб'єктів цивільних відносин та суб'єктів речових прав на майно. Проте бажано, щоб після цитування норми цивільного закону, що в цілому ґрунтуються на відповідних положеннях Конституції України, ВССУ подав власне бачення змісту права власності Українського Народу на речі та особливостей реалізації цього права вказаним суб'єктом.

Перш за все, це стосується права власності Українського народу на землю, що проголошено у ст.ст. 13, 14 Конституції України та дотепер викликає дискусії серед практикуючих юристів, зокрема суддів, а також представників правової теорії [3]. Як видається, таке «народне» право власності може існувати у вигляді права державної та комунальної власності на земельні ділянки.

Проте важливо було б почути позицію ВССУ щодо цього питання. При цьому цікавить його вирішення не в публічно-правовому контексті, коли йдеться про зміну державної території (меж земель України), а саме з позицій цивільного та земельного права.

Якщо ВССУ, некритично цитуючи законодавство, називає серед інших власників майна (речей) Український народ, то, може, Народ є самодостатнім власником, який може здійснювати безпосереднє розпорядження своїми речами у певний шлях, наприклад, через референдум? Або ж такий суб'єкт здійснює своє право лише через відповідні органи влади? Якщо так, то потрібно вказати на відмінності між правом власності Народу та правом власності держави і територіальних громад, від імені яких права власника також здійснюють органи влади.

На нашу думку, дані питання мають не лише теоретичне але й досить суттєве практичне значення. Зокрема, тлумачення конституційних та інших законодавчих положень щодо права власності Українського народу на землю можуть використані при розгляді справ в судах, у т.ч. в Європейському суді з прав людини.

Крім того, на мою думку, цікаво було б навести принаймні орієнтовний перелік «інших суб'єктів публічного права» - суб'єктів права власності на речі (майно), про яких згадує цивільне законодавство, на яке й послався ВССУ.

«...Організації, які не є юридичними особами, не можуть мати майна на праві власності.»

Цілком логічно уявити, що коли організація не є юридичною особою, вона не має (як юридична особа) на праві власності майна. Адже вона взагалі, як така, не є

учасником цивільних відносин (ст.2 ЦК). Така організація не є ані самотійною юридичною особою, ані, скоріше за все, публічним утворенням (коло яких законодавство чітко не визначає) та може розглядатись лише крізь призму правового статусу відповідних фізичних чи юридичних осіб, що входять до її складу. В такому разі майно може належати тим фізичним особам чи юридичним особам, що входять до організації та які беруть, у разі необхідності, безпосередню участь у цивільних відносинах.

Дане питання має певне значення й для земельних відносин. Зокрема, земельні ділянки не можуть належати організаціям, що не є юридичними особами. Такими є, наприклад, філії та представництва юридичних осіб.

Водночас, до організацій можна гіпотетично віднести також державу та територіальні громади, а також відповідні органи влади (управління). Це впливає з загального визначення терміну «організація», як певного об'єднання, частіше за все - соціального.

Вочевидь, ВССУ взагалі не мав на увазі державу та територіальні громади, коли вказував на «організації». Тобто їх право власності на земельні ділянки ВССУ, звичайно, не виключає.

Щодо органів влади: органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, то вони не є власниками земельних ділянок. Проте не тому, що такі органи не є юридичними особами, адже деякі з них зареєстровані в якості юридичних осіб, інші - ні, а тому, що вони здійснюють права власників землі від імені інших суб'єктів: держави та територіальних громад.

«...Оскільки згідно з чинним законодавством суд вирішує спори співвласників щодо розпорядження чи користування майном, то не слід розглядати як неправомірне позбавлення права власності присудження грошової або іншої матеріальної компенсації за частку у спільній власності за наявності умов, передбачених пунктами 1– 4 частини першої та частини другої статті 365 ЦК, якщо її неможливо виділити або поділити майно в натурі чи спільно користуватися ним».

На перший погляд, ВССУ спробував вказати, що для примусового припинення права на частку у земельних ділянках та іншому майні, мають мати місце відразу всі умови, перелічені у п.п. 1-4 ч.1 ст. 365 ЦК. Та це й логічно: позбавлення права власності - це виключний захід. Для його вжиття мають існувати «залізні» підстави в умовах відсутності адекватної альтернативи.

Водночас, така позиція не в повній мірі відповідає висновкам Верховного Суду України (далі - ВСУ), викладеним у постановках, ухвалених за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 Цивільного процесуального кодексу України [4].

Так, ВСУ вказував: *«Для припинення права особи на частку у спільному майні необхідно встановити наявність будь-якої з обставин, передбачених пп. 1-3 ч. 1 ст. 365 ЦК України, за умови, що таке припинення не завдасть істотної шкоди інтересам співвласника та членам його сім'ї, а також попереднього внесення позивачем вартості цієї частки на депозитний рахунок суду (постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 15 травня 2013 р. у справі № 6-37цс13)».*

Таким чином, згідно з висновками ВСУ, достатньо встановити наявність лише однієї з трьох умов, перелічених у п.п.1-3 ч.1 ст.365 ЦК, а також наявність умови, вказаної у п.4 ч.1 цієї статті.

Таке прочитання статті виглядає дещо дивним. Скажімо, юридична неподільність речі і те, що спільне володіння і користування майном є неможливим, є не взаємозамінними (взаємовиключними), а взаємодоповнюючими підставами. Саме в їх сукупності може полягати потреба примусового припинення права на частку у майні.

Окрім ст.ст. 355-372 ЦК питання права спільної власності на земельні ділянки регламентуються ст.ст. 86-89 Земельного кодексу України (далі - ЗК). Так, ст. 88 ЗК визначає, що учасник спільної часткової власності має право вимагати виділення належної йому частки зі складу земельної ділянки як окремо, так і разом з іншими учасниками, які вимагають виділення, а у разі неможливості виділення частки - вимагати відповідної компенсації.

Оскільки відповідно до ст. 86 ЗК суб'єктами права спільної власності на земельну ділянку можуть бути громадяни та юридичні особи, а також держава та територіальні громади, а суб'єктами права спільної власності на земельні ділянки територіальних громад можуть бути районні та обласні ради, треба окремо сказати про припинення права на частку у праві спільної власності територіальних громад на землю.

Якщо територіальні громади на договірних засадах об'єднали свої земельні ділянки, вони можуть самостійно здійснювати право власності на них. У даному випадку управління (розпорядження) такими ділянками органами влади обласного рівня не потребується. На відповідні правовідносини може бути, в принципі, поширено дію ст. 365 ЦК. Скажімо, коли одній з територіальних громад належить незначна частка та за інших умов, передбачених ст. 365 ЦК.

Проте коли йдеться про земельні ділянки спільної власності територіальних громад, що перебувають в управлінні районних та обласних рад, зокрема, відповідно до п. 10 Прикінцевих та перехідних положень Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» (майно, що перебувало у комунальній власності областей та районів), застосування положень ст. 365 ЦК може бути ускладненим. Така власність є особливим різновидом комунальної власності на майно. Кожній без винятку

територіальній громаді району чи області гіпотетично належить рівне право на певну земельну ділянку. Проте вони це право здійснити не можуть, адже суб'єктами реалізації такого права є районні та обласні ради, що фактично нівелює приналежність таких ділянок саме територіальним громадам. Хоча гіпотетично можна уявити, що всі разом громади певного району чи області можуть прийняти рішення щодо розпорядження ділянкою без участі районних чи обласних рад. Втім, така практика в Україні, наскільки відомо автору даної статті, відсутня. Отже, дані відносини є дуже специфічними, але спеціальний закон, що їх регламентує відсутній.

«5. До державної реєстрації права власності за новим набувачем покупець за договором про відчуження майна, виконаним сторонами, не має права розпоряджатися цим майном, оскільки право власності на нього зберігається за продавцем, проте має право на захист свого володіння на підставі статті 396 ЦК. При цьому слід мати на увазі, що після оплати вартості проданого майна і передання його покупцеві, але до державної реєстрації переходу права власності, продавець також не має права ним розпоряджатися, оскільки це майно є предметом виконаного продавцем зобов'язання, яке виникло з договору про відчуження майна (пункт 1 частини першої статті 346 ЦК), а покупець є його законним володільцем. У разі укладення нового договору про відчуження раніше переданого покупцю майна без розірвання попереднього договору чи визнання судом його недійсним продавець несе відповідальність за його невиконання у виді відшкодування збитків новому покупцеві».

З огляду на положення ЦК та Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» позиція ВССУ щодо захисту володіння земельними ділянками та іншою нерухомістю не є безспірною.

Відповідно до ч.3 ст.3, ч.1 ст.4 Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» право володіння на об'єкт нерухомого майна, у т.ч. земельну ділянку, виникає лише після його державної реєстрації у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно (далі - Держреєстрі). Тобто, покупець, якому продавець фактично нібито передав об'єкт нерухомості за допомогою, наприклад, символічної передачі речі за актом прийому-передачі чи в інший оговорений сторонами шлях, не набуває права володіння, поки не піде до реєстраційної служби та не зареєструє відповідне речове право. Таким правом може бути речове право, що включає право (правоможність) володіння, наприклад, право постійного користування земельною ділянкою або право володіння чужим майном як самостійне речове право. До реєстрації такого права особу (покупця чи суб'єкта інших правовідносин) можна, при певному тлумаченні положень ЦК, вважати лише володільцем земельної ділянки. Проте права володіння ділянкою чи іншого речового права така особа не має (тут слід врахувати, що не кожна особа, що має запис про

право, насправді це право має, адже запис може бути внесено безпідставно). Таким чином, вона не може захищатись відповідно до ст. 396 ЦК, як на то вказує ВССУ.

Щодо такої особи ч.3 ст. 397 ЦК встановлено презумпцію правомірності володіння (наявності права володіння), але це не свідчить про наявність самого права володіння. Щодо земельних ділянок презумпція перевіряється дуже просто: є державна реєстрація, за нею може «стояти» право володіння. Якщо реєстрації в Держреєстрі нема то, відповідно, права володіння немає у будь-якому разі. Володілець ділянки може мати лише право на захист свого володіння, передбачений ст. 400 ЦК.

Порушене ВССУ питання безпосередньо пов'язане з теоретичними поглядами на специфіку володіння земельними ділянками та іншою нерухомістю, на що звертали увагу представники вітчизняної теорії земельного права [5]. Основні висловлені погляди зводяться до того, що під володінням земельними ділянками розуміють:

1. Фактичний контроль (панування) над земельною ділянкою.
2. Наявність запису про речове право, що передбачає право володіння у Держреєстрі.
3. Змішаний підхід, згідно з яким у певних правовідносинах (наприклад, передача земельної ділянки за актом приймання-передачі на виконання договору оренди) володіння розглядається як фактичний контроль над ділянкою (п.1), у інших (наприклад, при витребуванні земельної ділянки, проданої не уповноваженою особою) – як запис у Держреєстрі (п.2).

Тому те, що ми вказали вище, треба розглядати крізь призму означених доктринальних підходів. Виходячи з підходу 1, якщо особі передано земельну ділянку за договором, вона (до реєстрації відповідного речового права за набувачем) є володільцем земельної ділянки та має, зокрема, можливість захисту свого володіння відповідно до ст. 400 ЦК.

Якщо сповідувати підхід 2, до внесення запису про право власності на земельну ділянку на ім'я покупця (набувача), відчужувач залишається як власником, так і фактичним володільцем земельної ділянки. Це означає, що покупець не має можливості захищати ані право володіння, ані володіння земельною ділянкою. Крім того, продавець, як володілець, може передати земельну ділянку будь-якій іншій особі, відповідаючи перед «першим покупцем» лише за порушення умов договору купівлі-продажу.

У будь-якому разі, ВССУ варто було б більш детально зупинитись на аналізі цього питання.

Крім того, позиція ВССУ щодо неможливості продавця розпорядитись майном, що фактично передане на виконання правочину, не виглядає достатньо обґрунтованою. Дійсно, розпорядження нерухомістю може бути ускладнено,

оскільки майно вийшло з під фактичного панування продавця, адже володіння було передано. Проте, враховуючи умовність володіння нерухомими речами, таке розпорядження є принципово можливим: особа може підписати інший акт про передачу ділянки чи іншого майна або вчинити інші дії, що свідчать про їх передачу, допоки реєстрація права власності «висить» за нею. Інша справа, що покупець може вимагати визнання недійсним самого такого правочину щодо передачі об'єкта нерухомості іншій особі (*traditio*), оскільки продавець не міг передати володіння ділянкою, яке він вже передав іншій особі, тобто «першому покупцю».

«б. Суди повинні мати на увазі, що законом може бути встановлений інший момент (підстава) набуття права власності. Зокрема, у разі повного внесення пайових внесків за квартиру, дачу, гараж, іншу будівлю або приміщення, надані члену житлового, житлово-будівельного, дачного, гаражного чи іншого кооперативу або товариства, в осіб, які мають право на частку в пайових внесках, виникає право спільної часткової власності на квартиру, дачу, гараж чи інші будівлі пропорційно розміру частки паю (стаття 18 Закону України від 1 липня 2004 року № 1952-IV «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», Закон України від 10 липня 2003 року № 1087-IV «Про кооперацію», стаття 384 ЦК).

Необхідно врахувати, що на відміну від, наприклад, російського законодавства (див. ч. 2 ст. 8.1. ЦК РФ), правило Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» про те, що речові права виникають лише з моменту їх державної реєстрації, у вітчизняному законодавстві сформульовано імперативно. Таким чином, після 01.01.2013 права на нерухомість відповідно до Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» виникають виключно після їх державної реєстрації, а не, скажімо, після виплати паю тощо. Можна уявити, що ВССУ, шляхом тлумачення правових норм, дійшов висновку, що норми Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» не скасовують спеціальні норми законів, присвячені кооперативним правовідносинам та набуттю відповідних прав. Однак ВССУ при цьому посилається на положення ст. 384 ЦК та Закону «Про кооперацію», які не містять положень про те, що право власності на майно виникає саме з моменту повного внесення пайового внеску. Водночас, ст. 18 реєстраційного закону якраз передбачає видачу свідоцтва про право власності на нерухоме майно в таких випадках, що є підставою для державної реєстрації права власності.

Водночас, треба врахувати, що суди, розглядаючи певні справи, керуються законодавством, що діяло на час виникнення відповідних правовідносин. Так, Законом «Про власність» (ст.15), скасованим відповідним законом у 2007 році, було визначено, що член кооперативу або товариства, який повністю вніс свій пайовий

внесок за квартиру, дачу, гараж, іншу будівлю або приміщення, надані йому в користування, набуває права власності на це майно.

«.....Разом із тим суди повинні розмежовувати право на спадщину як майнове право (об'єкт спадкування) та виникнення права власності на спадкове майно як на об'єкт нерухомого майна».

На наш погляд, ВССУ було б доречно більш чітко висловити свою думку щодо «права на спадщину як майнового права (об'єкта спадкування)». Так, відповідно до ЦК майнові права формально визнані речовими правами. Водночас, речові права на нерухомість відповідно до Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» виникають лише після їх державної реєстрації. Таким чином, залишається незрозумілим, що розуміти під «майновим правом на спадщину (об'єкт спадкування), до складу якої входить земельна ділянка» та з якого моменту таке «право» виникає.

«7. ...господарське товариство є власником майна, переданого йому учасниками товариства у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу, а також іншого майна, набутого на підставах, що не заборонені законом».

Шляхом тлумачення відповідних норм Господарського кодексу України (далі - ГК) деякі юристи вважають, що господарське товариство отримує у власність майно, передане до його статутного капіталу (СК) лише якщо для цього вчинено необхідний правочин. В інших випадках господарське товариство може набути майно, передане йому до СК, на іншому праві. Таким чином, земельна ділянка чи інше нерухоме майно, що вносяться до СК, не завжди стають власністю товариства.

«8. ...виходячи зі змісту статті 330 ЦК, добросовісний набувач набуває право власності на майно і в тому разі, коли набрало законної сили рішення суду про відмову в задоволенні позову про витребування майна із чужого незаконного володіння, оскільки згідно з частиною другою статті 328 ЦК право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не впливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом».

На нашу думку, факт і момент виникнення права власності на майно внаслідок «обмеження віндикації» не варто пов'язувати з фактом відмови суду у задоволенні позову (процесуальною дією) навіть у таких «обережних висловах», як це зробив ВССУ.

«9. володіння є добросовісним, якщо особа при заволодінні чужим майном не знала і не могла знати про відсутність у неї підстав для набуття права власності;

...

Набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю регулюється Земельним кодексом України (далі – ЗК), зокрема статтею 119».

Щодо добросовісності володіння для набуття права власності на земельні ділянки та іншу нерухомість за давністю володіння (usucapio) треба окремо сказати

наступне. ВССУ в цій частині майже скопіював відповідні роз'яснення судового органу РФ, про що ми вже казали вище.

Водночас, знати про «підстави для набуття права власності», як вказує ВССУ, не те саме, що знати про «наявність права власності». Наприклад, якщо особа заволоділа державною чи комунальною земельною ділянкою до реєстрації права власності на неї, знаючи, що вона має всі підстави для набуття права власності на ділянку: рішення органу влади про передачу ділянки у власність тощо, але права власності не набула (не зареєструвала у Держреєстрі), вона не буде вважатись добросовісним володільцем та не набуватиме права власності за давністю володіння.

Для набуття права власності на земельні ділянки державної чи комунальної власності, як і на деякі інші речі, потрібен складний юридичний (фактичний) склад. Треба пройти всі «сходи» цього фактичного складу, причому у визначеній законом послідовності. Якщо особа їх не пройшла, треба вважати, що вона знала чи мала знати про те, що заволоділа чужим майном – земельною ділянкою державної чи комунальної власності.

Окремо треба зупинитись на висновках ВССУ щодо набуття прав на земельні ділянки за давністю володіння за земельним законодавством України. ВССУ відсилає до ст. 119 ЗК та якихось інших статей ЗК, якими регламентується дане питання. Проте ст. 119 ЗК фактично є єдиною статтею, що, за задумом законодавця, мала б встановити особливості *usucapio* земельних ділянок. Інші статті ЗК визначають порядок набуття прав на землю за «звичайною процедурою».

Треба відзначити, що ВССУ не вказав на можливість застосування досить адекватних положень ст. 344 ЦК при набутті прав на земельні ділянки за давністю володіння. Тому треба сказати про «специфічне» регулювання *usucapio* у ст. 119 ЗК.

Власне заволодіння землею для давності дуже важко відрізнити від правопорушення у вигляді самовільного зайняття земельної ділянки. Різниця якраз і полягає у суб'єктивному ставленні особи до своїх дій.

Ст. 119 ЗК по суті викривила зміст інституту набувальної давності як такої. По-перше стаття згадує лише про громадян України, які, звичайно, не є єдиними суб'єктами, що можуть заволодіти землею. Такі відносини не треба плутати із приватизаційними, а отже ознака приналежності до громадянства України тут насправді ні до чого. Проте не треба робити висновок, що на інших суб'єктів, окрім громадян України, поширюється дія ст. 344 ЦК «напрямую», як це зробив Господарський суд м. Києва по справі № 5011-62/14934-2012, адже це призведе до дискримінації громадян України у порівнянні до інших давнісних володільців.

Отже, за ст. 119 ЗК, по завершенню 15-річного строку давнісного володіння, за умови його відкритості та добросовісності, особа не набуває права власності на земельну ділянку, а лише отримує можливість звернутись до органів влади щодо набуття права на землю, яку вона має і без застосування ст. 119 ЗК. При цьому, вона

може отримати її також у користування, що є невідомою для сучасного українського цивільного законодавства особливістю. При цьому, за буквою ЗК такий давнісний володілець не має жодних привілеїв у порівнянні до інших суб'єктів відносно отримання конкретної земельної ділянки. Тому положення ст. 119 ЗК фактично не працюють, блокуючи водночас застосування положень ст. 344 ЦК. На практиці можна спробувати тлумачити положення законодавства і таким чином, що ст. 119 ЗК, не визначаючи фактично жодних особливостей usucarіо земельних ділянок, не заважає застосуванню ст. 344 ЦК. Проте, на нашу думку, вітчизняні суди навряд чи сприйматимуть таке тлумачення. Справа в тому, що ст. 344 ЦК чітко відсилає до якоїсь особливої процедури набуття прав власності на земельні ділянки за давністю користування, що має бути встановлена спеціальним законом. Формально, ст. 119 ЗК все ж існує.

Суперечливим є також питання визначення моменту, з якого норми про набувальну давність можуть бути застосовані. Існує думка, що вони можуть бути застосовані з 01.01.2002, тобто з моменту набрання чинності ЗК. Альтернативна точка зору – дані норми застосовуються з 01.01.2017, зі спливом 15 років з моменту набуття ЗК чинності. Така позиція викладена, зокрема, у листі ВСУ від 29.10.2008 № 19-3767/0/8-08 «Про розгляд земельних спорів».

«11. Враховуючи положення статей 335 і 344 ЦК, право власності за набувальною давністю може бути набуто на майно, яке належить на праві власності іншій особі (а не особі, яка заявляє про давність володіння), а також на безхазяйну річ. Отже, встановлення власника майна або безхазяйності речі є однією з обставин, що має юридичне значення, і підлягає доведенню під час ухвалення рішення суду (стаття 214 ЦПК). Виходячи зі змісту статей 335 і 344 ЦК, взяття безхазяйної нерухомої речі на облік органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно, за заявою органу місцевого самоврядування, на території якого вона розміщена, і наступна відмова суду в переданні цієї нерухомої речі у комунальну власність не є необхідною умовою для набуття права власності на цей об'єкт третіми особами за набувальною давністю».

Дійсно, ВССУ спробував визначитись у питанні, щодо якого саме майна можливе набуття права власності за давністю володіння. За буквою ст. 344 ЦК, однією з умов набуття права власності на майно за правилами набувальної давності є факт заволодіння чужим майном. ВССУ вийшов з розуміння «чужого» не як «належного іншому суб'єкту», а як «не свого». Не своєю є як річ, що належить іншому, так і річ, що не належить нікому. Щодо земельних ділянок вважається, що всі вони апріорі належать державі, тому в Україні, нібито, нічийх земель не існує (ВССУ окремо цьому питанню оцінки не надавав). Стосовно іншого нерухомого майна виникає певна колізія між нормами ЦК щодо безхазяйного майна (ст. 335) та його положеннями щодо набувальної давності (ст. 344), вирішення якої, на нашу

думку, потребує додаткового обґрунтування. Зокрема, спірна ситуація може виникнути при одночасній подачі позовів до суду про визнання права комунальної власності на безхазяйну нерухомість та про визнання права власності на неї за добросовісним володільцем.

«12. Ураховуючи положення статей 16, 344, 396 ЦК, до набуття права власності на майно за набувальною давністю особа, яка володіє майном, має право на захист свого володіння від третіх осіб, які не є власниками майна і не мають прав на володіння цим майном в силу іншої передбаченої законом чи договором підстави. Таким чином, давнісний володільць має право на захист свого володіння відповідно до вимог статей 387, 391 ЦК. Під час розгляду позову про витребування майна із чужого незаконного володіння, пред'явленого давнісним володільцем, застосуванню підлягають також положення статті 388 ЦК за наявності відповідних заперечень з боку відповідача»

Цивільне законодавство містить спеціальну норму про захист добросовісного володільця майна – ст. 400 ЦК. Саме цю норму слід застосовувати. Якщо вести мову про об'єкти нерухомості, то висновки ВССУ не можуть вважатись вірними. Як вже вказувалось вище, право володіння на нерухомість виникає лише після його державної реєстрації у Держреєстрі. Якщо нема реєстрації, нема речового права, а тому положення про захист права власності та інших речових прав не можуть бути поширені на такого суб'єкта.

