

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ

Заснований Видається
у 1922 р. щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію Передплатний індекс
Серія КВ № 23026-12866ПР 74424

Адреса редакції Головний редактор
вул. Багговутівська, 17–21 доктор юридичних наук, професор,
м. Київ, 04107, Україна академік НАПрН України
тел.: +380(44) 537-51-10 ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

Веб-сайт: <http://www.pravoua.com.ua> Голова Редакційної ради
E-mail: editor.pravoua@gmail.com доктор юридичних наук, професор,
Офіційна сторінка у Facebook: член-кореспондент НАПрН України
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua> РУСЛАН СТЕФАНЧУК

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань у галузі юридичних наук
(наказ Міністерства освіти і науки України від 28 грудня 2017 р. № 1714)

Міжнародної наукометричної бази даних EBSCO Publishing, Inc. (США)
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних Index Copernicus International (Польща)
(листопад 2014 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

ВИДАВЕЦЬ
© Видавничий Дім “Ін Юре”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Василь Тацій, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Юрій Шемшученко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Батлер (WILLIAM BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій Битяк, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вячеслав Борисов, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Гончаренко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Денисов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Козюбра, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Крупчан, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олена Лукашева, д-р юрид. наук, чл.-кор. РАН (Росія); Василь Нор, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Юрій Оборотов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Віталій Опришко, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України; Микола Панов, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Притика, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Петро Рабинович, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Селіванов, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола Селівон, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь Сіренко, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; Майдан Сулейменов, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Іван Тимченко, канд. юрид. наук, старш. наук. співроб., акад. НАПрН України; Володимир Тихий, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Шаповал, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Олександр Святоцький (головний редактор), д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Руслан Стефанчук (голова), д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія Резнікова (перш. заст. головного редактора), д-р юрид. наук, проф.; Тетяна Коломоець (заст. головного редактора), д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Антонюк, канд. юрид. наук., доц.; Юрген Базедов (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Віктор Базов, канд. юрид. наук; Сергій Балащенко, д-р юрид. наук, проф. (Білорусь); Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій Барабаш, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Батанов, д-р юрид. наук, проф.; Юрій Баулін, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Бевзенко, д-р юрид. наук, проф.; Антоніна Бобкова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Андрій Бойко,

д-р юрид. наук, проф.; Ігор Бойко, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Брьостл (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Володимир Бурдін, д-р юрид. наук, проф.; Ганна Буяджи, канд. юрид. наук; Валентина Васильєва, д-р юрид. наук, проф.; Ірина Венедиктова, д-р юрид. наук, проф.; Марсело Галуппо (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Данило Гетманцев, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Гетьман, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Головатий, д-р юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Віктор Гришук, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Гудима, канд. юрид. наук, доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Наталя Гуторова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Довгерт, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Дроздов, канд. юрид. наук, доц.; Віктор Єрмолаєв, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Журавель, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Задихайло, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Алієв Амір Ібрагім, д-р юрид. наук, проф. (Азербайджан); Тетяна Кагановська, д-р юрид. наук, проф.; Іван Калаур, д-р юрид. наук, доц.; Оксана Капліна, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ніна Карпачова, канд. юрид. наук, доц.; Василь Кисіль, д-р юрид. наук, проф.; Олена Кібенко, д-р юрид. наук, доц.; Віктор Колісник, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Колодій, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Комаров, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Тетяна Корнякова, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Костенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олексій Кот, д-р юрид. наук; Олена Кохановська, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Станіслав Кравченко; Володимир Кравчук, д-р юрид. наук, проф.; Олексій Кресін, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; Наталя Кузнецова, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Павло Кулинич, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Кучерявенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ірина Куян, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб.; Ярослав Лазур, д-р юрид. наук, доц.; Василь Лемак, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Лук'янов, д-р юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Луспенник, канд. юрид. наук, доц.; Богдан Львов, засл. юрист України; Роман Майданик, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Максимов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Андрій Мелешевич, д-р філософії (Ph.D.), доц.; Олександр Мережко, д-р юрид. наук, проф.; Лідія Москвич, д-р юрид. наук, проф.; Анатолій Музика, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Онщенко, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олеся Отраднава, д-р юрид. наук, доц.; Наталя Пархоменко, д-р юрид. наук, проф.; Петро Пацурківський, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Петришин, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Роман Петров, д-р юрид. наук, проф.; Пилип Пилипенко, д-р юрид. наук, проф.; Микола Погорецький, д-р юрид. наук, проф.; Сергій Погрівний, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Юрій Притика, д-р юрид.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