«13. ... Відповідачем за позовом про визнання права власності за набувальною давністю є попередній власник майна або його правонаступник. У разі якщо попередній власник нерухомого майна не був і не міг бути відомим давнісному володільцю, то відповідачем є орган, уповноважений управляти майном відповідної територіальної громади».

Дійсно, враховуючи практику, що вже склалась, ВССУ визначився щодо «призначення» відповідачами по таких справах органів управління майном територіальних громад. Водночас, таке припущення потребує обґрунтування із посиланням на законодавство (можливо, із посиланням на норми ЦК про відумерлу спадщину). Крім того, органи управління майном громади можуть бути різними, з урахуванням вимог Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» та відповідних рішень місцевих рад. Тому питання визначення конкретного органу в якості належного відповідача треба розглядати індивідуально у кожному випадку.

«20. З метою забезпечення знаходження майна у володінні відповідача на час судового розгляду позову про право на це майно суд за клопотанням позивача може вжити заходи забезпечення позову (статті 151, 152 ЦПК), наприклад, накласти арешт на майно, заборонити відповідачеві вчиняти певні дії (розпоряджатися і/або користуватися спірним майном), заборонити державному реєстратору прав на нерухоме майно вносити зміни до Державного реєстру речових прав на нерухоме

майно, передати спірне майно на зберігання третій особі відповідно до статті 976 ЦК (судовий секвестр)».

Враховуючи відсутність законодавчого визначення змісту «арешту майна» та не визначеність його відмінностей від заборони вчиняти дії щодо розпорядження та користування майном, хотілося б, щоб ВССУ більш предметно роз'яснив дане питання, зокрема, щодо накладення арешту на земельні ділянки.

«23. ...Факт знаходження майна на балансі особи сам по собі не є доказом права власності чи законного володіння»

Це дійсно так, проте зазвичай, «постановка на баланс» земельних ділянок чи іншого майна здійснюється на певній правовій підставі, а не свавільно (якщо не йдеться про злочин чи інше правопорушення з боку певних осіб). Тому у кожному разі це треба детально досліджувати, вірно встановивши юридичну підставу (титул), що надав можливість «поставити майно на баланс» в установленому порядку.

«25. ...Водночас запис у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно про право власності відчужувача не є безспірним доказом добросовісності набувача»

У сучасних умовах, при презумпції правомірності набуття права власності та презумпції вірності записів, внесених до Держреєстру, такі висновки ВССУ потребують пояснення. Здається невинуватим покладати на набувача якісь додаткові обов'язки щодо спілкування із сусідами, звернення до приватних детективів тощо. Йому дійсно достатньо тієї інформації щодо відчужувача, що міститься у Держреєстрі. Тому висновки ВССУ треба розуміти не як вказівку на необхідність вчинення набувачем якихось додаткових дій, а як про принципову можливість поставити під сумнів добросовісність набувача у разі, якщо відчужував мав запис у Держреєстрі. Йдеться, наприклад, про випадки неправомірного внесення запису за відчужувачем, про що набувач (в силу службових обов'язків тощо) добре знав.

«... Відповідач може бути визнаний добросовісним набувачем за умови, що правочин, за яким він набув у володіння спірне майно, відповідає усім ознакам дійсності правочину, за винятком того, що він вчинений при відсутності у продавця права на відчуження.»

Проблема полягає в тому, що сьогодні багато актів законодавства, особливо «публічного» висувають по суті непотрібні (зайві) вимоги до тих чи інших видів договорів.

Формально, такі договори можна вважати такими, що не відповідають усім вимогам дійсності правочину, адже відсутність якоїсь «істотної» умови може вказувати на оспорюваність договору чи його неукладеність, нікчемність. Здається, недодержання деяких, нібито «істотних» умов договору, тобто тих, що не заважають належному виконанню договору або щодо яких сторони погодились шляхом надання

«мовчазної згоди», не має впливати на добросовісність набувача. Утім, суд має у кожному конкретному випадку давати оцінку таким обставинам.

«26. ... Оскільки відповідно до статті 1218 ЦК до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті, право на витребування майна від добросовісного набувача, передбачене статтею 388 ЦК, переходить до спадкоємців власника.»

Видається, що таке право належить виключно власникові речі або особі, що має речове право. Отже треба знов зробити застереження, що згідно з реєстраційним законом речові права на нерухомість виникають виключно після їх державної реєстрації.

«27. Якщо під час розгляду позову про витребування рухомого майна із чужого незаконного володіння судом буде встановлено, що підставою виникнення права власності позивача є нікчемний правочин і відсутні інші підстави виникнення права власності, суд відмовляє в задоволенні позову незалежно від того, чи пред'являвся зустрічний позов про оспорення правочину, оскільки відповідно до частини другої статті 215 ЦК нікчемний правочин є недійсним незалежно від визнання його таким судом. Така сама оцінка може бути надана судом незаконному акту державного органу чи органу місцевого самоврядування, який покладено в основу виникнення права власності особи на рухоме майно.»

Здається, що ВССУ став на позицію про відсутність потреби у окремому оскарженні акту владного органу в порядку адміністративного судочинства. У разі його невідповідності закону суди можуть вважати такі акти «нікчемними». Залишається незрозумілим, чому суд дійшов таких висновків лише щодо рухомого майна.

«29. Суди під час розгляду спорів про поновлення права на частку у спільній частковій власності повинні враховувати, що якщо частка у праві спільної часткової власності за відплатним договором придбана в особи, яка не мала права її відчужувати, про що набувач не знав і не міг знати, то особа, яка втратила частку, має право вимагати поновлення права на неї за умови, що ця частка вибула з її володіння не з її волі. Під час розгляду такої вимоги за аналогією закону (частина перша статті 8 ЦК) підлягають застосуванню положення статей 387, 388 ЦК. На таку вимогу поширюється загальний строк позовної давності, передбачений статтею 257 ЦК.»

Дуже цікаві висновки ВССУ, що відносяться і до таких об'єктів прав, як земельні ділянки. До подібних висновків схиляється практика вирішення подібних спорів у РФ Проте, на нашу думку, висновки ВССУ потребують додаткового обґрунтування, виходячи з положень діючого законодавства. Так, традиційно вважається, що витребувати за віндикаційним позовом можна лише речі (володіння речами), а не права на частки.

Використані джерела:

1. Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав: постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.02.2014 № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до док.: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-14/print1364387235045754>.

2. О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 .04.2010 № 10/22 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до док.: <http://www.rg.ru/2010/05/21/prava-dok.html>.

3. Див.: Носік В.В. Право власності Українського народу на землю: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2006. - 544 с.

4. Висновки Верховного Суду України, викладені в постановах, ухвалених за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 Цивільного процесуального кодексу України, за II півріччя 2013 р. від 01.02.2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу до док.: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/n0001700-14/print1383053209437527>.

5. Див.: Мірошніченко А.М. Захист права власності на земельну ділянку за допомогою віндикаційного та негаторного позовів через призму специфіки володіння земельною ділянкою // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України: Серія «Право» / Ред. кол.: Д.О.Мельничук (голова) та ін. - Київ, 2010. - Вип. 156. - С.120-124; Мірошніченко А.М. Обрання належного способу захисту прав на земельні ділянки // Адвокат. - 2011. - № 1 (124). - С.26-31; Мірошніченко А.М., Попов Ю.Ю., Ріпенко А.І. Земельні ділянки: віндикація, реституція, кондикція, визнання прав (співвідношення та деякі проблемні питання) // Часопис Академії адвокатури України. – 2012. - № 16 (3'2012). – 24 с.

У статті розглянуто окремі проблемні питання захисту речових прав на земельні ділянки. Проаналізовано деякі судові акти з цих питань. Сформульовано висновки та пропозиції стосовно тлумачення окремих положень чинного земельного та цивільного законодавства.

Ключові слова: речове право, земельна ділянка, державна реєстрація прав, постанова суду.

В статье рассмотрены отдельные проблемные вопросы защиты вещных прав на земельные участки. Проанализированы некоторые судебные акты, касающиеся данных вопросов. Сформулированы выводы и предложения по толкованию

отдельных положений действующего земельного и гражданского законодательства.

Ключевые слова: *вещное право, земельный участок, государственная регистрация прав, постановление суда.*

The article discusses some problems of proprietary rights to land parcels protection. The article analyzes some court decisions related to these issues. Some conclusions and suggestions on the interpretation of certain provisions of existing land and civil laws are formulated.

Key words: *property right land parcel, state registration of rights, court decision.*

**Марусенко Роман Ігорович**

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри земельного та аграрного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

***Режим персональних даних та деякі особливості
навчального процесу у вищих навчальних закладах***

З 2011 року набрав чинності Закон України „Про захист персональних даних” (надалі – Закон), присвячений режиму відомостей про фізичну особу (якщо остання може бути ідентифікована) – її персональним даним. Наведений Закон спричинив ситуацію, за якої на даний час отримання інформації від фізичних осіб в багатьох сферах суспільного життя обумовлюється необхідністю надання ними письмової згоди на обробку власних персональних даних.

Реалізація норм закону, на перший погляд, виглядає простою. Водночас кваліфікація окремих ситуацій навчального процесу у вишах в частині їх підпадання під дію Закону є неоднозначною. Крім того, буквально слідування нормі закону нерідко є ускладненим та конфліктує із окремими формами організації навчання у таких закладах.

Метою даної публікації є аналіз можливості поширення режиму персональних даних на окремі відомості та інформацію, що створюється в процесі та за результатами навчання і характеризує успішність особи; аналіз норм Закону з огляду на їх вплив на відносини, пов’язані зі здійсненням права на освіту.

Фахівці, які стикнулись із вказаним питанням, вже висловлювались стосовно особливостей застосування норм Закону в контексті навчального процесу і реалізації права на освіту (Ю. Карлаш [1], О. Мервінський [2], М. Різак [3], О. Северин [4] та інші). Водночас, видається, що заявлена проблематика може бути розкрита й з іншого боку, зокрема, через призму аспектів навчального процесу, із ґрунтовним дослідженням яких у зв’язку з прийняттям Закону авторові стикатись не доводилось.

Основне питання, на яке видається необхідним відповісти: чи поширюється дія норм Закону на процес оцінювання у виші, а так само на операції з результатами оцінювання та якою мірою? Для цього спершу слід визначити, чи відносяться відповідні дані до персональних даних, як слід кваліфікувати дії зі створення та використання за призначенням такої інформації, чи покриває сфера дії Закону зазначені вище відносини, та які дії слід вчиняти учасникам освітянських відносин для того, аби їх поведінка відповідала вимогам Закону. Потреба у вирішенні цих питань і зумовила проведення даного дослідження.

У відповідності до ст. 2 Закону персональними даними, на які розповсюджується дія закону, вважаються будь-які відомості про особу, якщо її можна ідентифікувати

як таку, якої стосуються ці відомості. Власне під відомостями розуміються певні факти, дані про дійсні, невигадані події, явища; те, що об'єктивно існує [5].

Фахівці стверджують [6] про доцільність поділу персональних даних на різновиди з огляду на те, що одні дані хоча і є персональними, проте використовуються в багатьох сферах життя і фактично не становлять приватної інформації (дата народження, громадянство, місце проживання), тоді як інші, безумовно, пов'язані з правом на приватність (дані про стан здоров'я тощо). Варто зауважити, що ст. 11 ЗУ „Про інформацію” усі перелічені дані відносить до конфіденційної інформації про особу, збирання та поширення якої без згоди самої особи можливе лише у чітко визначеному переліку випадків. Крім того, особливі вимоги визначені по відношенню до т.зв. „чутливих” персональних даних (ст. 7 Закону).

Окрім фактів та даних, на які однозначно поширюється дія Закону (ст. 1 ЗУ „Про інформацію”), слід згадати про оціночні судження, які такими фактами не є. Ч. 2 ст. 30 ЗУ „Про інформацію” визначає, що *„[о]ціночними судженнями, за винятком наклепу, є висловлювання, які не містять фактичних даних, критика, оцінка дій, а також висловлювання, що не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані, зокрема з огляду на характер використання мовно-стилістичних засобів (вживання гіпербол, алегорій, сатири)”*.

Звідси випливає, що оціночні судження про особу (в нашому випадку - учасника освітнього процесу) не повинні відноситись до відомостей, що можуть мати режим персональних даних, оскільки не становлять фактів дійсності. Наголосимо, що до оціночних суджень віднесено, зокрема, *оцінку дій*, а також *критику*. Це важливо в частині кваліфікації дій викладача по оцінці знань та навичок студентів, про що йтиметься нижче.

Також існує цікаве обґрунтування того, що даними про особу, на які поширюється дія Закону, є відомості, які в сукупності однозначно ідентифікують фізичну особу або які хоча не надають можливості ідентифікувати однозначно фізичну особу, проте маючи доступ до цих відомостей в сукупності, можна *без надмірних витрат* часу, фінансових ресурсів, фізичних зусиль однозначно ідентифікувати її за допомогою додаткових засобів [1]. При цьому окрім прізвища та ініціалів вказується на необхідність додаткової однозначної ідентифікації (зображення, ідентифікаційний номер тощо), адже саме лише прізвище не є унікальним ідентифікатором.

Дійсно, п. 1.2. та 1.3. Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R 89(2) [7], на яку посилаються прихильники такого тлумачення, вказує на отримання інформації про особу без надмірних зусиль як визначальну ознаку для кваліфікації даних як персональних. Таке тлумачення може бути побічним обґрунтуванням сутності таких даних і їх відмежуванням від інших відомостей. Воно узгоджено з

Конвенцією про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних від 28.01.1981, яка і зумовила ухвалення Україною досліджуваного нами Закону „Про захист персональних даних”. Екстраполяція наведеного тлумачення на навчальний процес дозволяє зробити перший важливий висновок: список прізвищ із оцінками в навчальному процесі навряд чи підпадатиме під формальні ознаки інформації, що без зайвих зусиль та отримання додаткових даних дозволяє достеменно ідентифікувати саме певних осіб, а не, приміром, інших осіб з тотожними прізвищами. Звісно, наведений висновок ґрунтується на викладеному вище тлумаченні, яких насправді може бути чимало.

Наступне питання: чи відносяться результати оцінювання особи в навчальному процесі до оціночних даних чи належать все ж таки до фактів дійсності, що підпадають під дію Закону? Питання непросте, оскільки оцінка якості навчання може бути формалізована за результатами контролю знань (по дискретній шкалі в числовій формі – бали, у відмітках – „добре”, „відмінно” тощо), а так само може не бути формалізованою: студентові на занятті вказується на недоліки та помилки; на необхідність доопрацювання чи виправлення представленого результату роботи, наголошується на зонах подальшого розвитку тощо. Цим самим відповідь оцінюється відносно певного еталону – очікуваної відповіді. До даних про рівень знань варто віднести і самі письмові роботи студентів (тестові, творчі завдання, контрольні, реферати, підписані студентом і містять результат оцінювання, а так само не оцінені, але ті, з яких можна зробити висновок про рівень знань конкретного студента, себто отримати цю інформацію).

Визначальним актом щодо розуміння змісту персональних даних є ЗУ „Про інформацію”. Загалом забороняється збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її попередньої згоди, окрім винятків, про які йтиметься далі. До конфіденційної інформації ст. 11 даного закону серед іншої відносить інформацію про освіту. ЗУ „Про освіту” визначає освіту не лише як результат, але й як процес навчання, здобуття знань, вмінь, навичок. Тому, на наше переконання, інформація про освіту включає дані про оцінку рівня знань за результатами як поточного, так і підсумкового контролю.

Вважаємо, що оцінювання викладачем рівня знань особи саме по собі не становить фактичних, а тому й персональних даних до моменту фіксації (формалізації) у документах, у яких відповідно до порядку організації навчального процесу такий результат оцінювання повинен відмічатись. З моменту фіксації оцінка є фактом, зафіксованим навчальним закладом; фактом, який впливає на подальше навчання студента і сприймається як такий усіма третіми особами. Відтак усне оголошення результатів оцінювання, зафіксованих у таких документах буде використанням вже наявних фактів.

Результати оцінювання особи в навчальному процесі хоча і є даними про особу, про оцінку вишем її знань, навичок, вмінь у певній сфері, проте вони мають цікаву особливість – такі дані формуються, створюються працівниками навчального закладу, а не повідомляються особою, якої такі дані стосуються. Їх зміст невідомий до початку обробки, оскільки обробка суміщена в часі зі створенням таких даних викладачем, який проводить оцінювання.

За нормами Закону (ст.2) фіксація викладачем результатів оцінювання є обробкою даних, а саме – їх збиранням. Не має сумнівів у тому, що викладачеві для формування оцінки необхідна певна інформація (відповідь студента) чи її відсутність. Лише за допомогою отримання/неотримання такої інформації від самого студента відбувається створення одиниці даних про результат співставлення рівня знань студента із стандартизованою шкалою оцінювання - здійснюється формування оцінки (персональних даних про рівень знань, вмінь, навичок).

Таким чином, можна зробити висновок, що зафіксована у визначеному порядку оцінка є одиницею даних про особу, тоді як судження про знання студента є оціночними твердженнями.

Ще одне важливе питання, на яке слід відповісти: чи застосовується до даних, отримуваних в навчальному процесі, процедура поводження з даними, визначена Законом.

Відповідно до ст. 11 Закону підставою для обробки персональних даних про особу може бути, зокрема:

- 1) згода суб'єкта персональних даних на обробку його персональних даних;
- 2) укладення та виконання правочину, стороною якого є суб'єкт персональних даних або який укладено на користь суб'єкта персональних даних чи для здійснення заходів, що передують укладенню правочину на вимогу суб'єкта персональних даних.

Крім того, Закон містить низку винятків, коли обробка персональних даних може відбуватись за іншою процедурою (про що йтиметься далі).

Проаналізуємо викладені вище підстави.

Інформація, яка створюється в процесі навчання може тлумачитись в розрізі конфіденційної інформації про особу як складова інформації про освіту (ст. 11 ЗУ „Про інформацію”, Рішення Конституційного Суду України від 30.10.1997 № 5-зп). Звідси випливає, що інформація про відвідування студентом лекцій, практичних занять тощо також може бути, хоча й не так однозначно, кваліфікована як конфіденційна. Цікавим є той факт, що сама по собі ця інформація може сприйматись і фіксуватись без відома особи, оскільки даний факт очевидний та доступний для спостереження для великого кола суб'єктів (студентської групи). Таке спостереження не підпадає під обмеження, встановлені Законом. Разом із тим, зафіксована і систематизована така інформація буде підпадати під дію норм, наведених вище

(наприклад, фіксація старостою групи даних про відвідування студентами занять). Відповідно до ст. 13 Закону навіть дві відмітки про успішність одного студента чи відвідування ним занять вважаються базою персональних даних з усіма наслідками, визначеними законом.

По-іншому вирішується питання державної атестації. Чинне Положення про організацію навчального процесу у вищих навчальних закладах, затв. наказом Міністерства освіти від 2.06.1993 N 161, передбачає, що складання державних іспитів або захист дипломних проектів проводиться на відкритому засіданні державної комісії. Результати захисту дипломних проектів, а також складання державних іспитів, оголошуються у цей же день після оформлення протоколів засідання державної комісії (п. 3.12), тобто доступні для широкого кола зацікавлених осіб.

Відмітимо той факт, що розроблене міністерством Положення про порядок створення та організацію роботи державної екзаменаційної комісії (надалі - ДЕК) у вищих навчальних закладах України передбачає „оголошення секретарем державної комісії прізвища, імені та по батькові студента, теми його проекту (роботи)” та „оголошення здобутків студента (наукових, творчих, рекомендацій випускової кафедри)” [8].

В той же час проект даного Положення передбачав оголошення й загальних результатів навчання за програмою (кількість оцінок “відмінно”, “добре”, “задовільно”) [9]. Можна констатувати, що міністерство не вбачає доцільним відкрите поширення інформації про результати навчання, хоча протилежна позиція була зафіксована у проекті Положення.

Думки фахівців Державної служби України з питань захисту персональних даних [10] та Міністерства освіти і науки України [11] щодо необхідності отримання згоди на обробку персональних даних в освітній сфері розійшлися, що також свідчить про неоднозначність наявних підходів.

В контексті розглядуваних питань важливо розкрити зміст двох понять: згоди на обробку персональних даних (ч.6 ст.6 Закону) та на поширення персональних даних (ст.14 Закону).

Обробка даних про результати навчання є складовою освітнього процесу, а тому без неї оцінювання результатів навчання неможливе. Рівень успішності покладається в основу здобуття освіти певного ОКР (ст. 13 та ін. ЗУ „Про вищу освіту”). Поширення таких даних може мати місце з метою реалізації права особи на освіту (поширення з метою заповнення облікових та звітних документів, відомостей про успішність тощо). Відзначимо, що поширення персональних даних є складовою їх обробки. Вищевказані випадки поширення даних охоплюються змістом навчального процесу, а тому отриманням вищем згоди на це може вважатись договір зі студентом про надання освітніх послуг.

Що стосується згоди на обробку тих даних, які визнаються законом персональними, то згода особи на їх обробку має бути висловлена у письмовій формі або у формі, що дає змогу зробити висновок про її надання, тобто не обов'язково у письмовій, документованій формі (ст. 2 Закону). Вважаємо, що саме по собі відвідування студентом занять і згода з процедурою оцінювання у відповідному виші може кваліфікуватись як конклюдентні дії, які є активними, а тому однозначно підтверджують, що особа не заперечує проти особливостей навчального процесу, зафіксованих в локальних актах навчального закладу, за якими проводяться заняття. Такі дії, на нашу думку, можуть вважатись згодою на обробку персональних даних, висловленою *„у формі, що дає змогу зробити висновок про її надання”*.

Винятки можуть мати місце у разі, якщо особа прямо заявляє про бажання зберігати у таємниці результати свого навчання (якщо студент з особистих чи інших причин не бажає їх розголошувати), і якщо акти, що регламентують процес навчання, це дозволяють.

Розглядувані ситуації зумовлюють необхідність пошуку компромісу між правом на доступ до інформації та правом на приватність, на захист персональних даних. Як вказують фахівці [12], результат досягнення такого компромісу в різних країнах схиляється на користь або одного, або іншого права – одноманітна модель відсутня. Вважаємо, що Україна може й повинна орієнтуватись на власні правові реалії та визначати пріоритет між вказаними правами в контексті норм Конституції України та духу закону.

Висловлюються думки й про необхідність повної заборони публічного оприлюднення персональних даних про результати оцінювання знань [3]. Зокрема, вказується на те, що така інформація в певних випадках може стати приводом для насмішок, знущань тощо. З аргументами не можна не погодитись, однак позиція щодо необхідності повної заборони оприлюднення результатів оцінювання знань видається нам такою, що не враховує кілька важливих факторів.

По-перше, режим відповідної інформації, яка апріорі забезпечує реалізацію права на освіту (є підставою для державної атестації, фіксується в додатку до диплому тощо) обумовлює необхідність використання даних про оцінювання в контексті мети навчання.

По-друге, з педагогічної точки зору рівень знань студента формується не лише за допомогою вказівки викладача на їх якість (оцінку), а й шляхом оцінювання студентом відповідей інших осіб (одногрупників) та співставлення їх відповідей та оцінок з подальшим корегуванням власної позиції. Сутність групового навчання, особливо на гуманітарних факультетах, передбачає необхідність взаємодії, інтеракції у групі і відповідно вимагає зворотного зв'язку з боку викладача – оцінювання таких дій. Відповіді одногрупників в комплексі із озвученими оцінками та при необхідності

аналізом помилок та переваг також становлять елемент навчальної діяльності, чим не можна нехтувати.

По-третє, Болонський процес, відповідно до якого трансформується система оцінювання в Україні, передбачає градацію результатів оцінювання у відповідності до статистичної шкали з отриманням відповідної відмітки (А, В, С, D, Е тощо), де розподіл відміток є статистичним – „кращі 10% отримують „А”, наступні 25%” – „В” і т.д [13]. Відтак, маємо конкурентну систему, за якої студент мусить бути обізнаним про оцінки інших для того, аби знати власну позицію і мати можливість покращити власний бал. В протилежному разі він не матиме змоги співставляти власні успіхи з досягненнями одногрупників і не уявлятиме, до якої групи за шкалою ECTS має шанс потрапити.

Наведені аргументи свідчать на користь того, що принаймні у студентській групі дані про результати оцінювання не повинні мати режим конфіденційної інформації.

Попри викладене зауважимо, що на даний час в багатьох навчальних закладах України створюються електронні бази даних результатів успішності. За допомогою такої системи студент має доступ до даних про себе. Це усуває необхідність в оголошенні результатів оцінювання в аудиторії і дозволяє зняти деякі спірні питання (щодо режиму відповідних даних), хоча і ставить інші – фактори, вказані вище. Вважаємо, що використання таких баз даних не є панацеєю та не дозволяє задовільним чином розв’язати питання співвідношення права на освіту із правом на захист персональних даних.

Слід також проаналізувати таку підставу обробки персональних даних як укладення та виконання правочину, стороною якого є суб’єкт персональних даних або який укладено на користь суб’єкта персональних даних (ст. 11 Закону).

Зобов’язання у процесі навчання відповідати усно, готувати письмові відповіді та подавати результати своєї роботи для оцінювання викладачеві як сутність навчання та передумова для оцінювання у виші визначаються порядком організації навчального процесу. Це частина процесу навчання, суть якого погоджена сторонами при вступі абітурієнта до навчального закладу в розумінні п.1. ч.1 ст.11 Закону. Вважаємо, що це в свою чергу дозволяє оминати процедуру отримання окремої письмової згоди на обробку персональних даних, оскільки сторони домовились про надання освітніх послуг зі сторони вишу та додержання вимог організації навчального процесу зі сторони студента (п.3 ч.1 ст.11 Закону).

Окремі дослідники небезпідставно вважають, що поводження з персональними даними в навчальному процесі не підпадає під загальну процедуру Закону ще й зважаючи на інші його норми. Так, стверджується, що необхідність отримання згоди на обробку персональних даних не поширює свою дію на сферу освіти, оскільки Закон містить виняток щодо діяльності “творчим працівником”. При цьому ст.1 ЗУ “Про професійних творчих працівників та творчі спілки” до професійних творчих

працівників відніс осіб, що провадять творчу діяльність на професійній основі, результатом якої є створення або інтерпретація творів у сфері, зокрема, **культури**. Далі із посиланням на ст.1 ЗУ “Про культуру” робиться висновок, що оскільки культура включає освіту, а ЗУ “Про культуру” у визначенні поняття “культура” є спеціальним, то Закон не регламентує і не обмежує діяльність зі створення баз персональних даних працівниками сфери освіти для їх *професійної творчої діяльності у галузі освіти як частини культури* [14].

Маємо зауважити, що хоча формально наведена позиція є логічною, проте положення закону можуть тлумачитись і у більш вузькому контексті, в якому до професійних творчих працівників викладачі не відносяться. Наведене обґрунтування може бути сприйняте з певними застереженнями ще з огляду на Директиву 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради "Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних" від 24.10.1995, яка серед інших актів зумовила прийняття Закону. В ній в контексті творчості йдеться про художню та літературну творчість, що підтверджує наше припущення про недоцільність розширеного тлумачення категорії (професійних) творчих працівників. Необхідність прийняття Закону свого часу в пояснювальній записці до законопроекту обумовлювалася тим, що відсутнє чітке та скорельоване з європейським законодавством визначення персональних даних та є необхідність приведення національного законодавства у відповідність до Конвенцій та Директив, що визначають європейське уявлення про права і свободи людини в сфері персональних даних [15].

Окрім наведених тлумачень сутності та режиму персональних даних слід звернути увагу й на інші норми Закону, цікаві в контексті навчального процесу. Так, Закон, формально закріплюючи *право* на визначення особою долі власних персональних даних, фактично передбачає *обов'язок* надання такої згоди задля можливості реалізації певних прав. Наприклад, при наданні інформації про себе навчальному закладові при вступі особа змушена подавати заяву про можливість використання персональних даних. Неподання такої заяви спричиняє неможливість реалізації інших прав, а звернення до суду, з усією очевидністю наштовхнеться на законну позицію вишу, який не матиме права без згоди особи на обробку її даних збирати останні, тобто прийняти документи від вступника. Таким чином, мусимо констатувати, що фактично Законом визначено саме *обов'язок* надання особою згоди на обробку власних персональних даних, якщо така особа бажає реалізувати свої права у випадках, які потребують використання зазначених даних.

Наш висновок можна проілюструвати і нормативно. В окремих випадках надання згоди на обробку персональних даних всупереч нормі Закону про добровільне надання такої згоди, а також положенням ст. 32 Конституції України перетворюється на обов'язок, умову, в залежність від виконання якої ставиться

реалізація права на освіту (випадки вимагання згоди на обробку персональних даних для оформлення документів про освіту [16], позиція щодо необхідності надання такої згоди [17] та ін).

Так, у Положенні про єдину державну електронну базу з питань освіти, затв. ПКМУ від 13.07.2011 № 752 вказується: „[у] разі збирання персональних даних про фізичних осіб - учасників освітнього процесу *забезпечується* (курсив наш – М.Р.) отримання їх згоди на обробку відповідних даних в Єдиній базі”. *Забезпечення отримання згоди, на наш погляд, не тотожне її наданню на розсуд особи.*

Отже, буквальне тлумачення положень останнього документа вказує на те, що надання згоди в ньому має режим обов'язку, а не права особи, яка здобуває освіту і має намір отримати документ державного зразка про це. Фактично реалізація права на освіту (отримання документа про здобуту освіту) ставиться в пряму залежність від надання згоди на обробку персональних даних. З іншого боку, права „вимагати погодитись” (обов'язку надати згоду), що би, звісно, порушувало низку вже процитованих норм законодавства, Закон не містить.

Наведений вище висновок щодо непадіння даних про успішність, створюваних в процесі навчання, під загальну процедуру обробки персональних даних не є єдиною можливою позицією. Питання спірне, тому воно і стало предметом аналізу в даній публікації. Обстоюючи викладену вище позицію про відсутність потреби в отриманні згоди на використання даних про успішність особи в навчальному процесі та для мети останнього, автор вважає за необхідне також зупинитись на окремих негативних наслідках протилежного підходу, якщо взяти його за основу.

До освітнього процесу неможливо прямо застосувати ст. 8 Закону про право особи заперечувати проти збору даних (такими даними можуть бути відомості про відвідування занять), вимагати знищення чи корегування даних про результати оцінювання без шкоди праву на освіту тощо (на противагу праву на зміну та знищення інформації про особу, передбаченому ст. 8 Закону).

Закон не деталізує процедури та особливостей знищення персональних даних. Це особливо актуально для персональних даних за умови широкого тлумачення (тестові, контрольні та самостійні роботи, підписані студентами та оцінені викладачем). Оперування такими роботами виявиться неможливим.

Не останнім за важливістю є положення ст. 8 Закону про право вносити застереження стосовно обмеження права на обробку своїх персональних даних під час надання згоди на їх обробку. Таке застереження також може нівелювати саму згоду, тоді як відмовити у використанні особою такого права буде порушенням норм закону. Які особливості використання таких персональних даних в навчальному процесі – законодавець не роз'яснює.

У зв'язку з вищевикладеним звертає на себе увагу обставина, яку вже помітили фахівці [18]: режим (випадки) поширення персональних даних з прийняттям Закону не змінився – ст. 32 Конституції України вже тривалий час констатує, що „[н]е допускається збір, зберігання, використання та розповсюдження конфіденційної інформації про особистість без її згоди, **крім випадків, визначених Законом лише в інтересах національної безпеки, економічних благ та прав людини**”. Маємо два варіанта тлумачення: 1) до набуття чинності Законом дане положення просто ігнорувалось, і ми маємо численні триваючі порушення, за які слід притягувати порушників до відповідальності, чи 2) інформація в сфері освіти є *випадком, визначеним Законом в інтересах прав людини*, що є винятком із загального правила і не передбачає необхідності отримання згоди на обробку відповідної інформації.

За другим з наведених варіантів тлумачення при незмінності норми Конституції, яка до того ж продубльована як у ч. 2 ст. 11 ЗУ „Про інформацію”, так і у ч.6 ст.6 Закону, вимога надання згоди на обробку персональних даних, є неправомірною взагалі.

На наше переконання, зміст норм наведених нормативних актів вказує саме на другий варіант тлумачення як єдино доцільний та такий, що відповідає духу положень Конституції України в розрізі їх телеологічного тлумачення, включаючи Рішення КСУ [19] та практику застосування з 1996 року.

Як бачимо, недосконалість норм Закону може призвести до абсолютно невиправданого звуження можливостей реалізації права на інформацію, адже за буквальною тлумаченням його норм до баз персональних даних відноситься навіть список групи студентів, який дозволяє отримати дані про освітній рівень особи, її спеціальність тощо, з усіма наслідками створення бази персональних даних.

Невирішеним у Законі лишається питання про надання згоди на обробку персональних даних особами, дані яких сформовані до набрання ним чинності. За принципом дії нормативних актів у часі очевидно, що така згода потрібна лише для майбутніх дій, а вони можуть мати місце. Наприклад, отримання довідок і копій документів з архіву, обробка державою статистичної інформації про освіту. Чи зумовлюватиме це необхідність відібрання згоди на обробку персональних даних в індивідуальному порядку чи системну роботу – питання відкрите. Питання стає більш цікавим, якщо згадати, що до обліковуваних відомостей відносяться й дані, сформовані за часів СРСР. Маємо ситуацію: правовий режим даних, визначений Конституцією України, не змінився, проте поводження з ними стало обтяженим додатковими діями.

Незрозумілою лишається ситуація з відкликанням раніше наданої згоди на обробку даних, на що, безумовно (ст. 8 Закону), має право особа. Як бути із раніше зібраними даними, наявними в архівах, електронних базах на кшталт ІВС „Освіта”

тощо за умови відкликання раніше наданої згоди на їх обробку – невідомо. Це може призвести до краху ідеї суцільного і системного переведення інформації певних видів в електронну форму з метою централізованої обробки і забезпечення повноти такої інформації, оскільки після відкликання згоди персональні дані будуть підлягати знищенню. Перешкоджання ж законодавчо закріпленому праву заборонити обробку власних даних вважатиметься його порушенням.

Впровадження Закону фактично призвело до ускладнення реалізації прав, режим яких був вичерпно визначений Конституцією, декількома законами та рядом міжнародних актів, ратифікованих Україною. Реалізацію права на освіту „в обмін” на згоду обробляти персональні дані, конфіденційну інформацію (а фактично вимагання такої згоди) можна тлумачити як звуження існуючого права особи на визначення долі конфіденційної інформації про себе, що порушувало б ст. 22 Конституції України.

Наразі спостерігаємо ситуацію, при якій законодавцеві простіше ухвалити новий закон, яким передбачити винятки, визнавши фактично помилковою практику, яка склалася (включаючи числення роз’яснення державних органів та ряд підзаконних актів), ніж прямо вказати на помилку в концепції самого Закону. Наприклад, законопроектом “Про внесення змін до статті 27 Закону України “Про освіту” (реєстр. №2821 від 16.04.2013) пропонується закріпити можливість використання персональних даних без згоди осіб для друку освітніх документів. На нашу думку, потреба у прийнятті такого проекту зумовлена дещо звуженим та, на нашу думку, хибним тлумаченням норм Закону. Як показується в даній статті, випадок виготовлення документів про освіту без надання згоди на обробку персональних даних може бути обґрунтований принаймні винятками, встановленими ст. 32 Конституції, ст. 11 ЗУ „Про інформацію”, ст. 6 Закону – як випадок, визначений законом в інтересах реалізації прав людини (права на освіту). Щоправда існує тенденція і до вузького розуміння наведеного положення. Зокрема, Міністерство Юстиції України роз’яснює, що „під Законами розуміються всі інші Закони, які надають право на обробку персональних даних із зазначенням чіткого переліку таких даних” [20].

Насамкінець слід зауважити, що недоліків законодавства в частині режиму персональних даних набагато більше. Наприклад, якщо уважно поглянути на ч. 2 ст. 11 ЗУ „Про інформацію”, то вона дозволяє дії з конфіденційною інформацією про особу без її згоди у випадках захисту прав людини, тоді як у ст. 32 Конституції *захистом* прав винятки не обмежені. Відтак навіть ця норма закону звужує зміст конституційного припису, що є неприпустимим.

Узагальнити викладені висновки автора можна наступними тезами.

1. ЗУ „Про захист персональних даних” містить ряд недоліків. Крім того, його норми корегують режим даних, визначених Конституцією України, без врахування розробниками закону наслідків такого корегування, а також без врахування

особливостей реалізації права на освіту. У зв'язку із цим норми закону підлягають уточненню.

2. Нерозв'язаними лишаються питання відкликання згоди на обробку персональних даних, визначення винятків щодо такої обробки, знищення персональних даних в системі освіти, добровільності надання згоди у випадках, коли реалізація освітніх прав обумовлена необхідністю обробки персональних даних.

3. Отримувані у навчальному процесі та для реалізації права на освіту дані здебільшого мають режим персональних. В той же час їх обробка повинна здійснюватись з урахуванням винятків, визначених ст. 32 Конституції, ст. 11 ЗУ „Про інформацію”, ст. 6 ЗУ „Про захист персональних даних” без отримання окремої згоди всупереч практиці, яка почала з'являтися з набуттям чинності останнім законом.

Використані джерела:

1. Карлаш Ю. Обхід Закону України "Про захист персональних даних" шляхом його належного виконання? Чом би ні?! // [Електронний ресурс] // Режим доступу <http://ykarlash.blogspot.com/>

2. Мервинский А. Обработка персональных данных в сфере общего среднего и высшего образования // [Електронний ресурс] // Режим доступу jurliga.ligazakon.ua/news/2012/6/15/66257.htm

3. Різак М. Правові аспекти захисту персональних даних, які підлягають обробці в навчальному процесі // Віче. – 2012. - №8 [Електронний ресурс] // Режим доступу - <http://www.viche.info/journal/3079/>

4. Северин О. Коментар до Закону України Про захист персональних даних [Електронний ресурс] // Режим доступу - http://www.ztoopro.org.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=611:2011-12-17-09-28-06&catid=17:news&Itemid=35

5. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ „Перун”. – С. 135

6. Кравченко С. Протиріччя законів про захист персональних даних [Електронний ресурс] // Режим доступу <http://audit.lviv.ua/ua/print/content/89>

7. Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the protection of personal data used for employment purposes. Recommendation N.R (89)2 [Електронний ресурс] // Режим доступу - http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec%2889%292E.pdf

8. Наказ Міністерства освіти і науки України від 24.05.2013 № 584 // Офіційний вісник від 05.07.2013. - № 48.

9. Проект Положення про порядок створення та організацію роботи державної екзаменаційної комісії у вищих навчальних закладах України [Електронний ресурс] // Режим доступу [http://www.mon.gov.ua/img/zstored/files/4623\(1\).doc](http://www.mon.gov.ua/img/zstored/files/4623(1).doc)

10. Згоди на обробку даних особи в базі навчального закладу не потрібно – експерт [Електронний ресурс] // Режим доступу <http://www.nagolos.com.ua/ua/news/3650-zgodi-na-obrobku-danih-osobi-v-bazi-navchalnogo-zakladu-ne-potribno--ekspert>

11. Щодо згоди на обробку персональних даних. Лист МОНмолодьспорт № 1/9-302 від 19.04.12 року [Електронний ресурс] // Режим доступу <http://mon.gov.ua/ru//about-ministry/normative/1280->

12. Дуцик Д. Приватність vs Свобода слова [Електронний ресурс] // Режим доступу <http://osvita.mediasapiens.ua/material/4588>

13. ECTS Users' Guide. Brussels, 6 February 2009. - Brusels, 2009 – P. 41.

14. Северин О. Правові (де)конструкції: Закон “Про захист персональних даних” [Електронний ресурс] // Режим доступу <http://stop-x-files-ua.org/?p=4372>

15. Пояснювальна записка до проекту закону України про захист персональних даних [Електронний ресурс] // Режим доступу http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=32124

16. Згода на обробку персональних даних. Управління освіти Миколаївської міської ради [Електронний ресурс] // Режим доступу http://osvita-mk.org.ua/publ/zgoda_na_obrobku_personalnikh_danikh/1-1-0-436

17. Чи може навчальний заклад виготовити документи про освіту без надання батьками згоди на обробку персональних даних? Освітній портал [Електронний ресурс] // Режим доступу <http://www.osvita.org.ua/articles/1467.html>

18. Звернення в МОН щодо надання згоди на обробку персональних даних у навчальних закладах [Електронний ресурс] // Режим доступу <http://rodkom.org/2012/1459.html>

19. Рішення Конституційного Суду України від 30.10.1997 № 5-зп та від 20.01.2012 № 2-рп/2012.

20. Роз'яснення Мін'юсту України „Деякі питання практичного застосування Закону України "Про захист персональних даних" від 21.12.2011 [Електронний ресурс] // Режим доступу <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0076323-11>

Аналізується правовий режим персональних даних відповідно до Закону України „Про захист персональних даних”, особливості режиму даних, отримуваних в навчальному процесі; розглядаються наявні варіанти тлумачень конституційних та законодавчих положень щодо режиму персональних даних в контексті реалізації права на освіту.

Ключові слова: *персональні дані, право на освіту, згода на обробку персональних даних.*

Анализируется правовой режим персональных данных в соответствии с Законом Украины "О защите персональных данных", особенности режима данных,

получаемых в учебном процессе; рассматриваются имеющиеся варианты толкований конституционных и законодательных положений о режиме персональных данных в контексте реализации права на образование.

Ключевые слова: персональные данные, право на образование, согласие на обработку персональных данных.

Legal regime of personal data according to Law of Ukraine “On protection of personal data” is analyzed. Peculiarities of regime of data, collected in educational process, options of interpretation of legal and constitutional provisions in context of right on education are analyzed as well.

Keywords: personal data, right on education, consent on personal data processing.

**Міхровська Марина Станіславівна**

асистент кафедри адміністративного
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Центральні органи виконавчої влади:
питання оптимізації на сучасному етапі**

Проблемам реформування центрального рівня органів виконавчої влади в Україні в різний час приділяли увагу в своїх працях такі науковці, як В.Б. Авер'янов, В.М. Гаращук, В.П. Єрмолін, О.П. Западинчук, П.В. Кикоть, О.Д. Крупчан, Н.П. Тиндик, Д.М. Павлов, О.І. Сушинський, М.Ю. Тихомиров, О.Ю. Янчук та інші.

Концепція адміністративної реформи свого часу передбачала реформування системи центральних органів виконавчої влади шляхом «формування ефективної організації виконавчої влади як на центральному, так і на місцевому рівнях управління»[8]. Цим документом пропонувався комплекс заходів щодо реформування системи центральних органів виконавчої влади, спрямований, передусім, на уточнення та зміну функцій центральних органів виконавчої влади, перегляд їх статусу, і на цій основі - оптимізацію кількісного складу центральних органів виконавчої влади та запровадження нових форм і процедур діяльності центральних органів виконавчої влади та відповідних організаційних структур.

Крім того, передбачалося втілення принципу пріоритетності законодавчої регламентації функцій, повноважень та порядку діяльності органів виконавчої влади[8].

На виконання поставлених завдань, Державною програмою розвитку законодавства України до 2002 р., яка схвалена Постановою Верховної Ради України від 25 липня 1999 р., передбачалось прийняти закон про міністерства, інші центральні органи виконавчої влади у 2000 р. На виконання зазначеної позиції Державної програми був розроблений проект закону «Про центральні органи виконавчої влади» від 11.10.2002 № 2281[14]. Наступний законопроект було запропоновано у 2007 році, на виконання Плану заходів із виконання обов'язків та зобов'язань України, що випливають з її членства в Раді Європи, затвердженого Указом Президента України від 20 січня 2006 року №39, розроблено та надіслано на погодження до всіх міністерств, інших центральних органів виконавчої влади проект Закону «Про міністерства та інші центральні органи виконавчої влади». У 2008 році у зв'язку з прийняттям першого Закону України «Про Кабінет Міністрів України» та з урахуванням завдання, встановленого Указом Президента України від 1 квітня 2008 року N 289 «Про Цільовий план Україна - НАТО на 2008 рік у рамках Плану дій

Україна – НАТО»[13], Міністерством юстиції було видано наказ «Про створення робочої групи з підготовки законопроекту про центральні органи виконавчої влади» N 891/7[11].

Закон отримав назву «Про центральні органи виконавчої влади»[12] (далі - Закон) і був прийнятий лише у 2011 році. Цей Закон, відповідно до Конституції України, визначає основні завдання, принципи та організацію діяльності центральних органів виконавчої влади, їх види, структуру, компетенцію, місце у системі органів виконавчої влади, повноваження у відносинах з іншими державними органами, органами місцевого самоврядування, соціальне та інше забезпечення працівників центральних органів виконавчої влади. Необхідно зазначити, що ще до цього був виданий Указ Президента України від 09.12.2010 року № 1085 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади»[10], положення якого в майбутньому було взято як основу для зазначеного Закону.

За Законом, окрім міністерств та центральних органів виконавчої влади зі спеціальним статусом, інші центральні органи виконавчої влади утворюються для виконання окремих функцій з реалізації державної політики як служби, агентства, інспекції[12]. Основними завданнями центральних органів виконавчої влади є:

1. Надання адміністративних послуг;
2. Здійснення державного нагляду (контролю);
3. Управління об'єктами державної власності;
4. Внесення пропозицій щодо забезпечення формування державної політики на розгляд міністрів, які спрямовують та координують їх діяльність;
5. Здійснення інших завдань, визначених законами України та покладених на них Президентом України.

Центральні органи виконавчої влади можуть здійснювати одне або кілька визначених в переліку завдань. У разі якщо більшість функцій центрального органу виконавчої влади складають функції з надання адміністративних послуг фізичним і юридичним особам, центральний орган виконавчої влади утворюється як **служба**.

У разі якщо більшість функцій центрального органу виконавчої влади складають функції з управління об'єктами державної власності, що належать до сфери його управління, центральний орган виконавчої влади утворюється як **агентство**.

У разі якщо більшість функцій центрального органу виконавчої влади складають контрольно-наглядові функції за дотриманням державними органами, органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, юридичними та фізичними особами актів законодавства, центральний орган виконавчої влади утворюється як **інспекція**[12].

Проте зазначимо, що виконання лише трьох функцій з переліку забезпечується шляхом створення окремих видів органів, відтак, робимо висновки про те, що дві останніх є характерними для всіх центральних органів виконавчої влади однаковою

мірою. Зауважимо, що скасування державних комітетів і утворення замість них трьох нових видів центральних органів виконавчої влади було передбачено ще Концепцією адміністративної реформи 1998 року, проте, через різні об'єктивні та суб'єктивні чинники це було реалізовано лише 2010 року.