наук, проф.; Олександр Прокопенко, канд. юрид. наук.; Наталія Рассказова, канд. юрид. наук., доц. (Росія); Михайло Савчин, д-р юрид. наук, проф.; Світлана Серьогіна, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипнюк, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор Сліденко, д-р юрид. наук; Ксенія Смирнова, д-р юрид. наук, доц.; Михайло Смокович, д-р юрид. наук; Микола Стефанчук, канд. юрид. наук, доц.; Семен Стеценко, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Хірохіде Такікава, (HiRONIDE TAKIKAWA), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д-р юрид. наук; Олег Ткачук, д-р юрид. наук, доц.; Вячеслав Труба, канд. юрид. наук, проф.; Спиридон Флогатіс (SPYRIDON FLOGAITIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Джабір Халілов, канд. юрид. наук., доц. (Азербайджан); Євген Харитонов, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталія Хуторян, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Галія Чанишева, д-р юрид. наук, проф.; Олександр Чиріч (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Станіслав Шевчук, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Валерій Шепітько, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д-р юрид. наук, старш. наук. співроб.; Олексій Ющик, д-р юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YASHIKO YAMADA) Prof. (Japan); Олександра Яновська, д-р юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національна академія прокуратури України; Національний університет “Києво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ

ПАРТНЕРИ

АО “Адвокатська компанія ‘Кайрос’”; ГО “Ліга професорів права”; ГО “Союз юристів України”; Єдиний портал аналітики судової практики *Ratio Decidendi*; Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України; Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:
“ЕКОНОМІЧНИЙ АНАЛІЗ ПРАВА”

ВСТУПНЕ СЛОВО 11

*I. Економіка та державний вплив на неї:
проблеми і перспективи правового регулювання*

МИХАЙЛО САВЧИН
Конституційна економіка та основні моделі втручання держави
в економічні свободи 13

ОЛЕКСАНДР БЕЗУХ
Технічне регулювання у сфері господарювання 30

ОЛЕНА ЛІЛЛЕМЯЄ
Концепція поняття “державна допомога” 46

ОЛЕНА ЗЕЛЬДІНА
Інвестиційна привабливість України в умовах сталого розвитку 60

ЮЛЯ ПАВЛЮЧЕНКО
Завдання і засоби державного регулювання аграрного ринку 71

НІНО ПАЦУРІЯ
Прозорість як принцип державної політики у сфері нагляду
за страховою діяльністю 85

II. Економіко-правові засади забезпечення безпеки підприємництва

ВІКТОРІЯ РЕЗНІКОВА, РУСЛАН СТЕФАНЧУК
Оцінка ризиків у підприємстві та управління ними 101

ОЛЬГА ТУРЧЕНКО
Екологічна безпека та сталий розвиток: кореляційна залежність 116

*III. Економічна діяльність та її правове забезпечення
у сучасних ринкових умовах*

АНАСТАСІЯ ПОПОВА
Ринки небанківських фінансових послуг та їх інструменти 136

ВІТАЛІЙ ОЛЮХА
Господарсько-правове забезпечення аутсорсингу 151

БОГДАН ДЕРЕВ'ЯНКО
Про порівняння господарської діяльності з видобутком криптовалюти
 (“майнінгом”) та здійсненням операцій із нею 164

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ 176

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 5 • 5-7

ЗМІСТ

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

Руслана Гаврилюк
Зумовленість правової природи медіації буттєвим устроєм
людського світу..... 181

ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Павло Слободянюк
Захист прав людини від злочинних посягань –
новий доктринальний підхід..... 196

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Костянтин Соляник
Реформа місцевого самоврядування в Україні:
концептуальні проблеми конституційно-правового забезпечення
та перспективи розвитку 207

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

Наталія Блажівська
Захист гудвілу та клієнтури відповідно до практики
Європейського суду з прав людини..... 224