Діяльність із надання послуг, насамперед адміністративних, можна умовно назвати «публічно-сервісною» (від лат. «serve» — служити). Це діяльність відповідних державних і недержавних органів у забезпеченні умов для ефективної реалізації та захисту громадянами своїх прав, свобод і законних інтересів[1, С.77]. Відтак, якщо виходити з цих позицій, утворення такого виду центральних органів виконавчої влади як служба видається цілком логічним і обґрунтованим. Надання адміністративних послуг можна визначити основним стратегічним завданням для України, оскільки основною доктринальною ідеєю, яка пронизує усю Конституцію України, є те, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності публічної влади: державної влади та місцевого самоврядування. Так само було зазначено і в Концепції адміністративної реформи щодо переорієнтації діяльності цих органів з суто адміністративно-розпорядчих функцій на надання державних управлінських послуг громадянам та юридичним особам, а також забезпечення дії принципу верховенства права[8], оскільки влада повинна служити головній меті: забезпеченню прав і свобод людини і громадянина, утворенню всіх необхідних умов для їх реалізації та захисту[9, С.63]. Важливо те, що дефініція «послуги» досить точно акцентує увагу на виконанні обов'язків держави перед приватними особами. Питання надання адміністративних послуг довгий час залишалося «наріжним каменем» у вітчизняній системі державного управління. Разом з тим, саме надання якісних послуг є своєрідним індикатором орієнтації державної політики на реалізацію прав і свобод людини і громадянина. Так, ще на початку ХХ століття відомий правознавець Б.О. Кістяківський зазначав, що «сучасна держава не спроможна забезпечити реалізацію найбільш важливої групи суб'єктивних публічних прав громадянина – прав на позитивні послуги»[7, С.542]. А вчений О.П. Западінчук зауважив, що оптимізація центральних органів виконавчої влади – це «процес» приведення їх до стану, який давав би їм можливість найбільш ефективно виконувати свої завдання, функції, зокрема надавати адміністративні послуги[6].

Щодо існування окремого виду центральних органів виконавчої влади з контрольно-наглядовими функціями, як інспекція, зауважимо, що контроль за публічною адміністрацією є специфічним видом діяльності, який здійснюють державні органи та інші уповноважені законом суб'єкти з метою перевірки дотримання і виконання адміністрацією поставлених завдань та правомірності прийнятих нею рішень[15, С.143]. Контроль – функція управління, для якої характерна система спостереження і перевірки відповідності процесу

функціонування об'єкта прийнятим управлінським рішенням, віднайдення результатів впливу суб'єкта на об'єкт, допущених відхилень, корегування[4, С.234]. Контроль є перевіркою дотримання і виконання нормативно встановлених завдань, планів і рішень. Контрольна діяльність притаманна всім суб'єктам управління[2, С.458]. У системі контролю найсуттєвіші контрольні повноваження мають органи виконавчої влади. Це обумовлене тим, що система означених органів створена державою для повсякденного (безперервного) здійснення управлінської діяльності, складовою якої, як вже зазначалося, є контроль[5, С.217].

Державний контроль, який здійснюється центральними органами виконавчої влади, має свої особливості порівняно з контролем центрального органу виконавчої влади. Такий контроль відіграє важливу роль у зміцненні законності, виконавської дисципліни, підвищенні рівня організованості й порядку в сфері державного управління[3, С.107], то ж є очевидною необхідність існування такого виду органів, як інспекції. І, незважаючи на те, що назва «інспекції» в даному випадку видається цілком доцільною, варто зауважити, що Концепція адміністративної реформи передбачала існування інспекцій як урядових установ і організацій, що безпосередньо підпорядковані (входять до системи) відповідного міністерства або центрального органу виконавчої влади із спеціальним статусом[8], тобто інспекції були покликані виконувати функції виключно внутрішнього контролю всередині конкретного органу.

Крім того, деякі зауваження викликає відсутність розмежування законодавцем понять «нагляд» та «контроль», як це впливає з формулювання в Законі, хоча в теорії цим двом функціям притаманний різний зміст.

Щодо застосуванням законодавцем такого терміну як «агентство», то він є досить звичним для законодавства багатьох держав світу. Так, наприклад, серед європейських держав цю назву використовує Польща, де державні агентства є різновидом органів державного управління, так само визначає і законодавство Франції [15, С.52](аналог вітчизняних центральних органів виконавчої влади). Велика Британія на центральному рівні органів виконавчої влади так само визначає існування виконавчих агенцій (групи різноманітних органів, які діють переважно незалежно від міністрів в усіх випадках, коли не розглядають важливі політичні питання), і діють вони поряд із міністерськими і неміністерськими департаментами. В законодавстві США поняття «державних агенцій» є одним з ключових, класифікація центральних структур цієї держави виглядає наступним чином:

- департаменти (міністерства);
- виконавчі агенції;
- незалежні регулюючі комісії[15, С.53].

Зрозуміло, що в даному випадку йдеться про агенції не як про вид органів виконавчої влади, а взагалі про державні структури, на які покладається функція державного управління.

Проте, варто зауважити, що в українському законодавстві агентствам відведена абсолютно інша роль, ніж у перелічених державах, адже, як вже зазначалось, агентства як вид центральних органів виконавчої влади створюється для виконання, переважно, функцій з «управління об'єктами державної власності, що належать до сфери його управління»[12]. Разом з тим, необхідно нагадати, що поняттям «державне агентство» свого часу було запропоновано замінити назву «державний комітет», тобто, з самого початку для державних агентств передбачалася інша роль в системі органів виконавчої влади, як і для інспекцій.

Важливо нагадати, що питання управління державної власності так само є основною компетенцією іншого органу – Фонду державного майна України, який належить до центральних органів виконавчої влади зі спеціальним статусом. То ж питання належного розмежування функцій серед центральних органів виконавчої влади не втрачає своєї актуальності.

Варто також зауважити, що інколи задекларований даний Законом принцип, за яким назва центрального органу виконавчої влади обумовлює його функції і навпаки себе не виправдовує. Так, наприклад, виникає слушне питання, які саме послуги надає, наприклад, Державна пенітенціарна служба України, або Державна служба України з контролю за наркотиками? І хоча є зрозумілим, що значною мірою дані назви державних органів обумовлені історичними аспектами, проте, наразі, на коли Україна проходить етап «повторного реформування» центрального рівня органів виконавчої влади, важливо, щоб система органів виконавчої влади була побудована з дотриманням чіткості та несуперечливості.

Крім того, зазначений Закон не містить визначень щодо кожного з вказаних видів центральних органів виконавчої влади, що значно ускладнює розмежування компетенції таких органів, так само, як відсутність положень щодо взаємодії таких органів між собою, між цими органами та іншими центральними органами виконавчої влади, та з іншими органами, наприклад, з органами місцевого самоврядування.

Хоча функціональний розподіл центральних органів виконавчої влади, втілений в новому Законі, був передбачений ще Концепцією адміністративної реформи, а його реалізація на практиці є безсумнівним здобутком України в ході проведення адміністративної реформи, поки що, на нашу думку, вести мову про завершення реформування системи центральних органів виконавчої влади зарано, це буде можливим лише за умови усунення значних прогалин у чинному законодавстві, що стосується організації та діяльності центральних органів виконавчої влади.

Використані джерела:

1. Авер'янов В. Нові риси предмета українського адміністративного права / В. Авер'янов // Персонал. – № 4. – 2005. – С. 76–81
2. Административное право и процесс: полный курс. Второе издание, дополненное и переработанное/ Ю.А. Тихомиров.- М.: Изд. Тихомирова М.Ю., 2005. –697 с.
3. Андрійко О.Ф. Організаційно-правові проблеми державного контролю у сфері виконавчої влади [Текст] : Дис.. д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Андрійко Ольга Федорівна ; НАН України, Інститут держави і права ім. В.М.Корецького. - К., 1999-378 с.
4. Афанасьев В.Г.. Научное управление обществом. – М., Политиздат, 1968.
5. Гаращук Володимир Миколайович. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду в державному управлінні: дисертація д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2003.-412 с.
6. Западинчук О.П. Оптимізація центральних органів виконавчої влади в контексті проведення адміністративної реформи. – [Електронний ресурс] – <http://www.academy.gov.ua/ej/ej13/txts/Zapadynchyk.pdf>
7. Кистяковский Б. А. Государственное право (общее и русское) : [лекции] / Кистяковский Б. А. – СПб. : РХГИ, 1999.
8. Концепція адміністративної реформи в Україні. Офіційний вісник України від 11.06.1999 - 1999- № 21.-Ст. 32
9. Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту: Монограф./ Кол.авт.; За заг.ред. В.Б. Авер'янова.- Д.: Ін-т держ. і права ім. В.М. Корецького НАН України; Дніпроп. Держ. Ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2008. –588 с.
10. Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади: Указ Президента України від 09.12.2010 року № 1085 // Урядовий кур'єр.- 2010.- № 234
11. Про створення робочої групи з підготовки законопроекту про центральні органи виконавчої влади: Наказ міністерства юстиції України N 891/7
12. Про центральні органи виконавчої влади: Закон України від 17 берез. 2011 р. № 3166-VI// Відом. Верховної Ради України. – 2011. - № 38 .- Ст.385.
13. Про Цільовий план Україна - НАТО на 2008 рік у рамках Плану дій Україна – НАТО: Указ Президента України від 1 квітня 2008 року № 289
14. Проект закону “Про центральні органи виконавчої влади” від 11.10.2002 № 2281// Офіційний веб-сайт Верховної Ради України / Законодавство України. [Електронний ресурс].– Режим доступу:<http://gska2.rada.gov.ua>
15. Школик А.М. Порівняльне адміністративне право: Навч. Посібник для юридичних факультетів та факультетів міжнародних відносин. – Львів: ЗУКЦ, 2007. –308 с.

У статті аналізується сучасне законодавство в сфері організації та діяльності центральних органів виконавчої влади, зокрема, служб, агентств та інспекцій з огляду на проведення адміністративної реформи в Україні, підкреслено особливості видів таких органів. Визначено основні проблеми в даній сфері, сформульовано пропозиції щодо їх вирішення.

Ключові слова: *центральні органи виконавчої влади, служби, агентства, інспекції, адміністративна реформа, система органів виконавчої влади.*

В статье проанализировано современное законодательство в сфере организации и деятельности центральных органов исполнительной власти, в частности, служб, агентств и инспекций с учетом проведения административной реформы в Украине, подчеркнута особенности видов таких органов. Обозначены основные проблемы в указанной сфере, сформулированы предложения для их решения.

Ключевые слова: *центральные органы исполнительной власти, службы, агентства, инспекции, административная реформа, система органов исполнительной власти.*

In the article it is analyzed modern legislation in the sphere of organization and functioning of the central organs of the executive power in Ukraine, in particular, services, agencies and inspections in consideration of the Administrative reform in Ukraine. The main problems in this sphere are indicated, main proposition of its solution are formulated.

Key words: *central organs of the executive power; services; agencies; inspections; Administrative reform; the system of organs of the executive power.*



***Очкуренко Сергій
Володимирович***

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри
фінансового права
Київського національного
університету імені Тараса
Шевченка



***Баштовой Сергій
Вячеславович***

студент юридичного
факультету
Київського
національного
університету імені
Тараса Шевченка

Актуальні проблеми визначення меж фінансово-правового регулювання

Місце фінансового права як самостійної галузі права в системі права України та інших пострадянських держав давно стало загальновизнаним. Проте в науці не існує єдності в позиціях щодо розгляду критеріїв виділення фінансового права в системі права, а це суттєво впливає на визначення змісту та структури цієї галузі права.

Слід сказати, що поряд з існуванням занадто широкого підходу щодо розповсюдження сфери фінансово-правового регулювання на всі або майже всі грошові відносини, у науці останніх років простежується протилежна тенденція обґрунтування вкрай вузького підходу до визначення предмета фінансового права, яка, на наш погляд, також не зовсім відповідає об'єктивним потребам у регулюванні суспільних відносин. Така позиція формулюється як в наукових працях, так і в навчальній літературі. Так автор фундаментального та найбільш сучасного вітчизняного наукового дослідження системи фінансового права О.А. Лукашев у своїх роботах обґрунтовує, що інститути «публічне банківське право», «організація грошового обігу і розрахунків», «валютне регулювання і валютний контроль» не входять до предмета фінансово-правового регулювання [1, с. 35].

У новітньому вітчизняному підручнику фінансового права вказується, що об'єктом фінансової діяльності є винятково відносини, що регулюють рух державних грошових фондів [2, С.13], а предметом фінансового права відповідно є винятково відносини щодо руху грошових фондів держави і територіальних громад [2, С. 21]. Вказані положення відповідають класичній доктрині радянського фінансового права і їх формулювання має фундаментальну цінність для науки фінансового права. Разом з тим, не можна не враховувати, що в умовах державної монополії в усіх існуючих в радянський період сферах фінансового посередництва критерій державної належності грошового фонду дійсно був універсальним та не перешкоджав віднесенню до предмета фінансового права публічно-правової частини відносин щодо функціонування кредитної системи і організації грошового обігу. На наш погляд, часткова зміна форми власності не змінює сутнісних характеристик вказаних відносин та не може бути достатньою підставою для зміни їх правового режиму.

Зараз провідними вченими-фінансистами обґрунтовується перехід від визначального значення критерію форми власності на фонд коштів до критерію публічності відповідного грошового фонду для визначення правового режиму його функціонування. У результаті аналізу категорії публічного інтересу в сучасній науці фінансового права доведена фінансово-правова природа відносин у сфері місцевих бюджетів. Базуючись на категорії публічного інтересу та соціальному аспекті функціонування сучасної держави, Нечай А.А. обґрунтовує також фінансово-правову природу відносин у сфері обов'язкового соціального страхування незалежно від форми власності на відповідні фонди коштів [3, с. 66-72].

В розвиток цієї позиції слід додати, що публічність як ознака фонду коштів не завжди пов'язана з його прямим витрачанням для виконання функцій держави. Найважливішою соціально-економічною функцією сучасної держави є функція забезпечення макроекономічної стабільності, що передбачає забезпечення стабільності грошової одиниці. Діяльність Національного банку як емісійного центру держави підпорядкована цієї функції, а реалізується вона за допомогою використання засобів і методів грошово-кредитної політики, визначених ст. 25 Закону України «Про Національний банк України». Оскільки майно центрального банку, у тому числі фонди коштів, знаходяться у державній власності, а емісія коштів завжди розглядалася як «привілей правителя» та за логікою є умовою реалізації фіскальної функції держави (щоб зібрати гроші в бюджет, треба їх спочатку випустити в обіг), то правове регулювання відносин, пов'язаних з емісією коштів, розподілом і використанням грошових фондів центрального банку та зі здійсненням грошово-кредитної політики, зараз визнається фінансово-правовим навіть прихильниками найбільш вузького підходу до визначення сфери фінансово-правового регулювання.

Отже, наука фінансового права відгукнулася на ці потреби. Л.К. Воронова віднесла до предмета фінансового права відносини, що виникають у зв'язку з емісією та обігом грошових коштів [4, с. 33]. К.С. Бельський стверджує, що правове регулювання грошової системи, яке має здійснюватись фінансовим правом, є інструментом організації фінансової системи, однією із основних функцій фінансового права, вихідним пунктом фінансової системи, стабілізуючою умовою існування національного соціуму [5, с. 11]. Л.Л. Арзуманова на конференції з проблеми принципів фінансового права робить доповідь про принципи інституту емісійного права [6, с. 23-25]. Інші автори стверджують, що грошовий обіг є фундаментом фінансової системи держави, основою основ фінансового права [7]. У вищезгаданому підручнику фінансового права, який декларує вузький підхід до визначення предмета фінансового права [2, с. 21-22], фінансово-правовим основам грошового обігу присвячується окремий розділ [2, с. 323-343]. Це заслуговує на схвалення. Залишилось тільки відповідно відкоригувати ті положення підручника, які стосуються визначення предмета фінансового права. Наведеними не вичерпуються

усі думки на користь визнання публічних відносин щодо грошового обігу предметом фінансового права. Тому неточним є твердження Т.А. Латковської про те, що «сьогодні з'являються окремі висловлювання з приводу дослідження емісійних відносин, які регламентуються нормами фінансового права та утворюють всередині галузі самостійний інститут емісійного права» [8, с. 13]. Ці висловлювання перестали бути «окремими». Вони набувають дедалі ширших масштабів.

Разом з тим, коли мова йде про публічно-правове банківське регулювання, то майже переважною залишається позиція заперечення його фінансово-правової природи. Основними аргументами на користь такої позиції є правильні твердження про те, що кредитні ресурси комерційних банків, як правило, не належать державі, не призначені для прямого фінансування функцій держави, а відносини між банком і клієнтом, як правило, реалізуються в приватно-правових формах.

З іншого боку, потрібно враховувати, що Національний банк випускає кошти в обіг через кредитні ресурси комерційних банків, оскільки Національному банку України заборонено здійснювати емісію шляхом надання коштів державі та іншим суб'єктам.

Інший переважний шлях формування кредитних ресурсів банків – це залучення коштів у суб'єктів господарювання та фізичних осіб на рахунки та вклади. Незважаючи на винятково цивільно-правовий характер правочинів щодо залучення коштів банком, системне тлумачення законодавства дозволяє дійти висновку про обов'язкову мобілізацію коштів суб'єктів господарювання - юридичних осіб у банківську систему (обмеження на операції готівкою, встановлення лімітів залишку готівки в касах тощо), тобто, не встановлюючи публічного обов'язку зберігати гроші в якому-небудь конкретному банку, законодавець фактично встановлює обов'язок зберігати гроші в банківській системі та поповнювати її сукупні кредитні ресурси. Тенденції розвитку правового регулювання вказують на те, що зараз розрахунки готівкою навіть за участю громадян обмежуються законодавством, що спонукає їх звертатися до послуг банків. Масовий і значною мірою обов'язковий характер мобілізації коштів у банківську систему, а також відсутність у суб'єктів, що надають такі гроші, юридичної можливості впливати на визначення напрямків подальшого використання залучених банком коштів, об'єктивно породжує необхідність захисту суспільного публічного інтересу шляхом нормативної регламентації правил раціонального використання кредитних ресурсів, а відповідні фонди коштів набувають риси суспільного надбання та особливий публічний характер. Таке регламентація здійснюється за допомогою форм регулювання банківської діяльності, встановлених статтею 66 Закону України «Про банки та банківську діяльність». Причому зазначене регулювання спрямоване не лише на захист інтересів вкладників та кредиторів банків, а також й на створення умов розширення ресурсної бази банків як обов'язкового фактора макроекономічної стабільності.

Інструменти грошового-кредитного регулювання та форми державного регулювання банківської діяльності не тільки взаємозв'язані, але й частково збігаються (наприклад, визначення норм обов'язкових резервів для банків), що виключає різногалузеву природу відносин щодо їх застосування навіть у межах різних галузей публічного права. Інший підхід є не лише теоретично суперечливим, але призводить також до складних проблем при застосуванні відповідних норм, які не можуть бути одночасно і фінансово-правовими, і адміністративно-правовими. При цьому слід вказати, що фінансово-правову природу мають виключно владно-грошові відносини в кредитній системі, а не цивільні правочини, що опосередковують рух коштів.

Також слід звернути увагу на об'єктивну взаємообумовленість бюджетних та грошово-кредитних відносин. Фінансове забезпечення державних видатків прямо залежить від результатів грошово-кредитного регулювання. Необхідність узгодження механізмів монетарного та бюджетного регулювання в черговий раз доведена руйнівними наслідками світової фінансової кризи для фінансової системи України.

Таким чином, кредитні ресурси усіх банків незалежно від форми власності набувають специфічних ознак публічного характеру. З урахуванням об'єктивних взаємозв'язків, існуючих між ланками фінансово-кредитної системи, вважаємо, що владно-майнове регулювання у сфері мобілізації, розподілу та використання фондів коштів, яке спрямоване на забезпечення макроекономічної стабільності має фінансово-правову природу.

Якщо виходити із необхідності пошуку шляхів посилення творчої конструктивної ролі фінансового права, то наступною ланкою суспільних відносин, що складають предмет фінансового права, слід назвати публічні відносини, що виникають у зв'язку із функціонуванням фондового ринку. До навчальної літератури увійшла теза про те, що до предмета фінансового права належать відносини між учасниками фінансового ринку і компетентними органами в зв'язку із здійсненням державного регулювання у цій сфері [9, с. 41; 740-754]. Дещо раніше Е.Е. Емірсултанова висловила думку про те, що до предмета фінансового права належать фінансові фондові відносини, що виникають у зв'язку з емісією цінних паперів, інвестуванням у цінні папери, регулюванням ринку цінних паперів і здійсненням фондового контролю [10, с.23]. Думка про регулювання ринку цінних паперів фінансовим правом висловлювалась І.В. Рукавішніковою [11, с. 27-29], Є.В. Покачаловою [12, с. 33].

Ефективно врегульований ринок цінних паперів створює умови для прямого інвестування виробництва і інвестицій так званим «особистим сектором». Відсутність чи неефективність такого врегулювання призводить до того, що особи, які мають грошові заощадження, інвестують їх у споживчі товари, у той час як вони могли б вкладати їх у цінні папери, отримувати доходи і одночасно фінансувати

виробництво. Можна і надалі стверджувати, що відповідні публічні відносини належать до предмета адміністративного права, але це буде відмовою фахівців у галузі фінансового права від дослідження тієї проблематики, якою вони повинні володіти за визначенням і результатів дослідження якої очікують від них держава і суспільство.

Потребує свого вирішення і проблема належності до предмета фінансового права публічних відносин щодо страхування. Пануючою тут думкою є така, що страхування належало до предмета фінансового права в період соціалізму, коли іншого страхування крім державного, не було. Коли страхування стало видом підприємницької діяльності, воно вийшло за межі предмета фінансового права [13, с. 12]. Лише відносини щодо загальнообов'язкового державного соціального страхування і страхування вкладів фізичних осіб в банках визнаються предметом фінансового права [14, с. 45]. Останнє не викликає рішучих заперечень, оскільки створення, розподіл і використання державних фондів страхування підпадає під загальновизнане формулювання предмета фінансового права як відносин, що регулюють рух публічних фінансів. З іншого боку, публічні відносини, що виникають у зв'язку із здійсненням цивільно-правового страхування, повинні бути віднесені до предмета фінансового права. С.В. Запольський з цього приводу пише, що «розгорнена класифікація форм і видів страхування» повинна, безсумнівно, стати «елементом фінансової системи» [15, с. 91]. Д.Є. Кошель з цього приводу зауважив, що заперечуючи цивільно-правове регулювання всередині фінансової системи, С.В. Запольський не міг пропонувати повернення в сферу фінансового права відносин, зокрема, щодо страхування [16, с. 10]. Але ж встановлення класифікації форм і видів страхування С.В. Запольським пропонується як таке, що має публічно-правовий зміст. Тому, на нашу думку, позиція С.В. Запольського заслуговує на критичну оцінку тільки в тій частині, що він не всі публічні відносини, що виникають у зв'язку з цивільно-правовим страхуванням, відніс до предмета фінансового права.

Необхідність у фінансово-правовому регулюванні публічних відносин щодо цивільно-правового страхування обумовлена в основному тими ж чинниками, що й необхідність у фінансово-правовому регулюванні відносин між банками, з одного боку, та Національним банком України, – з іншого. Як пише С.С. Тропська, страхові компанії зосереджують у своїх руках значний обсяг грошових коштів, який може бути порівнянний з державним бюджетом. «Виходячи із цього, – зазначає С.С. Тропська, – державі необхідно охороняти інтереси широкого кола осіб-страхувальників, тобто кредиторів страхових компаній, з метою запобігти соціальним потрясінням» [17, с. 6]. У той же час С.С. Тропська безпідставно виключає відносини, які вона позначає як організаційні страхові, із складу предмета фінансового права. Сумнів вона висловила тільки стосовно відносин щодо забезпечення фінансової стабільності страхових організацій [17, с. 8]. Решту таких

відносин С.С. Тропська визнала предметом адміністративного права. Це – відносини щодо встановлення правосуб'єктності страхових організацій, правового регулювання страхових відносин, державного страхового нагляду (у тому числі ліцензування), забезпечення виконання приписів норм страхового законодавства. Таке розмежування відносин, що належать до предмета фінансового права, з одного боку, і до предмета адміністративного права, – з іншого, ігнорує мету фінансового права. Натомість перебільшення ролі об'єктивних чинників, які впливають на структурування права, веде до припинення суб'єктивних чинників, які не прямо, а опосередковано – через науку і правотворчу діяльність відповідних державних органів впливають на структурування права. З урахуванням єдиного методу правового регулювання заново ділити публічні відносини щодо страхування між предметом фінансового права і предметом адміністративного права не має будь-якого сенсу. Усі вони мають бути визнані належними до предмета фінансового права.