Григорій Мошак
Регульовальні та цивільно-правові аспекти вдосконалення доступу
до інфраструктури у Федеративній Республіці Німеччина 239

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ

Артем Данілов
Незалежність як принцип діяльності арбітражного керуючого 252

РЕЦЕНЗІЇ

Віктор Колісник, Федір Веніславський
Переосмислення досвіду конституційного регулювання
у Республіці Білорусь..... 268

RATIO DECIDENDI – НОВЕЛИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Практика Європейського суду з прав людини

Рішення Європейського суду з прав людини від 25 березня 1999 р.
у справі “Ятрідіс проти Греції” (Комюніке Секретаря Суду)..... 271

*Правові позиції Верховного Суду**Цивільна юрисдикція*

Про особливості розгляду позову про визнання недостовірною інформації, поширеної щодо публічної особи 273

Господарська юрисдикція

Про критерії правомірності втручання в право на мирне володіння майном чи активів, до якого з огляду на концепцію “майна” в розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод віднесено право оренди 276

ЮРИДИЧНА ХРОНІКА

Богдан Андрусишин, Олег Бучма
Українська державність: кризь призму часу
(за матеріалами Міжнародної наукової конференції,
присвяченої 100-річчю Української національно-демократичної
революції 1917–1921 рр., м. Київ, 24–25 травня 2018 р.) 279

ЮВІЛЯРИ

Ювілей члена-кореспондента
Національної академії правових наук України
ЄВГЕНА ХАРИТОНОВА
(до 70-річчя від дня народження) 291

Ювілей члена-кореспондента
Національної академії наук України,
ВОЛОДИМИРА ШАПОВАЛА
(до 70-річчя від дня народження) 294

Актуальна тема наступного номера:
“ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО УКРАЇНИ:
НОВІ ВИКЛИКИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ”

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:
“ECONOMIC ANALYSIS OF LAW”

INTRODUCTORY WORD	11
<i>I. Economy and the State’s Influence Thereon: Issues and Prospects of Legal Regulation</i>	
MYKHAILO SAVCHYN Constitutional Economics and the Main Models of the State’s Intervention in Economic Freedoms	13
OLEKSANDR BEZUKH Technical Regulation in Economic Activity	30
OLENA LILLEMIAE The Conception of “the State Aid” Concept	46
OLENA ZELDINA Investment Attractiveness of Ukraine under Conditions of Sustainable Development	60
YULIA PAVLIUCHENKO The Objectives and Means of the Agrarian Market Regulation by the State	71
NINO PATSURIA Transparency as the Principle of the State Policy on Supervision of Insurance Business	85
<i>II. Economic and Legal Foundations for Ensuring Safe Entrepreneurship Activities</i>	
VIKTORIIA REZNIKOVA, RUSLAN STEFANCHUK Business Risk Assessment and Management	101
OLHA TURCHENKO Environmental Safety and Sustainable Development: Correlation Dependence	116
<i>III. Economic Activities and Legal Framework Thereof under Modern Market Conditions</i>	
ANASTASIIA POPOVA Markets of Non-Bank Financial Services and Their Instruments	136
VITALII OLIUKHA The Economic Law Framework for Outsourcing	151
BOHDAN DEREVIANKO On the Comparison of Business Activity with Cryptocurrency Production (“Mining”) and Transactions with It	164
CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE CENTRAL TOPIC	176

PHILOSOPHY OF LAW

RUSLANA HAVRYLIUK
The Existential Arrangement of the Human World
as the Factor Determining the Legal Nature of Mediation 181

PROTECTION OF HUMAN AND CITIZEN’S RIGHTS

PAVLO SLOBODIANIUK
Protection of Human Rights against Criminal Encroachments –
a New Doctrinal Approach 196

CONSTITUTIONAL LAW

KOSTIANTYN SOLIANNIK
The Reform of Local Self-Government in Ukraine:
Conceptual Issues of Its Constitutional Legal Framework
and Development Prospects 207

CIVIL LAW

NATALIA BLAZHIVSKA
Goodwill and Clientele Protection in Accordance
with the Practice of the European Court of Human Rights 224

HRYHORII MOSHAK
Regulatory and Civil-Law Aspects of Improving the Infrastructure Access
in the Federal Republic of Germany. 239