Що стосується податкових і бюджетних відносин, то вони в цій статті не розглядались не в порядку заперечення їх належності до предмета фінансового права, а з тієї причин, що така належність не викликає будь-якого сумніву. Нема підстав заперечувати належність до предмета фінансового права і відносин щодо державного кредитування, державних запозичень. При цьому, якщо зовнішні запозичення підпадають під дію міжнародного приватного права, то державне внутрішнє кредитування і державні внутрішні запозичення доцільно було б підпорядкувати нормам фінансового права, передбачивши можливість субсидіарного застосування до таких відносин норм цивільного права.

Викладене дає підстави для позитивної оцінки тих наукових розвідок, які присвячені пошуку фінансово-правових засобів впливу фінансового права на макроекономічні, мікросоціальні і політичні процеси. Завдання полягає в активізації цих досліджень, а для цього необхідна більш широка інтерпретація предмета фінансового права – інтерпретація, яка враховувала б потреби суспільних відносин, визнавала б задоволення цих потреб метою фінансового права, створювала б передумови для вивільнення величезного творчого потенціалу фінансового права.

Використані джерела:

1. Лукашев О. А. Теоретичні проблеми системи фінансового права /О.А. Лукашев // Право та державне управління: збірник наукових праць / Класичний приватний ун-т; Запорізька торгово-промислова палата. – Запоріжжя, 2010. – № 1. – С. 33-37
2. Фінансове право: підручник / За ред. М.П. Кучерявенко. – Х. : Право, 2013. – 400 с.
3. Нечай А.А. Публичные фонды как категория современного финансового права /А.А. Нечай // Журнал российского права. – 2004. – № 11. – С. 66-72.

4. Воронова Л.К. Фінансове право України: Підручник / Л.К. Воронова – К.: Прецедент; Моя книга, 2006. – 448 с.
5. Бельский К.С. К вопросу о понятии денежной системы Российской Федерации / К.С. Бельский // Финансовое право. – 2005. – № 8. – С. 9-12
6. Арзуманова Л.Л. Принципы организации наличного денежного обращения как института эмиссионного права / Л.Л. Арзуманова // Принципы финансового права: материалы международной научно-практической конференции, Харьков, 19-20 апреля 2012. – Х. : Право, 2012. – с. 23-25.
7. Артемова Н.М. Денежное право (Финансово-правовое регулирование обращения национальной и иностранной валюты на территории Российской Федерации) / Артемова Н.М., Арзуманова Л.Л., Ситник А.А. – М.: Элит, 2011. – 272 с.
8. Латковська Т.А. Фінансове право у системі українського права / Т.А. Латковська // Фінансове право. – 2010. – № 1 (11). – С. 11-15.
9. Финансовое право: Учебник / Под. ред. Н.И. Химичевой. – М.: Норма, 2008. – 768 с.
10. Эмирсултанова Э.Э. Фондовый контроль как часть единой системы финансового контроля / Э.Э. Эмирсултанова // Финансовое право. – 2006. – № 5. – С. 32-36.
11. Рукавишникова И.В. Финансово-правовое регулирование рынка ценных бумаг / И.В. Рукавишникова // Финансовое право. – 2005. – № 7. – С. 27-29.
12. Покачалова Е.В. Содержание и принципы государственно-правового регулирования организации рынка ценных бумаг как сегмента российского финансового рынка / Е.В. Покачалова // Финансовое право. – 2012. – № 2. – С. 33-37.
13. Худяков А.И. К вопросу о содержании некоторых финансово-правовых категорий / А.И. Худяков // Финансовое право. – 2010. – № 2. – С. 10-13.
14. Стрельников В.В. Финансово-правовое регулирование страхования и предмет финансового права / В.В. Стрельников // Финансовое право. – 2005. – № 2. – С. 43-47.
15. Запольский С.В. Дискуссионные вопросы теории финансового права / С.В. Запольский – М.: РАП; Эксмо, 2008. – 160 с.
16. Кошель Д.Е. Финансовый рынок и новый взгляд на базисные финансово-правовые категории / Д.Е. Кошель // Финансовое право. – 2010. – № 6. – С. 18-21.
17. Тропская С.С. К вопросу о месте страхового права в системе российского права (финансово-правовые аспекты страхования) / С.С. Тропская // Финансовое право. – 2011. – № 11. – С. 6-9.

В статті обґрунтовується фінансово-правова природа публічних правовідносин, що виникають в процесі емісії грошей та функціонування фондів грошових коштів фінансових посередників. Цей висновок базується на об'єктивному

взаємозв'язку, що існує між ланками фінансової системи, а також на необхідності забезпечення узгодженої публічно-правової регламентації з метою досягнення макроекономічної стабільності.

Ключові слова: *фінансове право, система фінансового права, монетарне регулювання.*

В статье обосновывается финансово-правовая природа публичных правоотношений, возникающих в процессе эмиссии денег и функционирования фондов денежных средств финансовых посредников. Этот вывод базируется на объективной взаимосвязи, существующей между звеньями финансовой системы, а также на необходимости обеспечения согласованной публично-правовой регламентации с целью достижения макроекономической стабильности.

Ключевые слова: *финансовое право, система финансового права, монетарное регулирование.*

The article is justified the financial legal nature of public legal relations that emerge in the course of money issue and functioning of financial intermediaries funds. This conclusion was based on objective correlation between financial and credit system links as well as the necessity of providing coordinated public regulation to reach macroeconomic stability.

Key words: *financial law, financial law system, monetary regulation.*

*Лещенко Роман Миколайович*

асистент кафедри фінансового права
юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**Офшорні компанії:
поняття та організаційно-правові форми**

Постановка проблеми. В умовах проведення в Україні податкової реформи, спрямованої на виведення країни з економічної кризи і зміцнення за нею статусу фінансово незалежної держави, вагоме значення має дослідження питання сутності офшорних компаній. Свідомо негативна позиція органів державної влади до цього правового явища, неврегульованість на законодавчому рівні, правова неграмотність суб'єктів господарювання, а також використання офшорних компаній з метою відмивання доходів, одержаних незаконним шляхом, дає підстави стверджувати, що цьому багатогранному явищу приділяється незаслужено мало уваги як з боку вчених, так і законодавця. Все це дозволяє говорити про своєчасність постановки теми даної статті та про її актуальність.

Стан дослідження. Окремі питання проблематики офшорних компаній, виходячи з різнобічності цього явища і можливості віднесення його до різних галузей права, зокрема податкового, адміністративного, міжнародного досліджували у своїх працях вітчизняні вчені О.К. Бозуленко, А.М. Поддєрьогін, В.П.Жушман. Серед зарубіжних вчених, які висвітлюють різні аспекти діяльності офшорних компаній є Т. Беннет, Д. Гриффітс, Дж. Пеппер.

Водночас, важливість дослідження офшорних компаній саме в з фінансово-правової точки зору обумовлює потребу у нових дослідженнях окремих аспектів функціонування офшорної компанії.

Відтак, **метою** цієї статті є дослідження питання визначення поняття офшорної компанії, виокремлення окремих аспектів фінансової діяльності таких компаній в залежності від організаційно-правової форми.

Виклад основного матеріалу. Створення офшорних юрисдикцій, зумовлено гострою конкуренцією в світовій економіці між країнами стосовно залучення інвестицій та капіталів. Саме офшорні юрисдикції спрямовані на захист капіталу, мінімізації податкових зобов'язань. Такі юрисдикції протягом останнього десятиліття набрали значної популярності. Багато підприємств, засновниками яких є нерезиденти по відношенню до офшорних юрисдикцій, використовують такі юрисдикції, з метою проведення фінансових, зокрема страхових, банківських операцій в іноземній валюті.

Разом з цим, обслуговуванню підлягають саме нерезиденти та їх діяльність, що проводиться поза межами країни.

На думку О. Бозуленко офшорні зони (або податкові гавані) є специфічним інструментом стимулювання інвестиційної діяльності і збільшення надходжень до бюджетів територій, економічний ефект якого ґрунтується на явищі зростання державних доходів завдяки розширенню податкової бази (використанню її особливого виду доходів, отриманих лише від здійснення зовнішньоекономічної діяльності) та мінімізації величини податкового навантаження. Доходи від офшорного бізнесу в податкових гаванях складають до половини обсягу державних бюджетів [1, с. 51].

На сьогодні, механізми офшорних юрисдикцій створюють для підприємців сприятливий податковий, валютно-фінансовий режим здійснення господарської діяльності, що також пов'язане із високим рівнем комерційної та банківської таємниці. Наявність таких особливостей вплинуло на посилену увагу з боку міжнародного співтовариства, яке здійснює боротьбу проти незаконних фінансових операцій та операцій з відмиванням грошей.

Функціонування офшорних юрисдикцій пов'язане зі створенням офшорних компаній на їх території. На сьогоднішній день, поняття «офшорна компанія» не знайшла свого міжнародного, правового або комерційного визначення.

Проте, особлива увага визначенню поняття та особливостей функціонування офшорних компаній приділена такими науковцями та теоретиками як Бозуленко О.К., Поддєрьогіним А.М., Жушман В.П., Аксьоновим Д. тощо. Так, на думку А. Поддєрьогіна офшорні компанії – це іноземні компанії, зареєстровані в офшорних центрах країн, які надають їм особливі пільги [2]. Проте досліджуючи всі особливості існування офшорних компаній, дане визначення не відкриває всієї сутності таких особливих суб'єктів міжнародних правовідносин.

На мою думку в широкому сенсі під офшорною компанією сьогодні в першу чергу слід розглядати як будь-яку форму ведення бізнесу, яка користується особливостями ведення своєї діяльності, та якій притаманний офшорний статус.

Так, офшорна компанія є компанією, що має місце реєстрації в офшорній зоні, на території, де міжнародному бізнесу надаються пільги ведення господарської діяльності, що проводиться поза межами території країни у вигляді низького рівня оподаткування (в деяких випадках його відсутність), послабленість валютного та фінансового контролю.

Попри наявність всіх пільг, головною особливістю, що відрізняє компанію з офшорним статусом від звичайної є місце ведення своєї господарської діяльності. Так, офшорна компанія має право здійснювати свою господарську діяльність

виключно поза межами країни своєї реєстрації, надаючи послуги особам-нерезидентам. Зокрема, таку вимогу висувають самі країни, де діють офшорні зони. Проте, така вимога має своє пояснення. Країна, яка дає право на реєстрацію на її території офшорної компанії, через наявність вищезгаданих пільг для ведення бізнесу, не може забезпечити однакових умов його ведення на рівні з компаніями, що є резидентами цієї країни, які не мають офшорного статусу.

Головною метою існування офшорних компаній є створення легального механізму зниження податкового тягара та забезпечення належного рівня міжнародного податкового планування під час ведення господарської діяльності, управління фінансами, розміщення валюти на рахунках в іноземних банках, захисту активів.

На мою думку, до ключових критеріїв створення офшорних компаній можна віднести:

- законність існування офшорної компанії;
- реєстрація компанії згідно з місцевим законодавством;
- спрощення процедури реєстрації;
- нерезидентність для країни, в якій реєструється;
- ведення господарської діяльності за межами країни реєстрації;
- нерівність офшорної компанії з місцевими компаніями – резидентами країни, що полягає у сплаті щорічного корпоративного збору або податку в країні реєстрації, що є значно меншим від сплати податків на рівні з місцевими компаніями країни;
- спрощена процедура управління компанією, що полягає, зокрема у можливості мати номінальних власників або номінальних директорів;
- надання високих гарантій щодо конфіденційності реальних власників або директорів офшорних компаній;
- сприятливий клімат ведення бізнесу за допомогою низького контролю з боку країни-реєстрації у фінансових, валютних, банківських та інших сферах.

Окрім зацікавленості самих суб'єктів у створенні офшорних компаній, вигоду можуть мати навіть місцеві компанії під час взаємодії з офшорними компаніями шляхом законного зменшення свого податкового навантаження.

З огляду на сприятливі в багатьох країнах умови ведення офшорної діяльності, між офшорними центрами існує свого роду конкуренція. Це пов'язано із зацікавленістю країн у створенні вигідного для себе податкового режиму пов'язаного зі створенням та спрощенням шляхів мінімізації податків. Не зважаючи на те, що на сьогодні в світі існує близько 37 офшорних центрів, кожен з них намагається створити комфортне бізнес середовище, яке суттєво буде відрізнятись від

господарської діяльності інших офшорних компаній. Всі такі критерії впливають на міжнародний попит залучення капіталів.

Питання діяльності та використання українських офшорних компаній на сьогодні є актуальним. Як відомо, перша українська офшорна компанія була зареєстрована в 1991 році, коли швейцарська компанія RiggsWalmetGroup оголосила про свій вихід на український ринок з пропозицією про організацію компаній. На думку Ю. Волкової розвиток співробітництва з офшорними зонами для України посідає значне місце, з кожним роком зростають обсяги офшорних операцій. Наші підприємці та олігархічна верхівка прекрасно розуміє усі наведені вище переваги, які надаються учасникам [3, с.44].

Водночас, варто зазначити, що поняття «офшорна компанія» так і досі не знайшло свого визначення в українському законодавстві.

Відповідно до Податкового кодексу України під терміном «нерезиденти» розуміється іноземні компанії, організації, утворені відповідно до законодавства інших держав, їх зареєстровані (акредитовані або легалізовані) відповідно до законодавства України філії, представництва та інші відокремлені підрозділи з місцезнаходженням на території України. А під терміном «нерезиденти, що мають офшорний статус» розуміються нерезиденти, розташовані на території офшорних зон, за винятком нерезидентів, розташованих на території офшорних зон, які надали платнику податку виписку із правоустановчих документів, легалізовану відповідною консульською установою України, що свідчить про звичайний (неофшорний) статус такого нерезидента.

Відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 лютого 2011 року № 143-р «Про перелік офшорних зон», офшорними зонами вважаються країни з британських залежних територій, з країн Центральної Америки, з країн Карибського регіону, з Тихоокеанського регіону, з країн Південної Азії. Проте в зазначених нормах правових актів залишається прогалина у визначенні поняття, яке сьогодні вкрай необхідне для українського законодавства, а саме поняття «офшорна компанія».

З огляду на це, на мою думку, до Податкового кодексу України варто внести зміни в частині визначення поняття «офшорна компанія» наступного змісту: «Офшорна компанія – це компанія, що користується пільгами у сфері оподаткування та особливостями державного нагляду відповідно до законодавства країни, де діє офшорна юрисдикція, зареєстрована на території офшорної юрисдикції, здійснює свою господарську діяльність поза межами такої офшорної юрисдикції, та володільцем корпоративних прав якої є нерезидент».

На думку А. Черепа існує комплекс факторів, які стимулюють розвиток офшорного бізнесу в Україні: тягар податкового навантаження і неефективність

фіскальної політики, несприятливий інвестиційний клімат і потужні мотиви до експорту капіталу за кордон тощо [4, с. 23].

За загальним правилом офшорні компанії за своїм статусом не відрізняються від інших юридичних осіб: вони реєструється у встановленому законодавством порядку, мають організаційно-правову форму, визначену структуру управління, рахунки в банках та інші ознаки. При цьому, враховуючи особливі ознаки офшорних компаній, останні, як правило, не мають керівного офісу в країні реєстрації, юридична адреса надається місцевими фірмами.

Головною ознакою, що може на перший погляд виокремити офшорну компанію, є організаційно-правовий статус такої компанії, який спрямований на максимальне зменшення податкового «тягаря». Незважаючи на такий статус, офшорні компанії є повноправними суб'єктами правових відносин, які реалізують свою правоздатність на рівні з іншими юридичними особами.

Враховуючи високу конкуренцію між офшорними компаніями та особливості офшорних юрисдикцій, офшорні компанії можна поділити за різними ознаками.

На сьогоднішній день багатьма науковцями досліджені різні типології, які використовуються офшорними компаніями. Розглядаючи весь широкий спектр діяльності офшорних компаній сьогодні можна виокремити більш розгорнуту типологію офшорних компаній, яка включає в себе ознаки організаційно-правової форми офшорної компанії.

Зокрема, за ознакою назви або організаційного типу, офшорні компанії можна поділити на:

- LimitedLiabilityCompany чи LimitedLiabilityPartnership (Society a ResponsibilityLimite) - компанія з обмеженою відповідальністю, яка не має права випускати свої акції для всіх бажаючих їх придбати. Зазвичай, прибуток таких компаній розподіляється серед партнерів пропорційно їх вкладенням, які підлягають оподаткуванню в країні їх мешкання;

- Limitedpartnership - змішане або командитне товариство, в якому повну відповідальність за боргами несуть не всі учасники компанії, а тільки окремі особи;

- LimitedDurationCompany - компанія з обмеженим строком існування;

- SociedadAnonimав - акціонерне товариство.

Залежно від організаційно-правових форм юридичних осіб офшорні компанії можна поділити на:

- офшорні компанії закритого типу у вигляді товариств з обмеженою відповідальністю. Коло власників таких компаній зазвичай обмежене, а корпоративні відчужуються в першу чергу іншим учасникам товариства;

- офшорні компанії відкритого типу – акціонерних товариств, власниками та акціонерами яких може бути необмежене коло осіб;
- офшорні компанії з необмеженою відповідальністю.

Останнім часом мета використання офшорних компаній дещо змінилася. Зараз офшор є доволі ефективним інструментом стабілізації виплат, регулювання цін експортно-імпортних контрактів, самофінансування, продажу авторських прав, передачі обладнання в лізинг, найму персоналу, поставок давальницької сировини, купівлі нерухомості за кордоном» [2].

Висновки. Таким чином, головною метою існування офшорних компаній є створення легального механізму зниження податкового тягаря та міжнародного податкового планування під час ведення господарської діяльності, управління фінансами, розміщення валюти на рахунках банків, захисту активів, структурування міжнародного бізнесу, що знаходяться за межами України. Проаналізувавши сутність та форми офшорних компаній, варто зазначити, що офшорні компанії відіграють значну роль у веденні підприємницької діяльності на територіях країн, які мають офшорні зони. Кожна держава зі свого боку зацікавлена в створенні офшорних юрисдикцій, які ведуть свою діяльність законно та які забезпечують країні стабільний притік капіталів і гармонійний розвиток економіки. Разом з цим, враховуючи наявність колосального масштабу тіньового сектора економіки в нашій державі, який забезпечується в тому числі за рахунок виведення капіталу з країни за допомогою офшорних компаній, сьогодні вкрай необхідно законодавче врегулювання даного правового явища з метою захисту інтересів держави та громадянського суспільства.

Використані джерела:

1. Бозуленко О. К. Роль офшорної фінансової діяльності у світовій фінансовій системі // Економіст - 2010 - №1 - с. 51-53.
2. Економічна енциклопедія: У 3 т. / Ред. С.В. Мочерний. - К., 2000; Поддєрьогін А.М. Фінансовий менеджмент. - К., 2001.
3. Волкова Ю.О. Розвиток офшорних центрів у системі міжнародного бізнесу // Формування ринкових відносин в Україні. – 2009. - №1 - с. 43-46.
4. Череп А. В. Особливості розвитку офшорного бізнесу в Україні // Економіка та держава. - 2006. - №6. - С.21-30.
5. Міжнародне приватне право // Навчальний посібник за загальною редакцією професора В. М. Гайворонського, професора В. П. Жушмана // Київ. Юрінком Інтер. - 2007.

6. Хейфец Б.А. Роль офшоров в глобальной экономике / Мировая экономика и международные отношения 2008. - № 11. - С. 69-76.

Стаття присвячена дослідженню питання визначення поняття офшорної компанії, виокремлення окремих аспектів фінансової діяльності таких компаній в залежності від організаційно-правової форми.

Ключові слова: офшорна компанія, види офшорних компаній, організаційно-правова форма, оподаткування.

Статья посвящена исследованию вопроса определения понятия офшорной компании, выделение отдельных аспектов финансовой деятельности таких компаний в зависимости от организационно-правовой формы.

Ключевые слова: офшорная компания, виды офшорных компаний, организационно-правовая форма, налогообложение.

The article is devoted to researching of the matter, connected with definition the category of offshore company, singling out certain aspects of the financial activities of companies, conditionally on the legal form.

Key words: offshore company, types of offshore company, legal form of the company, taxation.

**Задоя Костянтин Петрович**

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

***Вирішення питання про долю речових доказів та документів
за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 року
як правовий захід, відмінний від спеціальної конфіскації***

З набранням чинності Законом України „Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України” від 18.04.2013 № 222-VII (далі — ЗУ від 18.04.2013 № 222-VII) поняття “спеціальна конфіскація” отримало офіційну “прописку” у кримінальному процесуальному законодавстві. До 15 грудня 2013 року ст. 100 Кримінального процесуального кодексу України 2012 року (далі — КПК) та ст. 81 Кримінально-процесуального кодексу 1960 року (далі — КПК 1960 року) зазначеного поняття не містили, а натомість оперували, відповідно, формулюваннями “питання про долю речових доказів і документів.... вирішується” та “питання про речові докази вирішується”. При цьому зміст правових наслідків, “прихований” за цими формулюваннями, щонайменше частково, у теорії кримінального права позначався назвою “спеціальна конфіскація” [1, с. 586-587; 2, с. 13].

Оскільки ЗУ від 18.04.2013 № 222-VII передбачив також і нормативне закріплення положень про спеціальну конфіскацію у Кримінальному кодексі України (далі — КК), доповнення положень кримінального процесуального закону згадками про спеціальну конфіскацію було цілком логічним кроком з боку законодавця. У такий спосіб він до певної міри узгодив відповідні нормативні орієнтири КК та КПК. Однак, з іншого боку, ч. 9 ст. 100 КПК продовжує містити вказівку й на необхідність “вирішення судом питання про долю речових доказів і документів”. У зв'язку з цим видаються актуальними такі взаємопов'язані між собою запитання: а) чи тотожні за своєю юридичною природою спеціальна конфіскація та такий правовий захід як “вирішення питання про долю речових доказів та документів”; б) чи є коректним підхід законодавця, який на рівні кримінального процесуального закону розмежовує спеціальну конфіскацію та “вирішення питання про долю речових доказів та документів”?

Як зазначалось вище, до набрання чинності ЗУ від 18.04.2013 № 222-VII теорія кримінального права традиційно виходила з того, що на рівні ст. 100 КПК та ст. 81

КПК 1960 року законодавець веде мову про спеціальну конфіскацію, а відтак — остання фактично ототожнювалась з вирішенням питання про долю речових доказів (документів). На даний момент подібний підхід видається надто спрощеним. Ст. 100 КПК у чинній редакції потребує ретельного аналізу у системному зв'язку зі ст.ст. 96-1, 96-2 КК.

Останні положення кримінального законодавства прямо та конкретно визначають:

а) фактичну підставу для застосування спеціальної конфіскації — вчинення особою злочину або суспільно небезпечного діяння, вчиненого неосудною особою чи особою, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність;

б) межі застосування даного заходу кримінально-правового характеру — спеціальна конфіскація застосовується лише у випадках вчинення суб'єктом видів злочинів, перерахованих у ст. 96-1 КК, або ж у випадках вчинення особою суспільно небезпечних діянь, передбачених положеннями Особливої частини, вказаними у ст. 96-1 КК;

в) власне правовий зміст спеціальної конфіскації — коло предметів, що можуть бути вилучені в особи за рішенням суду.