SECTION FOR YOUNG SCHOLARS

ARTEM DANILOV
Independence as the Operational Principle of an Insolvency Officer 252

REVIEWS

VIKTOR KOLISNYK, FEDIR VENISLAVSKYI
Rethinking of the Constitutional Regulation Experience
in the Republic of Belarus 268

RATIO DECIDENDI – CASE LAW NOVELS

Case Law of the European Court of Human Rights

ECHR Judgment of March 25, 1999 in the Case of Iatridis v. Greece
(Press Release Issued by the Registrar) 271

TABLE OF CONTENTS

Legal Positions of the Supreme Court

Civil Jurisdiction

On the Specifics of a Legal Action for Recognizing
as Invalid of the Information Disseminated about a Public Figure 273

Commercial Jurisdiction

On the Lawfulness Criteria in Case of Interference
with the Right to Peaceful Enjoyment of Possessions or Assets
which Includes the Right to Lease in Accordance with the Concept
of “Property” within the Meaning of Article 1 of the First Protocol
to the Convention for the Protection of Human Rights
and Fundamental Freedoms 276

LEGAL CHRONICLE

BOHDAN ANDRUSYSHYN, OLEH BUCHMA
Ukrainian Statehood: Through the Prism of Time
(Based on the Materials of the International Scientific Conference
Dedicated to the 100th Anniversary of the Ukrainian National
Democratic Revolution of 1917–1921, Kyiv, May 24–25, 2018). 279

ANNIVERSARY CELEBRATIONS

Anniversary of the Corresponding Member
of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine
YEVHEN KHARYTONOV
(on the 70th anniversary of his birth). 291

Anniversary of the Corresponding Member
of the National Academy of Sciences of Ukraine
VOLODYMYR SHAPOVAL
(on the 70th anniversary of his birth). 294

www.pravolia.com.ua

Central Topic of the Next Issue:
“ECONOMIC LAW OF UKRAINE:
NEW CHALLENGES AND DEVELOPMENT PROSPECTS”

Актуальна тема номера:
“ЕКОНОМІЧНИЙ АНАЛІЗ ПРАВА”



Вікторія Резнікова

доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ВСТУПНЕ СЛОВО

На сторінках журналу “Право України” тема економічного аналізу права порушується та пропонується до обговорення юридичною спільнотою вперше.

Не секрет, що до мети і можливостей економічного аналізу права (так званої “правової економіки”) юристи ставляться здебільшого критично. Звертається увага, зокрема, на те, що постановка завдань права несумісна із завданнями економіки, оскільки справедливість погано корелюється з ефективністю. Через це незаслужено відкидаються інструменти та засоби економічного аналізу правових норм, які покликані сприяти їхньому удосконаленню, з орієнтацією на традиційні критерії економіки, власне, на ефективність у загальному всеохоплюючому розумінні (йдеться про суспільну ефективність, за якої суспільні переваги максимізуються, а суспільні недоліки або соціальні видатки – мінімізуються).

У сучасних реаліях економічний аналіз права безпосередньо впливає як на формування ринкової економіки, так і на утвердження основоположних засад правової держави. Верховенство права, зі свого боку, стає фактором сталого економічного розвитку, системоутворюючим елементом правової економіки. Оцінка стану правової системи не вичерпується, звісно, показником економічної ефективності. Однак для аналізу законодавства та судової практики з економічним змістом саме цей показник є пріоритетним, що зумовлює доповнення методологічного арсеналу економіко-правових дослідницьких засобів інструментарієм економічного аналізу права.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 5 • 11-12

Економічний аналіз продуктивно може застосовуватися до всіх галузей права. Утім, особливого значення набуває саме для права господарського, оскільки будь-які господарські явища, інститути, господарська діяльність або відносини мають економічне підґрунтя, економічні передумови виникнення та становлення. Дослідження економічної сутності того чи іншого явища в науці господарського права необхідне для того, щоб віднайти адекватні правові форми відносин, які становлять предмет відповідної галузі права, – а тому визначити та висвітлити правову природу тієї чи іншої категорії господарського обороту неможливо без з'ясування її економічної сутності, а подекуди й навпаки, – вирішенню різноманітних економічних завдань сприяє використання адекватних правових форм. Правова наукова думка не завжди встигає засвоювати досягнення економічної науки щодо ринкової інфраструктури, у результаті чого економічна та правова проблематика підприємництва виявляється замкненою єдиним колом.