Таким чином, положення ст. 100 КПК у чинній редакції в частині згадок про спеціальну конфіскацію мають розумітись лише з урахуванням вищеперерахованих особливостей змісту ст.ст. 96-1, 96-2 КК.

Як наслідок, розмежування законодавцем на рівні положень кримінального процесуального закону спеціальної конфіскації та “вирішення питання про долю речових доказів та документів” видається небезпідставним, оскільки кожен із цих заходів має свій особливий правовий зміст.

По-перше, відповідно до п. 1) ч. 9 ст. 100 КПК підлягають “конфіскації” гроші, цінності та інше майно, які “зберегли на собі сліди кримінального правопорушення”. Оскільки ч. 1 ст. 96-2 КК не передбачає, що до подібних предметів може бути застосована спеціальна конфіскація, їх примусове вилучення в особи, очевидно, має розглядатись як “вирішення питання про долю речових доказів”. При цьому відзначимо, що вживання у даному випадку в кримінальному процесуальному законі слова “конфіскуються” є вельми сумнівним.

По-друге, п. 4) ч. 9 ст. 100 КПК встановлює, що майно, яке не має ніякої цінності і не може бути використане, знищується, а у разі необхідності - передається до криміналістичних колекцій експертних установ або заінтересованим особам на їх прохання. Оскільки відповідно до ст. 96-1 КК спеціальна конфіскація полягає у примусовому безоплатному вилученні за рішенням суду у власність держави певних предметів, передача останніх до криміналістичних колекцій експертних установ або

заінтересованим особам, очевидно, має іншу юридичну природу і також має розглядатись як складова “вирішення питання про долю речових доказів”.

По-третє, відповідно до п. 5) ч. 9 ст. 100 КПК гроші, цінності та інше майно, що були предметом кримінального правопорушення або іншого суспільно небезпечного діяння, які підлягають поверненню власнику (законному володільцю), у випадку невстановлення останнього переходять у власність держави в установленому Кабінетом Міністрів України порядку. Оскільки ч. 5 ст. 96-2 КК прямо виключає можливість застосування спеціальної конфіскації до грошей, цінностей та іншого майна, зазначених у цій статті, які згідно із законом підлягають поверненню власнику (законному володільцю), передача таких предметів у власність держави також має відмінну від спеціальної конфіскації юридичну природу.

По-четверте, як відзначалось вище, на рівні ст. 96-1 КК законодавець обумовив можливість застосування спеціальної конфіскації лише вчиненням обмеженого кола видів злочинів. Тим не менш, у цілому ряді санкцій статей (частин статей) Особливої частини КК містяться вказівки на конфіскацію предметів, знарядь або засобів вчинення злочину (див. ст. 201, 239-1 КК тощо). Такі правові наслідки, очевидно, не повинні розглядатись як прояви спеціальної конфіскації *de lege lata*. Тобто застосування ч. 9 ст. 100 КПК у випадках, коли особою було вчинено злочин, не передбачений ст. 96-1 КК, вимушено має розглядатись як складова “вирішення питання про долю речових доказів”.

По-п'яте, п. 7) ч. 9 ст. 100 КПК передбачає, що документи, які є речовими доказами, залишаються в матеріалах кримінального провадження протягом усього часу їх зберігання. У свою чергу, в ст. 96-1 КК перелік предметів, які підлягають спеціальній конфіскації обмежений грошима, цінностями та іншим майном. Видається, що зберігання документів, які є речовими доказами, у матеріалах кримінального провадження не може вважатись проявом спеціальної конфіскації з двох причин: а) таке тимчасове зберігання навряд може вважатись “примусовим безоплатним вилученням...” у розумінні ст. 96-1 КК; б) у теорії кримінального права майном визнаються документи, що мають мінову вартість (можуть виконувати роль грошового еквіваленту) [3, с. 139-140], тому гіпотетично можна говорити, що положення ч. 1 ст. 96-2 КК та п. 7) ч. 9 ст. 100 КПК кореспондують між собою. Однак зі змісту ст.ст. 98, 99 КПК випливає, що не визнаються документами як особливими процесуальними джерелами доказів матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, в тому числі предмети, що були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом або отримані юридичною особою

внаслідок вчинення кримінального правопорушення. Тобто, на рівні п 7) ч. 9 ст. 100 КПК законодавець фактично веде мову про такі матеріальні об'єкти, на які не поширюється дія положень ст. 96-2 КК. Відтак, зберігання документів у матеріалах кримінального провадження не може розглядатись як прояв спеціальної конфіскації.

Таким чином, слід констатувати, що:

1) розмежування на рівні ст. 100 КПК спеціальної конфіскації та “вирішення питання про долю речових доказів та документів” не є техніко-юридичним огріхом кримінального процесуального закону;

2) таке розмежування, щонайменше, є виправданим, оскільки вищевказані правові заходи мають відмінну юридичну природу (правовий зміст);

3) спеціальна конфіскація являє собою так званий “інший” захід кримінально-правового характеру (визначальними у даному випадку є положення ст.ст. 96-1, 96-2 КК), а “вирішення питання про долю речових доказів та документів”, очевидно, є специфічним заходом кримінально-процесуального характеру;

4) змістовно “вирішення питання про долю речових доказів та документів” охоплює випадки: а) вилучення грошей, цінностей та іншого майна, які “зберегли на собі сліди кримінального правопорушення” (“фрагмент” речення п. 1) ч. 9 ст. 100 КПК); б) знищення майна, яке не має ніякої цінності і не може бути використане, або його передачу до криміналістичних колекцій експертних установ або заінтересованим особам на їх прохання (п. 4) ч. 9 ст. 100 КПК); в) переходу у власність держави грошей, цінностей та іншого майна, що були предметом кримінального правопорушення або іншого суспільно небезпечного діяння, які підлягають поверненню власнику (законному володільцю), у випадку невстановлення останнього (друга частина речення п. 5) ч. 9 ст. 100 КПК); г) застосуванням ч. 9 ст. 100 КПК у випадках, коли особою було вчинено злочин, не передбачений ст. 96-1 КК; г) зберігання документів, які є речовими доказами, в матеріалах кримінального провадження (п. 7) ч. 9 ст. 100 КПК).

На наш погляд, описаний вище стан речей швидше є наслідком несистемного унормування законодавцем питань застосування спеціальної конфіскації, аніж логічним та послідовним нормотворчим рішенням. Прийнявши ЗУ від 18.04.2013 № 222-VII, законодавець унеможливив ототожнення спеціальної конфіскації та “вирішення питання про долю речових доказів та документів”, але натомість “сконструював” два різних за своїм характером правових заходи, один з яких є матеріально-правовим, а інший — процесуально-правовим.

При цьому видається вельми сумнівним, що другий із них у повній мірі відповідає конституційним (ст. 41 Основного Закону) та цивільно-правовим положенням (ст.ст. 353, 354 Цивільного кодексу України) щодо примусового

вилучення майна особи. Зокрема, передача майна, яке не має ніякої цінності і не може бути використане, до криміналістичних колекцій експертних установ або заінтересованим особам на їх прохання, очевидно, не може розглядатись ані як прояв конфіскації, ані як прояв реквізиції майна.

Окрім того, у випадку з “вирішенням питання про долю речових доказів та документів” власник майна (законний володілець), а також потерпілий та цивільний позивач позбавлені своєрідних процедурних гарантій, передбачених ч.ч. 10, 11 ст. 100 КПК.

З рештою видається неприйнятною сама ідея вирішувати питання про остаточне примусове позбавлення особи права власності (володіння) конкретним майном на підставі положень процесуального законодавства.

Усунення вищенаведених вад передбачає, на нашу думку, такі зміни до чинного законодавства:

1) сфера дії ст. 96-1 КК, щонайменше, має бути поширена на всі випадки, коли положення Особливої частини КК містять згадки про конфіскацію предметів, знарядь, засобів вчинення злочину. Оптимальним виходом була б можливість застосування судом спеціальної конфіскації незалежно від виду вчиненого злочину;

2) з тексту ч. 9 ст. 100 КПК слід взагалі вилучити згадки про “вирішення питання про долю речових доказів та документів”;

3) ч. 9 ст. 100 КПК має повністю кореспондувати з ч. 1 ст. 96-2 КК, яка визначає коло предметів, до яких може бути застосована спеціальна конфіскація;

4) знищення майна, яке не має ніякої цінності і не може бути використане, або його передача до криміналістичних колекцій експертних установ або заінтересованим особам на їх прохання; а також — перехід у власність держави грошей, цінностей та іншого майна, що були предметом кримінального правопорушення або іншого суспільно небезпечного діяння, які підлягають поверненню власнику (законному володільцю), у випадку невстановлення останнього, мають бути первинно обумовлені в матеріальному законодавстві (кримінальному або, принаймні, цивільному) і лише згодом знайти відображення в КПК;

5) беззастережна та остаточна відмова від процедури “вирішення питання про долю речових доказів та документів” також виглядає невиправданою. Щонайменше, вона має поширюватись на ситуації, передбачені п. 7) ч. 9 ст. 100 КПК у чинній редакції. Однак на рівні КПК така процедура має “фіксуватись” в окремому положенні закону (окремій частині ст. 100 КПК).

Використані джерела:

1. Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації / М.І. Хавронюк. – К.: Юрисконсульт, 2006. – 1048 с.
2. Собко Г. М. Конфіскація за кримінальним законодавством України: автореф. дисертації на здобуття наук. ступеня кандидата юридичних наук: спец. 12.00.08 / Г. М. Собко. – К., 2008. – 20 с
3. Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності : навчальний посібник / Н.О. Антонюк. - Л.: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. - 514 с.

У статті аналізуються положення нового Кримінального процесуального кодексу України щодо вирішення питання про долю речових доказів та документів. Автор розмежовує цей правовий захід від спеціальної конфіскації, звертає увагу на недоліки положень закону, вносить пропозиції по їх вдосконаленню.

Ключові слова: речові докази, документи, спеціальна конфіскація, правовий захід.

В статье анализируются положения нового Уголовного процессуального кодекса Украины относительно решения вопроса о судьбе вещественных доказательств и документов. Автор отграничивает эту правовую меру от специальной конфискации, обращает внимание на недостатки положений закона, вносит предложения по их совершенствованию.

Ключевые слова: вещественные доказательства, документы, специальная конфискация, правовая мера.

The article analyzes the provisions of the new Criminal Procedure Code of Ukraine regarding a deciding the issue of exhibits and documents. The author distinguishes this legal measure of special confiscation, draws attention to the shortcomings of the law, makes suggestions for their improvement.

Keywords: exhibits, documents, special confiscation, legal measure.

*Власюк Владислав Вікторович*

адвокат

***Стимулюючі тарифи й інші схеми підтримки
відновлювальної енергії у парадигмі законодавства СОТ***

1. Вступ

Світ зіткнувся із викликом глобального потепління, одним з основних чинників якого вважається вуглеводневе паливо. Зниження рівня використання таких карбономістких палив і заміна їх чистою енергією стало політикою у багатьох країнах. Наразі визнано є потреба інтенсифікації інвестування у ринок таких технологій, зокрема тому вже напрацьовані схеми фінансової підтримки генерування відновлювальної енергії.[1] Такі механізми варіюються від інвестування у новітні технології на ранній стадії їх розвитку до податкових пільг на інвестиції у електростанції, що продукують відновлювальну енергію.[2] Програми стимулюючих тарифів (Feed-in tariffs) наразі широко використовуються і на державному, і на муніципальному рівнях, ставши найпопулярнішою схемою підтримки розвитку відновлювальної енергетики.[3]

Програма стимулюючих тарифів має декілька характерних особливостей: гарантована ціна покупки електроенергії, гарантований доступ до електромережі і довгострокові контракти. Ці інструменти створені саме для стимулювання переходу на відновлювальну енергію.[4] Стимулюючий тариф зазвичай становить фіксовану ціну покупки генерованої з відновлювальних джерел енергії, даючи такому виробнику надбавку порівняно із ринком умовно звичайної електроенергії. Крім того, почасти електромережа зобов'язується закупати електроенергію з відновлювальних джерел, забезпечуючи таким чином дохід від інвестування в зелену енергетику. Інакше кажучи, стимулюючий тариф є свого роду гарантією покупки. Іншою важливою характеристикою програм стимулюючих тарифів є вимога місцевого (домашнього, національного) компоненту (походження), що означає обов'язкове використання інвестором певного відсотку матеріалів від місцевих постачальників як передумову входження до програми стимулюючих тарифів.[5] Тобто, стимулюючі тарифи зазвичай передбачають урядове фінансування чистої енергетики.

Однак, як відмічається[6], урядова підтримка зеленої енергетики (зазвичай національної) може протирічити правилам і обмеженням міжнародної торгівлі. Насправді, такі схеми підтримки можуть містити субсидування чи торговельні бар'єри, на шкоду іноземним виробникам і вільній конкуренції. Уряди також можуть бути серйозними гравцями в секторі енергетики, справляючи значний вплив на іноземних інвесторів. В той же час, не слід забувати і про потреби споживачів. Ще

одним елементом цього “рівняння” є турбота про навколишнє середовище. Все разом, це протиріччя – частково внаслідок правил Світової організації торгівлі (надалі СОТ) щодо субсидування і частково внаслідок активізації програм урядової підтримки зеленої енергетики – загрожує унеможливити здатність СОТ розвивати таку практику вирішення проблем торгівлі в енергетиці, що одночасно відповідало б високим стандартам безпеки навколишнього середовища.[7]

Не дивно, що у цій сфері виникає чимало спорів. Наприклад, СОТ нещодавно відзначила зростання конфліктності щодо правил державної підтримки енергетики.[8] Японія і ЄС скаржаться до СОТ на дії Канади стосовно підтримки програми стимулюючих тарифів провінції Онтаріо. І якщо ця справа стосується законності вимог домашнього компоненту в контексті виконання умов програми Онтаріо, то деякі інші провадження торкаються більш системних проблем з стимулюючими тарифами, як наприклад оспорення їх як субсидування і відсутність чіткого статусу в системі торгівельного права.[9] Ще більше спорів лише розгораються. Тим часом, правовий статус стимулюючих тарифів, особливо в контексті правил СОТ, залишається неясним.

2. Програми стимулюючих тарифів

Головною метою програми стимулюючих тарифів є гарантія придбання електроенергії, що виробляється з відновлювальних джерел. Однак, беручи до уваги відмінності між ринками енергії, а також між державною політикою, імплементація стимулюючих тарифів може суттєво різнитись. У деяких країнах, системи стимулюючих тарифів є питаннями суспільного інтересу, у деяких залишаються більшою мірою економічними аспектами.[10]

Дослідники змальовують три сценарії імплементації систем стимулюючих тарифів[11]: за першим, орган публічної влади залучає державні кошти до здійснення програм стимулюючих тарифів; за другим, уряд створює чи залучає приватну компанію до реалізації такої програми, але обов’язково фінансує її; за третім, уряд залучає приватну компанію, яка самостійно фінансує програму. Основні відомі програми – наступні: Онтаріо програма, Німецький підхід, система Об’єднаного королівства. Якщо коротко характеризувати відмінності між вказаними програмами, то Онтаріо програма чітко містить значну долю державних коштів, тоді як у Німецькому варіанті уряд діє переважно як регулятор, приймаючи зокрема зобов’язання викупу енергії, продукуюваної за певних критеріїв.[12] Підхід Великобританії є умовно гібридним, де тариф також базується на зобов’язанні викупу, однак система розподілу коштів є більш локальною, з складною системою ліцензування і акредитації.

Різноманітність схем підтримки відновлювальної енергії відображає складність їхньої реалізації за різних обставин. Також, видається, що такі схеми перебувають у тісній взаємодії із нормативними рамками: урядова політика є базою для програм

підтримки зеленої енергії, тоді як ринкові умови енергетичного сектору спричинюють зміни у нормативному регулюванні.

3. Угода про субсидії і компенсаційні заходи

Угода про субсидії і компенсаційні заходи (надалі - Угода) [13] охоплює два різних, але пов'язаних Угода про субсидії і компенсаційні заходи (надалі – Угода) охоплює два різних, але пов'язаних предмети: багатосторонні регулювання здійснення субсидування і використання заходів для зменшення шкоди внаслідок субсудованого імпорту.[14] Угода містить положення, спрямовані на таке регулювання субсидування, що забезпечить уникнення шкоди національній економіці, або упередженості проти інтересів іншого члена СОТ.

Угода містить визначення поняття “субсидія”, з наступними визначальними характеристиками: (i) фінансовий внесок (ii) уряду чи іншого органу публічної влади (iii) що призводить до вигоди.[15] Всі складові поняття є обов'язковими. Угода передбачає список можливих форм субсидування: гранти, позики, податкові канікули, поставка товарів, застави, купівлі. Угода застосовується не лише відносно дій національних урядів, а й до інших органів публічної влади, державних агентів чи державних підприємств. Власне, саме це всеохопне поширення дії Угоди і перетинається із програмами стимулюючих тарифів.

Угода застосовується до субсидій, наданих товарам, але не послугам. Субсидування послуг охоплюється окремими регулюваннями в рамках ГАТТ.[16] При цьому, електрика вважається товаром, а не послугою.[17]

Таким чином, положення Угоди перебувають у тісному зв'язку із програмами стимулюючих тарифів і іншими схемами підтримки відновлювальної енергетики. Деякі такі програми можуть охоплюватись терміном “субсидування”, деякі – ні. Відповідно, постає два серйозних питання: (1) коли орган (аСОТр програми) вважається державним, а коли – приватним, і яку різницю це спричинює; і (2) чи повинні програми стимулюючих тарифів зазнавати різного регулювання у випадках або державної, або більш приватної сутності?[18]

У справах Онтаріо, було здійснено перші спроби відповісти на зазначені питання. Як буде показано далі, це виявилось непростим завданням, зокрема аспект належності програм стимулюючих тарифів до субсидування. В той же час, спірність багатьох положень дозволяє ініціювати чимало спорів у СОТ.

4. Програми стимулюючих тарифів і субсидії.

Як зазначалось, до передбачених СОТ форм фінансових внесків належать гранти, позики, застави, податкові канікули. Стимулюючі тарифи, однак, суттєво відрізняються, тому відповідь щодо їх належності до субсидій є неоднозначною.

Програма стимулюючих тарифів за своєю сутністю є гарантією викупу електрики, тому потенційно може бути кваліфікована як фінансовий внесок у формі “державне зобов'язання купівлі товарів”.[19]

Цікавою є позиція, згідно якої стимулюючі тарифи позиціонуються радше як урядова підтримка, ніж субсидування. Зокрема, у Онтаріо програмі заходи стимулювання позиціонувались саме як урядова підтримка, що ускладнювало застосування Угоди. Власне, така підтримка не повинна розцінюватись як дискримінаційні заходи.[20] Світовий ринок таких урядових програм підтримок оцінюється примірно у 4,7 млрд доларів США на рік лише у розвинених країнах, фактично залишаючись поза регулювання права СОТ. Наразі, деякі держави підписали спеціалізовану Угоду про урядову підтримку [21]. Більше того, принцип національного режиму визнається винятком для державних органів чи підприємств, що закуповують товар для урядових цілей у статті III:8(a) ГАТТ.[22] Однак, така субсидія буде забороненою положеннями статей 3.1(б) і 3.2 Угоди, а саме “квота щодо пріоритету використання домашніх понад імпортованими товарами”.

5. Субсидування відновлювальної енергетики і правила СОТ.

Урядові програми підтримки чистої енергетики, накладаючись на нечіткі правила міжнародної торгівлі, спричинюють правові спори.[23] Зокрема, вже близько 10 скарг подано до СОТ з 2010 року, і нові справи на підході. Найактуальнішим є питання урядових програм стимулюючих тарифів, що можуть суперечити правилам СОТ.

Перша скарга була від Японії (пізніше долучився Європейський союз) у 2010 році проти Канади, у зв'язку із Онтаріо (провінція Канади) програмою. Вимоги використання виготовленого в країні обладнання для установок генерування зеленої енергії як передумова отримання гарантованих цін викупу електроенергії (в рамках Онтаріо програми стимулюючих тарифів) були названі такими, що порушують певні правила СОТ.[24] Також, у 2013 році США запросили консультації із Індією стосовно її програми підтримки Національної сонячної енергетики на предмет порушення аналогічних правил СОТ.

Найбільший виробник сонячних фотоелементів, Китай, також не міг залишатись осторонь торговельних спорів. У 2010 році США запросили консультації із Китаєм стосовно вимог домашньої складової у вітровій енергетиці.[25] Європейський союз і Японія долучились до цього спору,[26] при цьому США ще й прийняли симетричні заходи проти Китаю на домашньому ринку, а ЄС ініціював антидемпінгові розслідування проти імпорту вироблених у Китаї сонячних фотоелементів.[27][28]

Отже, у результаті запровадження урядових програм стимулювання зеленої енергетики, виникають спори в рамках права СОТ.

6. Вимоги національної складової і національний режим

Важливим завданням правового режиму СОТ є забезпечення рівності у міжнародній торгівлі. У цьому зв'язку, національний режим (не дискримінувати іноземні продукти під час підтримки національних) і режим найбільшого сприяння (не надання переваги одному іноземному продукт перед іншим) мають велике

значення. Стаття III:4 ГАТТ передбачає, що “іноземні продукти повинні зазнавати такого ж ставлення, як аналогічні продукти національного походження”. Природно, що постає проблема з поняттям “аналогічності”, надто у енергетичному секторі. Однак, як вказувалось, Угода охоплює радше питанням законності субсидування.[29]

Стандарти національного режиму і режиму найбільшого сприяння перебувають у тісному взаємозв'язку із урядовими програмами підтримки відновлювальної енергетики. Мережа скарг і відзивів на скарги, разом з відносною відсутністю торговельних спорів щодо субсидування карбономістких палив, створює передумови для створення такої практики розв'язання спорів, яка обмежить законні рамки урядової підтримки зеленої енергетики. Ще більш ускладнюється ситуація тим, що чимало програм стимулювання зеленої енергетики запроваджуються муніципальними органами влади. Таким чином, програми стимулювання відновлювальної енергетики стають вразливим з боку правил СОТ.

Вимога національної складової в рамках програми стимулюючих тарифів для відновлювальної енергетики є особливо відчутною для інвестора. Зазвичай, такі положення суперечать кліматичним програмам і зобов'язанням країн. І хоча наразі інвестиційних спорів у зв'язку з цим небагато, однак та обставина, що Канада нещодавно програла спір двом нафтовим компаніям за порушення таких вимог, піднімає серйозну занепокоєність.

7. Програми стимулюючих тарифів і інвестиціне право

Правові виклики виникають через зміни запроваджених програм стимулюючих тарифів, що може містити порушення принципів інвестиційного права, як от стандарту справедливого і рівного ставлення (до інвесторів). Наприклад, Чеська республіка пропонувала щедрі тарифи для сонячної енергетики допоки не виявила серйозний дисбаланс в енергетиці. Відповідно, було ініційовано різкі зміни податкового режиму, зокрема закінчено податкові канікули для операторів сонячних електростанцій та запроваджено великі земельні податки. Доволі очікувано, такі жорсткі заходи могли бути кваліфіковані як порушення стандартів ставлення для іноземних інвесторів. Наразі, серія правових спорів і арбітражних звернень від іноземних інвесторів загрожує Чехії.[30]

Тим часом, Іспанське королівство вже отримало скарги щодо ретроспективних знижень тарифів на сонячну енергетику, від групи з 14 інвесторів. Скарга ґрунтується на порушеннях положень Енергетичної хартії, зокрема щодо законних очікувань як складової принципу справедливого ставлення. Також і Італія втягується у спір з іноземними інвесторами внаслідок її спроб відізнати програму стимулюючих тарифів у секторі сонячної енергетики.

Таким чином, втручаючись із регулюванням до енергетичного сектору, надто до відновлювальної енергетики, легко можна порушити притаманний інвестиційному режиму стандарт справедливого і рівного ставлення. Зокрема, такі його елементи:

законні очікування, забезпечення стабільного бізнес-середовища, прозорі і передбачувані правові норми для планування інвестицій. В той же час, уряд завжди зберігає право здійснювати регулювання, а інвестор повинен очікувати, що закон буде застосовано.

8. Онтаріо справи

6 травня 2013 року, було ухвалено два звіти апеляційного органу СОТ: Канада - певні заходи, що порушили Секцію генерування відновлювальної енергії (WT/DS412/AB/R) і Канада – певні заходи щодо Програми стимулюючих тарифів (WT/DS426/AB/R).[31] Вперше, було протестовано відповідність урядових програм підтримки чистої енергетики правилам міжнародної торгівлі. У цих спорах, необхідно було відповісти на ключове питання відповідності програм стимулюючих тарифів правилам СОТ. Зокрема, стояло завдання інтерпретації Статті III:8(a) ГАТТ 1994, що передбачає виняток для таких програм урядової підтримки зі стандарту національного режиму.

У другій справі, DS426, Європейський союз просив визнати заходи Онтаріо програми стимулюючих тарифів такими, що не відповідають зобов'язанням Канади згідно статей III:4 і III:5 Угоди ГАТТ. Аргумент полягав у тому, що такі заходи нагадували регулювання, які впливали на міжнародну торгівлю у спосіб порушення стандарту національного режиму. А саме, вимога національного походження обладнання для відновлювальної енергетики як передумова участі в Онтаріо програмі. Зокрема, обґрунтовувалась невідповідність субсидування певних товарів (статті 3.1(b) і 3.2 Угоди) оскільки фактично встановлювалась перевага національному товару перед іноземними аналогами, зокрема імпортованими із ЄС.

Заслуговує уваги і обґрунтування позиції відповідача, Канади. Програму стимулюючих тарифів передбачає викуп електроенергії з метою забезпечення достатнього і надійного постачання електрики споживачам, і захисту навколишнього середовища, тому відповідає виняткам у статті XX Гатт. Крім того, програма повинна бути визнана радше урядовою підтримкою ніж субсидуванням, в значенні статті III:8(a), але не Статті III:4.

Однак, останній аргумент, за яким програма стимулюючих тарифів повинна вважатись винятком зі Статті III:4, було відхилено з наступних причин. Застосування Статті III:8(a) обмежується товарами іноземного походження, дискримінованих відносно національних. В той же час, у справі не було доказів такої дискримінації, оскільки той товар, про підтримку якого стверджувала Канада, був насправді обладнанням, а не власне електроенергією. А електроенергія не конкурує із обладнанням для її генерування.[32]

Висновки у справі DS426 були узагальнені:[33]

Панель підтримує вимогу ЄС у контексті статті III:4 ГАТТ. Відповідно, Панель вважає за необхідне встановити: (i) чи може Канада покластись на статтю III:8(a) ГАТТ; (ii) якщо ні, то чи заходи Онтаріо програми підпадають під параграф 1(a).

Панель вважає що Канада не встановила застосовуваність Статті III:8(a) ГАТТ оскільки урядова підтримка електрогенерування (в рамках програми стимулюючих тарифів) була здійснена з перспективою комерційного перепродажу.

Панель рішенням більшості відхилила звинувачення ЄС на тих підставах, що ЄС не зміг встановити існування субсидій. Серед головних обставин, встановлених Панеллю, були наступні. Погодинний тариф ціни електрики в рамках Онтаріо програми, що вважався у своїй скарзі ЄС тестом для встановлення відповідності заходів стимулювання до неправомірних вигод, насправді належним тестом не може бути: (i) Тариф ціни не є результатом операцій на конкурентному ринку електроенергії; (ii) умови такого ринку рідко передбачають залучення інвестицій у генеруючі потужності як умову надійного постачання енергії; (iii) звичайні умови поставки електроенергії у провінції Онтаріо передбачають, що конкурентний ринок електроенергії не забезпечить досягнення наведених цілей. Отже, аргумент ЄС про субсидування є неспроможним.

У справі Онтаріо, урядова програма підтримки зеленої енергетики була названа такою, що не субсидуванням. Однак, висновки апеляційного органу можуть сягнути поза сектор відновлювальної енергетики. Перш за все, наслідки можуть бути для останніх торговельних спорів за участі Китаю, Італії, Греції і США.

9. Висновки

Секторі відновлювальної енергетики став надважливим для боротьби із кліматичними змінами і забезпеченням енергетичної безпеки. Тому урядові програми підтримки такої енергетики в принципі повинні підтримуватись транснаціональними правовими нормами, в тому числі і правилами СОТ. Програми підтримки зеленої енергетики можуть бути різними, від грантів для розвитку технологій на ранніх стадіях до податкових пільг чи пільгової закупівлі виробленої енергії. Програми стимулюючих тарифів набули найбільшої популярності і ваги у забезпеченні відновлювальній енергетиці необхідних умов розвитку.

В той же час, уряд повинен зберігати баланс між карбономістким паливом і відновлювальними джерелами енергії, захищати іноземних інвесторів, підтримувати національного виробника, захищати споживачів енергетики, а також не завдавати шкоди довкіллю.

Втручаючись у регулювання енергетичного сектору, уряд може порушувати права іноземних інвесторів. Перші спори вже мають свої рішення, але ще більше спорів лише визрівають. Є підстави сподіватись, що досить скоро практика розв'язання таких диспутів стане достатньою для вироблення певних правил співіснування відновлювальної енергетики, захисту інвесторів та правил СОТ.

Використані джерела:

1. Katty Hogg, Ronan O'Reagan, 'Support renewable energy mechanisms: an overview' PricewaterhouseCoopers LLP (2012) <<http://www.globelawandbusiness.com/RN/sample.pdf>> accessed on 2 April 2014
2. Ian Glover, 'Renewable energy support schemes now present in 127 countries, report finds' (28 August 2013) <http://www.pv-magazine.com/news/details/beitrag/renewable-energy-support-schemes-now-present-in-127-countries--report-finds_100012528/#ixzz2ywPQRaGa> accessed on 2 April 2014
3. Там само.
4. Marie Wilke, 'Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An Initial Legal Review', (2011) ICTSD
5. Trends in Investor Claims Over Feed in Tariffs for Renewable Energy (19 June 2012) <<http://www.iisd.org/itn/2012/07/19/trends-in-investor-claims-over-feed-in-tariffs-for-renewable-energy/>> accessed on 2 April 2014
6. Marie Wilke, 'Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An Initial Legal Review', (2011) ICTSD
7. Timothy Meyer, 'Energy Subsidies and the World Trade Organization', ASIL InSights (September 10 2013) <<http://www.asil.org/insights/volume/17/issue/22/energy-subsidies-and-world-trade-organization>> accessed on 2 April 2014
8. Energy Subsidies and the World Trade <<http://www.asil.org/insights/volume/17/issue/22/energy-subsidies-and-world-trade-organization>> accessed on 5 April 2014
9. Andrew Jerjian, 'The feed-in Tariff Controversy: Renewable Energy Challenges in WTO Law', University of Oxford (2013)
10. Marie Wilke, 'Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An Initial Legal Review', (2011) ICTSD
11. Thomas Cottier, 'Energy in WTO law and Policy', (2009), NCCR Trade Regulation, Working Paper 2009/25
12. Marie Wilke, 'Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An Initial Legal Review', (2011) ICTSD
13. Agreement on Subsidies and Countervailing Measures art. 3, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 14 Available at http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf> accessed on April 1 2014
14. Там само
15. http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/subs_e.htm
16. Marie Wilke, 'Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An Initial Legal Review', (2011) ICTSD
17. Готьє
18. Marie Wilke, 'Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An

Initial Legal Review', (2011) ICTSD

19. Marie Wilke, 'Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An Initial Legal Review', (2011) ICTSD

20. Там само

21. http://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/subs_e.htm

22. Marie Wilke, 'Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An Initial Legal Review', (2011) ICTSD

23. Energy Subsidies and the World Trade Organization <<http://www.asil.org/insights/volume/17/issue/22/energy-subsidies-and-world-trade-organization>> accessed on 5 April 2014

24. Canada - Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Section (WT/DS412/AB/R) and Canada - Measures Relating to the Feed-in Tariff Program (WT/DS426/AB/R), Reports of the Appellate Body <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/412_426abr_e.pdf> accessed on 12 March 2014

25. United States Requests WTO Dispute Settlement Consultations on China's Subsidies for Wind Power Equipment Manufacturers' <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2010/december/united-states-requests-wto-dispute-settlement-con>

26. Timothy Meyer, 'Energy Subsidies and the World Trade Organization', ASIL InSights (September 10 2013) <<http://www.asil.org/insights/volume/17/issue/22/energy-subsidies-and-world-trade-organization>> accessed on 2 April 2014

27. 'EU initiates anti-dumping investigation on solar panel imports from China'

European Commission - MEMO/12/647 <[http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-12-647_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-647_en.htm)> accessed on 1 April 2014.

28. 'EU initiates anti-subsidy investigation on solar panel imports from China' <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=841>

29. Marie Wilke, 'Feed-in Tariffs for Renewable Energy and WTO Subsidy Rules: An Initial Legal Review', (2011) ICTSD

30. Jaroslav Dorda, 'Solar bonanza turns into a nightmare for investors in the Czech Republic', (2010), <http://www.pv-tech.org/guest_blog/guest_blog_iv_solar_bonanza_turns_into_a_nightmare_for_investors_in_the_cze> accessed on 9 April 2014

31. Canada - Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Section (WT/DS412/AB/R) and Canada - Measures Relating to the Feed-in Tariff Program (WT/DS426/AB/R), Reports of the Appellate Body <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/412_426abr_e.pdf> accessed on 12 March 2014

32. Andrew Shoyer, Rajib Pal, 'Government Support For Green Energy: Is WTO Decision a Game-Changer?' <<http://whoswholegal.com/news/features/article/30990/>>

accessed on 13 April 2014

33. http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds426_e.htm

У статті описуються деякі суперечності між урядовими програмами підтримки відновлювальної енергетики і міжнародними правилами торгівлі. Зокрема, досліджено проблему належності таких програм до незаконного з точки зору права СОТ субсидування. Приведено приклади деяких спорів, зокрема у секторі відновлювальної енергетики.

Ключові слова: Стимулюючі тарифи, відновлювальна енергетика, субсидування, право СОТ, арбітражні спори.

В статье описываются некоторые противоречия между правительственными программами поддержки возобновляемой энергетики и международными правилами торговли. В частности, исследуется проблема принадлежности таких программ к незаконному с точки зрения права СОТ субсидирования. Приведено примеры некоторых судебных споров, в частности в секторе возобновляемой энергетики.

Ключевые слова: Стимулирующие тарифы, возобновляемая энергетика, субсидирование, право ВТО, арбитражные споры.

The article describes some contradictions between governmental programmes of supporting renewable energy and international trade rules. In particular, the problem of identifying if those programs may be qualified as illegal subsidising under the WTO law. Examples of recent disputes are provided.

Key words: Feed-in tariffs, renewable energy, subsidizing, WTO law, disputes.

Панкевич Олег Зіновійович

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

***Філософсько-правові аспекти свободи думки, совісті та релігії
(за матеріалами практики Європейського суду з прав людини)***

Постановка проблеми. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) та практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд) як важливі елементи європейської правозахисної системи все частіше стають предметом досліджень представників як загальнотеоретичної юриспруденції [див. 1-7], так і галузевих юридичних наук [8-11].

Проте із власне філософсько-правових позицій (за поодинокими винятками [12], що, як видається, лише підтверджують правило) відповідна практика, принаймні в українських виданнях, майже не розглядається. На нашу думку, це є недопустимою прогалиною, насамперед, у вітчизняній правовій науці, що може спричиняти неадекватне, а подекуди й явно помилкове, застосування правоположень Страсбурзького суду¹. Така прикра ситуація може виникнути, гадаємо, не в останню чергу у зв'язку з певним (а то й *повним!*) ігноруванням необхідності врахування *філософських* підходів ЄСПЛ до конкретних обставин справи під час ухвалення того чи іншого рішення.

У цьому контексті зазначимо, що нині поширеним, а то навіть й аксіоматичним є положення, згідно з яким, після «славної перемоги» над комуністичним світоглядом, на теренах Європи беззастережно «панує» ліберальна ідеологія, яка обстоює індивідуалістичний підхід до розуміння прав і обов'язків особи в сучасному суспільстві. Відтак, якщо погодитися із щойно наведеною тезою, на перший погляд, видається природним і логічним, що постулати лібералізму складають основу й філософсько-правових позицій суддів Страсбурзького суду. (Про це могли би свідчити, зокрема, положення преамбули і I-го розділу Конвенції.)

Наскільки це твердження відповідає дійсності? Чи справді є однозначною і беззастережною прихильністю ЄСПЛ до ліберальних підходів? Чи не можна побачити в деяких його сучасних рішеннях певних проявів філософії комунітаризму, яка «набирає силу в суспільствознавчій думці Заходу» [див. 13, с. 253]?

Спробуємо знайти відповіді на ці запитання, аналізуючи практику Суду, пов'язану із розглядом справ щодо скарг на порушення державами положень ст. 9

¹ Наголосимо, що ст. 17 Закону України «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» прямо проголошує Конвенцію і практику ЄСПЛ джерелом права.

Конвенції (право на свободу думки, совісті та релігії). У такому контексті *актуальність* обраної теми статті додатково обумовлена тим, що релігія продовжує залишатися одним із найвагоміших, найбільш суттєвих чинників соціального буття навіть у сучасному секуляризованому світі, а дотримання релігійної свободи, за слушним виразом Івана Павла II, «служує своєрідним «тестом» дотримання всіх інших основних свобод» [14, с. 228].

Дозволимо собі наголосити, що з юридичної точки зору, загальні (філософські й теоретичні) міркування про важливість забезпечення та захисту саме права на *релігійну свободу* як свободу базову, фундаментальну та найбільш важливу для духовного світу людини, набувають реальної ваги з огляду на правозастосовну практику, зокрема таку-от, яка відображена у відповідних рішеннях Страсбурзького суду.

Тому *метою статті* є аналіз основоположних філософсько-правових засад та світоглядно-ідеологічних підходів, використовуваних у практиці ЄСПЛ щодо захисту права на свободу думки, совісті та релігії.

Виклад основних положень. На самому початку вважаємо за необхідне задекларувати вихідну гіпотезу дослідження, згідно з якою, на нашу думку, однією із найголовніших, визначальних дихотомій для сучасної європейської політико-правової філософії є дихотомія «лібералізм – комунітаризм».

Видається можливим стверджувати, що основою для вірного розуміння останньої є питання про співвідношення індивідуального та колективного. На думку Е.С. Мирзаханяна, «вихідні онтологічні характеристики (лібералізму та комунітаризму. – *О.П.*) передбачають розбіжності щодо самої природи соціального життя, котрі реалізуються в полярності індивідуалізму та холізму. Лібералізм базується на платформі методологічного індивідуалізму, виходить із примату особистості та індивідуальних прав. Комунітаризм ... передбачає протилежні настанови, відштовхуючись від соціального цілого й об'єктивно необхідних йому благ» [15, с. 10].

Зазначимо, що основні постулати, цінності та принципи вказаних двох провідних течій політико-правової думки сьогодення, двох парадигм, на основі яких пропонуються розв'язки низки важливих філософсько-правових проблем, були нами окреслені у попередній публікації [16].

У пропонованій же статті спробуємо експлікувати дихотомію «лібералізм – комунітаризм» на матеріалах практики ЄСПЛ.

Насамперед видається необхідним наголосити, що при вирішенні конкретних справ Суд застосовує багаторівневий тест, який вимагає від ЄСПЛ відповідей на декілька принципових питань.

По-перше, чи мало місце втручання держави в право заявника, гарантоване Конвенцією? Зрозуміло, що при негативній відповіді подальше застосування тесту втрачає сенс.

Тут потрібно мати на увазі, що, як слушно зауважує С.В. Шевчук, «формулювання статті 9 Конвенції також ґрунтується на розрізненні двох сфер існування свободи думки, совісті й віросповідання. Перша – внутрішній елемент цієї свободи, тобто свобода особи щодо власних думок, совісті та віросповідання, тим часом як друга – зовнішній елемент, тобто свобода вираження своєї релігії чи вірування, яка, власне, може підлягати обмеженню. Відповідно, ніяке обмеження не може бути застосоване щодо першого елементу цієї свободи, який є абсолютним та необмеженим з огляду на свою природу» [7, с. 388–389].

По-друге (у разі, якщо суд позитивно відповідає на перше питання), слід встановити, чи було таке втручання здійснено на підставі закону («передбачено законом»). У рішенні по справі *«Лейла Шахін проти Туреччини»* Європейський суд відзначив, що «завжди розумів термін «закон» у «матеріальному», а не «формальному» смислі; він включає як «писане право», до якого належать, серед іншого, підзаконні і регулятивні заходи, вжиті компетентними розпорядчими органами на основі делегованих Парламентом повноважень по їх прийняттю, так і прецедентне право. Поняття «закон» має розумітися як сукупність законодавства та створеного суддями «права». В цілому, «закон» є діючим положенням у тому вигляді, в якому воно витлумачено компетентними судами» [17].

По-третє, тест вимагає встановити, чи державне втручання переслідувало належну (законну) мету² й чи було воно «необхідним у демократичному суспільстві»³. Звідси «впливає, зокрема, що сам закон розглядається як засіб, що підлягає перевірці на відповідність його морально значущій меті ефективного забезпечення прав людини, що відповідає внутрішній логіці ліберально-демократичного суспільного устрою» [18, с. 453].

І, нарешті, чи були використані засоби домірні (пропорційні) законним цілям, що ставилися під час такого втручання? «В умовах правової держави заборона надмірного державного втручання у свободу особи, – зазначає С. Погребняк, – розглядається як аксіоматична вимога: держава має право обмежувати права людини лише тоді, коли це дійсно необхідно, і тільки в такому обсязі, в якому її заходи будуть розмірними до переслідуваної мети. Іншими словами, у цій сфері

² Ч. 2 ст. 9 Конвенції такі цілі втручання держави формулює наступним чином: «в інтересах громадської безпеки, для охорони публічного порядку, здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб», фактично дублюючи положення ч. 2 ст. 18 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р.

³ У рішенні по справі *«Шассану та інші проти Франції»* Суд наголосив, що «термін «необхідно» не є синонімом таких термінів, як «корисно» або «бажано».

проголошується та діє принцип пропорційності (розмірності, адекватності). В його основу

покладена ідея, згідно з якою загальний інтерес, яким керується держава, не може бути таким, що придушує свободу окремої особи» [19, с. 49].

Найбільші складнощі (причому, насамперед власне філософсько-правового рівня), як видається, виникають під час пошуку відповідей на два останні питання розглянутого тесту (щодо «необхідності» і «домірності» державного втручання в сферу прав людини).

Центральним і найбільш цитованим самим судом при розгляді справ щодо скарг на порушення ст. 9 Конвенції є таке положення: «закріплена в статті 9 свобода думки, совісті та віросповідання є однією з основ «демократичного суспільства» в значенні Конвенції. Вона у своєму релігійному вимірі є одним із невід’ємних елементів, що визначають належність віруючих та їхній світогляд, але вона також є цінним надбанням для атеїстів, агностиків, скептиків і тих, хто не визначився. Від неї залежить плюралізм, невідривний від демократичного суспільства та здобутий дорогою ціною впродовж століть. Хоча свобода віросповідання є насамперед справою особистого сумління, вона також передбачає, серед іншого, свободу сповідувати релігію як індивідуально, так й спільно з іншими» (див., зокрема, Рішення Європейського суду у справах «Коккінакіс проти Греції», «Бускаріні та інші проти Сан-Марино», «Евейда та інші проти Сполученого Королівства» тощо).

У справі *«Александридіс проти Греції»* заявник, допущений до адвокатської практики в суді першої інстанції, був зобов’язаний принести присягу. Згідно з діючим законодавством це передбачало релігійну церемонію. Щоб замінити її урочистою заявою, пан Александридіс змушений був заявити, що є атеїстом. Страсбурзький суд у своїй постанові наголосив, що «релігійна свобода містить також негативний аспект, а саме право не сповідувати будь-яку релігію або релігійні переконання й не примушуватися до дій, які дозволяли би зробити висновок про те, чи має особа такі переконання чи ні. Державні органи не мають права втручатися в цю сферу індивідуальної свідомості й посвідчувати релігійні переконання або примушувати розкривати свої переконання з духовних питань» [20]. Гадаємо, що останнє твердження увиразнює класичний ліберально-індивідуалістичний підхід, за якого визнається «прийняття ідеї про можливість розрізняти публічну і приватну сфери суспільного життя, а також визнання можливості та корисності обмеження простору урядових повноважень лише публічною сферою. Натомість рішення про вищі цінності та сенс життя мають інтимно прийматися самою людиною в глибині своєї душі, без намагань влади примусово нав’язати або визначити їх, і отже, ці рішення мають залишатися у сфері приватного» [21, с. 364–365].

Надзвичайно позитивним моментом є постійні спроби Суду прискіпливо аналізувати в порівняльному плані практику вирішення того чи іншого питання в

різних державах-учасниках, знаходити спільні підходи в цих державах щодо правового регулювання того чи іншого проблемного моменту, з обов'язковим урахуванням національних особливостей. Це, зокрема, стосується випадків, коли йдеться про правове регулювання носіння в освітніх установах одягу, який має релігійне значення (справи «Дахлаб проти Швейцарії», «Лейла Шахін проти Туреччини» тощо). У цьому зв'язку ЄСПЛ робить принциповий висновок: «Неможливо виокремити єдиної для всієї Європи концепції значення релігії в житті суспільства» [17]. «...Крім того, як і Конституційний суд Туреччини..., Європейський суд вважає, що, розглядаючи питання про носіння ісламського хіджабу стосовно *турецьких реалій* (курсив наш. – О.П.), необхідно враховувати вплив, який може здійснити носіння подібного символу, що подається і сприймається як релігійний обов'язок, на осіб, котрі вирішили не носити його» [17]. Тут важливо зазначити, що Суд при вирішенні справ намагається якомога повніше враховувати існуючі в суспільстві соціальні умови реалізації права на свободу релігії.

Найбільш чітке, «викристалізоване» відображення ця принципова позиція знаходить у такому формулюванні ЄСПЛ: «...Конвенція є «живим документом», котрий повинен тлумачитися в світлі умов, які склалися в *конкретний час*» (курсив наш. – О.П.). «Отже, конкретний аналіз конкретної ситуації – таким є фундаментальне кредо Суду. А цей принцип, як відомо, є стрижнем, серцевиною діалектичного методу соціального пізнання», – надзвичайно влучно з цього приводу зазначає професор П.М. Рабінович [12, с. 15]. І продовжує свою думку: «Ця діалектика (співвідношення формально визначених фактів з їх соціальною сутністю – О.П.) знаходить свій вияв у тому, що в ряді випадків тим фактам, котрі є ідентичними за їх зовнішніми ознаками, може бути притаманна неоднакова соціальна значущість і навпаки: аналогічної соціальної значущості здатні набувати факти, які відрізняються між собою за формальними характеристиками. Саме цим, вочевидь, і можна пояснити, чому справи, здавалося б, однакові за формально окресленою фавбулою, вирішувались Судом по-різному: адже його рішення завжди були, окрім усього іншого, реагуванням на індивідуально-конкретну, ситуаційну значущість тих фактів, яким надавалось юридичне значення» [12, с. 16].

Ілюстрацією цього висновку може слугувати одне з останніх рішень по аналізованій категорії справ – Постанова ЄСПЛ від 15.01.2013 р. по справі «Евейда та інші проти Сполученого Королівства»: «Суд вважає, що, як і в справі пані Евейди (працювала в приватній компанії «Британські Авіалінії». – О.П.), для другого заявника (Ш. Чаплін, яка була усунена з посади медсестри. – О.П.) важливість отримання дозволу виражати свою релігію, носячи хрест на видноті, повинна бути серйозним аргументом на противагу. Однак причина, у зв'язку з якою її попросили зняти хрест, а саме захист здоров'я і безпеки у лікарняному відділенні, по суті своїй має більше значення, ніж та, котра застосовувалася щодо пані Евейди. <...> Отже,

втручання в її (Ш. Чаплін) свободу виражати свою релігію було необхідним у демократичному суспільстві й порушення ст. 9 щодо другого заявника не було» [22, с. 126]. Тобто, при аналогічних скаргах п. Евейди і п. Чаплін на заборону відкритого носіння хрестика на робочому місці Суд виніс змістовно протилежні рішення, врахувавши відмінні обставини такої заборони.

На наш погляд, наведені приклади підтверджують вже неодноразово висловлювану позицію (П.М.Рабінович), згідно з якою ЄСПЛ у своїй практиці реалізує екзистенціалістський підхід, проявляючи велику увагу індивідуальним особливостям «правової ситуації як джерела буття права» [див. 23].

Справа *«Фолгере та інші проти Норвегії»* [24] стосувалася скарг, поданих батьками, що не сповідували християнство і були членами Норвезької гуманістичної спілки. Заявники скаржилися, по-перше, на права на освіту у взаємозв'язку з порушенням права на свободу віросповідання внаслідок відмови національних органів повністю звільнити їхніх дітей від вивчення обов'язкового предмету «Християнство, релігія і філософія», який викладався в межах курсу десятирічної шкільної освіти в Норвегії. По-друге, вони також вимагали визнати порушення права не зазнавати дискримінації.

При розгляді цієї справи (зрештою, як і більшості інших) *засадничою* є позиція Суду, згідно з якою, «хоча індивідуальні інтереси повинні бути підлеглі інтересам групи, демократія не просто означає, що думка більшості має завжди превалювати: необхідно прагнути до *балансу* (курсив наш. – О.П.), за якого забезпечується справедливе і належне поводження з меншинами й не допускається будь-яке зловживання домінуючим становищем» [24]⁴. Як зазначає М. де Сальвіа, судова практика Страсбурга дійшла того, що «була визнана притаманною системі європейського захисту певна форма примирення між обов'язковими вимогами захисту демократичного суспільства і вимогами захисту особистих прав» [3, с. 20].

Суд також констатував: «той факт, що знання про християнство становили більшу частину Навчального плану для початкової і нижчої середньої шкіл порівняно з іншими релігіями і філософіями, не може, на думку Європейського суду, розглядатися як відхід від принципів плюралізму та об'єктивності, що прирівнюється до навіювання ідей. Враховуючи місце християнства в національній історії та традиції держави-відповідача, ця обставина повинна розглядатися як така, що знаходиться в межах розсуду держави при плануванні та встановленні програми курсу» [24].

⁴ Це положення «перегукується» із позицією Суду по справі *«Баранкевич проти Російської Федерації»*: «Здійснення конвенційних прав меншістю за умови схвалення з боку більшості було б несумісним із основоположними цінностями Конвенції. У такій ситуації права меншості на свободу релігії, вираження думки і зборів стали би виключно теоретичними, а не практичними і ефективними, як того вимагає Конвенція».

З іншого боку, Європейський суд, поклавши в основу своєї Постанови від 29 червня 2007 року положення про те, що «в фундаментальне право на освіту імплантовано право батьків на повагу їхніх релігійних і філософських переконань», визнав, що відмова у наданні заявникам-батькам повного звільнення від вивчення предмета «Християнство, релігія і філософія» для їх дітей порушила право на освіту. Слід наголосити, що таке рішення Велика палата прийняла *дев'ятьма голосами проти восьми*, що вже само по собі свідчить про його неоднозначність. На нашу думку, два останніх із наведених вище витягів з мотивувальної частини постанови ЄСПЛ можуть слугувати ілюстрацією поєднання підходів комунітаристських (наголос на правовому значенні інтересів християнської спільноти) із лібералістськими (врахування індивідуальних прав батьків, які не сповідували християнство).

Вважаємо, що досить чітко виражені ознаки ліберального комунітаризму (як своєрідного синтезу ідей лібералізму і комунітаризму) має також висловлена у низці рішень Суду позиція, згідно з якою «у демократичних суспільствах, населення яких сповідує декілька релігій, може виникнути необхідність в обмеженні свободи сповідування релігії чи переконань, щоб примирити інтереси різних груп та забезпечити повагу переконань кожної людини» (див. «Лейла Шахін проти Туреччини», «Коккінакіс проти Греції» тощо).

Водночас, варто звернути увагу на особливу думку судді Ф. Тюлькенс по справі «Лейла Шахін проти Туреччини», в якій зокрема зазначається: «Особистий інтерес заявниці у здійсненні права на свободу релігії та сповідування своєї релігії шляхом носіння зовнішніх символів не міг бути повністю поглинутий публічним інтересом у боротьбі з екстремізмом» [17]. Тут, однак, ліберально-орієнтований суддя, наголошуючи на тому, що індивідуальні інтереси не поглинаються публічними, висловлює незгоду з рішенням Суду, яке в своїй філософській основі, гадаємо, має певні комунітаристські преференції. Відтак, на думку цитованого судді, мало місце порушення як права на свободу релігії, так і права на освіту: «Велика палата не зважила протидіючі інтереси, а саме, з одного боку, шкоду, завдану заявниці (котра не тільки була позбавлена можливості продовжити навчання в Туреччині в зв'язку з її релігійними переконаннями, але і, за її словами, мала невеликі шанси повернутися до своєї країни працювати внаслідок труднощів з визнанням іноземних дипломів), а, з другого боку, користь, котру могло отримати турецьке суспільство від заборони заявнику носити хіджаб у приміщеннях університету» [17]. Отже, фактично суддя Ф. Тюлькенс говорить про те, що в правовій позиції Суду комунітаризм переважив ліберальний підхід!

Однією з найбільш резонансних в останні роки була справа «*Лаутсі та інші проти Італії*». Посилаючись на ст. 2 Першого протоколу до Конвенції та на ст. 9 Конвенції, заявники скаржилися на наявність розп'ять у класах державної школи, яку

відвідували їхні діти Датайко та Самі Альбертіна. 3 листопада 2009 р. Палата другої Секції Суду одноголосно постановила, що мало місце порушення права на освіту у взаємозв'язку із правом на свободу віровизнання. Після апеляції влади Італії Велика Палата ЄСПЛ 18 березня 2011 року винесла протилежне рішення. Видається, що ця справа становить не лише академічний, а й практичний інтерес, зокрема і для України, де в багатьох публічних місцях розміщені релігійні (переважно християнські) символи.

З огляду на обмежений обсяг пропонованої публікації, дозволимо собі звернути увагу читача лише на деякі, на наш погляд, найважливіші та особливо цікаві аспекти розгляду цієї складної і доволі неоднозначної справи.

По-перше, необхідно ще раз наголосити, що, по суті, центральною проблемою при вирішенні переважаючої більшості справ ЄСПЛ є знаходження оптимального балансу між різними конкуруючими цінностями, між задіяними у справі правозгідними соціальними потребами й інтересами.

На думку судді Розакіса, «основне питання, яке потребує вирішення в цій справі («Лаутсі та інші проти Італії»), є наслідком застосування тесту пропорційності до фактів справи. Пропорційності між, з одного боку, правом батьків на забезпечення освіти і навчання їх дітей згідно з їхніми релігійними і філософськими переконаннями, і, з іншого боку, правом чи інтересом, принаймні, дуже значного сегмента суспільства в демонстрації релігійних символів як прояву релігії чи переконань» [25]. Це твердження «перегукується» з позицією представника Московського Патріархату при Раді Європи в Страсбурзі ігумена Філарета (Булекова), який після першого рішення ЄСПЛ по справі, що аналізується, висловився про «глибоку кризу правозахисного підходу», яка проявляється, зокрема, у «вже застарілому конфлікті між індивідуальними й колективними правами. <...> Індивід, занепокоєний захистом свого власного, суб'єктивно зрозумілого права, проявляє неповагу до мільйонів своїх співгромадян – у своїй країні й в євротоваристві. Захищаючи свої права на загальноєвропейському рівні, він ігнорує права інших. Й високий Суд стає заручником такого підходу» [26]. Зрозуміло, що з релігійних міркувань представник РПЦ не міг позитивно сприйняти заборону розміщення розп'ять. Водночас звернемо увагу, що його аргументація, націлена насамперед на світську аудиторію (для спільноти віруючих християн тут іншого, ніж негативний, підходу вочевидь не може бути за визначенням!), якщо й прямо не базується, то, щонайменше, узгоджується з філософсько-комунітаристськими позиціями. І в цьому контексті можна погодитися з одним із провідних теоретиків сучасного комунітаризму Ф. Селзніком, на думку якого, «термін «комунітарний» може вживатися для означення будь-якої доктрини, яка високо цінує спільне благо або ідеали спільного блага й обмежує прагнення до індивідуальної незалежності та самореалізації. Основні релігійні традиції є переважно комунітарними у тому, що

вони вимагають жорсткої послідовності у дотриманні спільних цінностей» [цит. за: 27, с. 29].

По-друге, слід зауважити ще один аргумент власне філософського рівня, який Велика палата ЄСПЛ, безперечно, врахувала: «обов'язок нейтралітету та неупередженості», який згідно з позицією Суду, покладає на держави стаття 9 Конвенції, не може бути зведений до підтримки секуляристського підходу. Адже, як влучно зазначає суддя Пауер, «секуляризм (світогляд заявниці) є сам по собі однією ідеологією серед багатьох. Віддання переваги секуляризму порівняно з альтернативними світоглядами – релігійними, філософськими або іншими – не є нейтральним вибором» [25]. Подібною є позиція і судді Бонелло: «Наявність символу там, де він завжди був, не є актом нетерпимості віруючих чи культурних традиціоналістів. Його вилучення стало би актом нетерпимості з боку агностиків і секуляристів» [25]⁵. Іншими словами, забрати розп'яття – це означало б порушити принцип нейтральності на користь секуляризму, який, за виразом В. Єленського, нині «сам хоче бути релігією, яка заперечує конкурентів» [29].

Нарешті, іншими вагомими аргументами уряду Італії, які, на нашу думку, врешті-решт перешили на його користь терези європейського правосуддя, стали такі: «по-перше, наявність розп'яття не пов'язана з обов'язковим навчанням християнству. По-друге, згідно з твердженнями влади, Італія відкриває шкільне середовище паралельно й іншим релігіям: ... учням не заборонялось носити ісламські головні хустки або інші символи чи одяг, що має релігійний зміст; могли бути вжиті альтернативні заходи задля поєднання навчання з релігійною практикою меншостей; початок і кінець рамадану «часто відзначаються» в школах; і в школах може бути організовано факультативне релігійне навчання для «усіх визнаних релігійних вірувань». Крім того, немає підстав вважати, що влада проявляла нетерпимість до учнів, які сповідували інші релігії, були невіруючими або мали нерелігійні філософські переконання» (п. 74 Постанови) [25]. Як зазначив у своїй особливій думці суддя Розакіс, «ці елементи, що демонструють релігійну терпимість, котра виражається в *ліберальному підході* (курсив наш. – О.П.), який дозволяє всім релігійним конфесіям вільно виражати свої релігійні погляди в державних школах, на мій погляд, є основним фактором, який «нейтралізує» символічне значення наявності розп'яття в державних школах. Я би також сказав, що той самий ліберальний підхід слугує самій концепції «нейтралітету»; це інша сторона монети по відношенню, наприклад, до політики заборони демонстрації будь-яких релігійних символів у публічних місцях» [25]. Отже, втілена у наведених аргументах ліберальна ідеологія

⁵ Аналогічною є авторська реакція на пропозицію вилучити з преамбули Конституції України посилання на Бога [див. 28].

не допускає *вибірковості* розміщення або використання релігійних символів у публічних місцях.

Щоправда, не будемо приховувати, що деякі мотивування Європейського суду у справах про свободу думки, совісті та релігії викликають певні застереження, породжують певні сумніви в їхній бездоганності. Наприклад, у справі «Дахлаб проти Швейцарії», яка стосувалася вчительки початкових класів, Суд наголосив, що носіння нею хіджабу являло собою *«потужний зовнішній символ»*. Водночас розп'яття в класах державних шкіл Італії в справі «Лаутсі та інші проти Італії» Суд, на нашу думку, недостатньо обґрунтовано вважає *«пасивним символом»*. Виникає питання: чи не принизив таким трактуванням, означенням суд реальне соціальне значення хреста як релігійного символу?

Рішення Суду залишає сумніви у соціологічній обґрунтованості таких тверджень. На нашу думку, вплив різноманітних релігійних символів вимагає прискіпливого аналізу, який має здійснюватися з урахуванням конкретних обставин і умов, насамперед емпіричним шляхом, за певною обґрунтованою науковою методикою, а не встановлюватися а *ргіорі*, лише за розсудом суддів.

Крім цього, видається, м'яко кажучи, дискусійним також і твердження про те, що «Європейський суд не має доказів того, що демонстрація релігійного символу на стінах класу може мати вплив на учнів, і тому не можна розумно стверджувати, що це має чи не має вплив на молодь, чиї погляди все ще перебувають у процесі формування» [25].

У цьому контексті слід також зазначити, що ЄСПЛ не може не брати до уваги, не прогнозувати значущість соціальних наслідків власних рішень. Наприклад, у випадку задоволення скарги п. Лаутсі, гадаємо, стала би більшою ймовірність появи у майбутньому судових позовів з вимогою вилучити символи національної культурної ідентичності, які мають релігійне походження, з прапорів та гербів низки європейських країн.

Висновки. На завершення видається можливим наголосити, що практично жодне рішення Європейського Суду з прав людини не може обійтися без філософського, передовсім етико- й ціннісно-правового обґрунтування своїх позицій, а відтак – кожне його рішення, так би мовити, «приречене» бути за своєю сутністю своєрідним філософсько-правовим твором.

У цьому зв'язку стає очевидним, що суспільне несприйняття певних аргументів у мотивувальній частині (а відтак – і самих рішень) із високим ступенем вірогідності може пояснюватися не гіпотетичними помилками застосування прийомів юридичної техніки (що є дуже сумнівним з огляду на високу професійну кваліфікацію суддівського складу), а якраз тим, що філософські підходи суддів ЄСПЛ можуть не співпадати (явище цілком природне в умовах плюралістичної демократії!) із світоглядними установками критиків деяких резонансних рішень Суду.

Зокрема, проведений аналіз практики ЄСПЛ, присвяченої проблемам захисту права на свободу думки, совісті та релігії, дозволяє стверджувати, що, дійсно, етико-правові погляди більшості суддів відповідно до основоположних принципів Конвенції базуються на філософії лібералізму з її наголосом на приматі індивідуальних прав та особистої автономії щодо інших цінностей, передовсім комунітарних.

З іншого боку, задекларований у низці рішень метод пошуку оптимального балансу між інтересами особи та суспільства, меншості та більшості членів останнього свідчить про те, що для суддів також не є чужими і неприйнятними основні постулати комунітаризму.

Як відомо, спроба знайти «золоту середину», подолати шляхом синтезу концептуальні обмеженості двох потужних філософських напрямів – лібералізму і комунітаризму – «породила» течію так званого ліберального комунітаризму. Постулати останнього, як видається, можуть бути визнані основним філософським підґрунтям сучасних рішень поважної європейської судової інстанції, що можна вважати адекватним відображенням відповідних тенденцій у розвитку західної філософії в цілому.

Зрозуміло, що такий висновок потребує ґрунтовного доведення в подальших дослідженнях. Наша ж розвідка – не більше, ніж один із перших кроків у цьому напрямі, лише означення ще одного кута зору, під яким видається можливим і доцільним аналізувати практику Європейського суду з прав людини.

Використані джерела:

1. Дудаш Т.І. Практика Європейського суду з прав людини : навч.-практ. посіб. / Т.І. Дудаш. – К. : Алерта, 2013. – 368 с.
2. Егорова О.А. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод в судебной практике / О.А. Егорова, Ю.Ф. Беспалов. – М. : Проспект, 2014. – 144 с.
3. Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. / М. де Сальвиа. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 1072 с.
4. Рабінович П.М. Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації (загальнотеоретичні аспекти) / П.М. Рабінович, Н.М. Раданович // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України. – Серія І. Дослідження та реферати. Випуск 4. – Львів : Астрон, 2002. – 192 с.
5. Рабінович П. Страсбурзьке судочинство: реформування – неминуче / П. Рабінович // Майбутнє Європейського суду з прав людини (Інтерлакенська, Ізмірська,

Брайтонська декларації) / Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України. – Серія II. Коментарі прав та законодавства. Випуск 12. – Львів : СПОЛОМ, 2013. – С. 5–7.

6. Соловійов О.В. Міжнародні договори та міжнародно-судова практика їх застосування як джерела національного права (за матеріалами застосування в Україні Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду) / О.В. Соловійов // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України. – Серія I. Дослідження та реферати. Випуск 26. – К. : АОК, 2012. – 164 с.

7. Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції / Станіслав Шевчук. – Вид. 2-е, випр., доп. – К. : Реферат, 2007. – 848 с.

8. Блажівська Н. Принцип індивідуалізації юридичної відповідальності у податкових правовідносинах: практика Європейського суду з прав людини у податкових справах та її імплементація у діяльності адміністративних судів України / Наталія Блажівська // II Міжнародний форум з практики Європейського суду з прав людини : матеріали (м. Львів, 29 листопада – 1 грудня 2013 року). – Львів : Галицький друкар, 2013. – С. 24–32.

9. Дем'янова О. В. Оцінка правових позицій Європейського суду з прав людини з питання виконання судових рішень в контексті визначення цілей цивільного судочинства / О. В. Дем'янова // Судова апеляція. – 2014. – № 1. – С. 92–99.

10. Задоя К.П. Правові позиції Європейського Суду з прав людини щодо кримінально-правових обмежень права на свободу вираження поглядів / К.П. Задоя // Адвокат. – 2014. – № 2. – С. 24–29.

11. Тітко Е.В. Правомірне обмеження свободи вираження поглядів: досвід Європейського Суду з прав людини: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / Е.В. Тітко; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2013. – 20 с.

12. Рабінович П.М. Рішення Європейського суду з прав людини як «праволюдінні» стандарти / П.М. Рабінович // Європейський суд з прав людини. Матеріали практики (1993-2003 рр.). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України. – Серія II. Коментарі прав і законодавства. Випуск 4. – К.: Фенікс, 2004. – С. 9–24.

13. Сичивица О.М. Либерал-рестрикционизм и архитектоника гармонического мира [Текст] : Историософ.-политолог. трактат / О.М. Сичивица. – Львов : Каменяр, 2013. – 1220 с.

14. Иоанн Павел II. Мысли о земном / Иоанн Павел II ; пер. с польск. и итал. – М. : Новости, 1992. – 424 с.

15. Мирзаханян Э.С. Дискуссия о проблеме рационального обоснования социальной справедливости в западной философии второй половины 20-го – начала 21-го века: автореф. дис. ... канд. филос. наук: спец. 09.00.03 / Э.С. Мирзаханян. – Тверь, 2008. – 18 с.

16. Панкевич О.З. Лібералізм і комунітаризм: до питання про дві парадигми сучасної політико-правової філософії / О.З. Панкевич // Електронне періодичне наукове фахове видання «Право і громадянське суспільство». – 2013. – № 3(4). – С. 122–134.

17. Дело «Лейла Шахин (Leyla Sahin) и другие против Турции». Постановление от 10 ноября 2005 года № 44774/98. Принято Европейским судом по правам человека / Пер. с англ. Ю.Ю. Берестнева [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://docs.pravo.ru/document/view/19382733/17527918/>

18. Рабінович С.П. Природно-правові підходи в юридичному регулюванні: монографія / С.П. Рабінович. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – 576 с.

19. Погребняк С. Принцип пропорційності у судовій діяльності / С. Погребняк // Філософія права і загальна теорія права. – 2012. – № 2. – С. 49–55.

20. Дело «Александридис против Греции» (Alexandridis v. Greece). Постановление от 21 февраля 2008 г. (извлечение). Принято Европейским судом по правам человека [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://www.echr.ru/documents/doc/5592774/5592774.htm>

21. Шпрангенс Т.А. Реконструюючи ліберальну теорію: розум і ліберальна культура / Томас А. Шпрангенс // Лібералізм : антологія. 2-ге вид. / [упоряд. О. Проценко, В. Лісовий]. – К. : Простір, Смолоскип, 2009. – С. 362–377.

22. Постановление Европейского суда по правам человека от 15.01.2013 по делу «Эвейда и другие против Соединенного Королевства» / Пер. с англ. А.И. Понкиной // Нравственные императивы в праве. – 2013. – № 1. – С. 85–133.

23. Стовба А.В. Правовая ситуация как исток бытия права / А.В. Стовба. – Х. : ФО-П Лисяк Л.С., 2006. – 176 с.

24. Дело «Фолгере (Folgero) и другие против Норвегии». Постановление от 29 июня 2007 года № 15472/02. Принято Европейским судом по правам человека / Пер. с англ. Ю. Берестнева [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://docs.pravo.ru/document/view/19382115/20599132>

25. Дело «Лаутси и другие (Lautsi and others) против Италии». Постановление от 18 марта 2011 года № 30814/06. Принято Европейским судом по правам человека / Неофициальный пер. с англ. Г.А. Николаева [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://docs.pravo.ru/document/view/20089170/18974090/>

26. Игумен Филарет (Булеков): «Созданный прецедент крайне опасен». Представитель Московского Патриархата при Совете Европы прокомментировал постановление Страсбургского суда о том, чтобы убрать распятия из школ Италии [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://rusk.ru/st.php?idar=731877>

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

28. Панкевич О. До питання про використання релігійних термінів у конституціях зарубіжних держав (порівняльний аналіз) [Електронний ресурс] / О. Панкевич // Сайт Конституційної Асамблеї України. – 2013. – 21.08. – Режим доступу: <http://cau.in.ua/ua/news/id/opankevich-do-pitannja-pro-vikoristannja-religijnih-terminiv-u-konstitucijah-zarubizhnih-derzhav-porivnjalnij-analiz-770/>

29. Еленский В. Религиозная свобода: глобальные измерения / Виктор Еленский [Электронный ресурс] // Режим доступа: http://krotov.info/libr_min/06_e/le/nsky_1.htm

У статті робиться спроба експлікації дихотомії «лібералізм – комунітаризм» на матеріалах практики Європейського суду з прав людини, пов'язаної з розглядом справ щодо захисту свободи думки, совісті та релігії.

Ключові слова: свобода думки, совісті та релігії, Європейський суд з прав людини, лібералізм, комунітаризм, ліберальний комунітаризм

В статье делается попытка экспликации дихотомии «либерализм – коммунитаризм» на материалах практики Европейского суда по правам человека, связанной с рассмотрением дел относительно защиты свободы мысли, совести и религии.

Ключевые слова: свобода мысли, совести и религии, Европейский суд по правам человека, либерализм, коммунитаризм, либеральный коммунитаризм

The article attempts to explicating the dichotomy of "liberalism - communitarianism" on the materials of practice of the European Court of Human Rights related to the proceedings for the protection of freedom of thought, conscience and religion.

Key words: freedom of thought, conscience and religion, the European Court of Human Rights, liberalism, communitarianism, liberal communitarianism

Над випуском працювали:

*Відповідальний секретар:
Олександр Москалюк*

*Комп'ютерна верстка:
Павло Залізник*

*Дизайн обкладинки:
Інна Бондаренко*

*На обкладинці використано фото Прес-центру
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*