Економічні підходи успішно можуть застосовуватися у питаннях власності (включаючи інтелектуальну власність), у договірному праві, при обговоренні правових проблем державного регулювання ринку (антимонопольне законодавство, технічне регулювання, формування державної політики), а також ефективного правового забезпечення різноманітних видів економічної діяльності, безпеки бізнесу (оцінки підприємницьких ризиків, управління ними) тощо. Кожен із авторів журналу, взявши участь у науковій дискусії з актуальної теми номера, спробував продемонструвати це на запропонованому ним прикладі. Маємо надію, що ініційована нами дискусія слугуватиме розвитку та утвердженню правової економіки.

І. Економіка та державний вплив на неї: проблеми і перспективи правового регулювання



Михайло Савчин

доктор юридичних наук, професор,
директор Науково-дослідного інституту
порівняльного публічного права та міжнародного права
Ужгородського національного університету
(м. Ужгород, Україна)
michaelsavchyn7@gmail.com

УДК 342.417

КОНСТИТУЦІЙНА ЕКОНОМІКА ТА ОСНОВНІ МОДЕЛІ ВТРУЧАННЯ ДЕРЖАВИ В ЕКОНОМІЧНІ СВОБОДИ

АНОТАЦІЯ. У статті визначено чинники формування правил на основі стандартів, які визначають проблему вибору моделі втручання держави в економіку. Зроблено висновок, що ліберальна, ліберально-демократична, соціетальна та перехідні моделі економіки є відносними і насамперед залежать від балансування між принципами і цінностями, що визначається в інституційну спроможність економіки та держави. У статті застосовано синтетичний підхід здійснення досліджень у правничій науці, який поєднує міждисциплінарність, правовий плюралізм та цінності у праві. Доктрина, правозастосування та верифікація достовірності постулатів та юридичних конструкцій у процесі правозастосування аналізуються як єдина правова матерія, в основі якої лежать цінності права.

З погляду досягнень сучасної доктрини конституціоналізму, зокрема поваги до гідності людини та приватної автономії індивіда, у статті проаналізовані основні моделі втручання держави в економічну систему. Такі моделі накладаються на особливості перехідних конституційних демократій для визначення прийняттого алгоритму економічних реформ. На основі аналізу природи принципу пропорційності розкрито конституційні аспекти втручання держави у фундаментальні економічні свободи – свободу договору, гарантії права приватної власності, свободи вибору професії і роду занять, свободи руху капіталів, товарів, послуг та свободи поселення і вибору місця проживання.

Компаративний аналіз моделей втручання держави у здійснення економічних свобод через призму принципу пропорційності свідчить, що застосування конкретних заходів з боку держави цілком залежить від певної структури економіки, ступеня її диференціації, відкритості та гарантування економічних свобод. Це охоплюється інституційною спроможністю держави за активної участі економічних акторів формулювати, відтворювати та примножувати правила та процедури,

© Михайло Савчин, 2018

які можуть гарантувати стабільність і добросовісне виконання контрактів. З точки зору соціетального конституціоналізму держава діє у симбіозі з суспільством із метою впровадження передових економічних досягнень та збереження довкілля, реалізуючи у такий спосіб сталий розвиток.

Ключові слова: втручання; економічні свободи; конституційна економіка; конституційні цінності; конституціоналізм; порядок; пропорційність; хаос.

Вступ, або Конституційні принципи і цінності у забезпеченні економічних свобод

При визначенні допустимих меж втручання в економічні процеси виникають питання, традиційні не лише для юриспруденції, які стосуються його легітимності, допустимих меж обмеження прав людини чи питань, а й економічного порядку. На порядок денний виходить й інституційна спроможність держави визначати найбільш оптимальну модель регулювання економічних відносин із точки зору підтримки та зростання ділової активності та забезпечення сталого розвитку національної економіки. Категорії “втручання”, “засоби”, “приватна автономія”, “обов’язок захисту держави” ще лише входять в обіг вітчизняної правової доктрини. Зокрема, вони поступово застосовуються у рішеннях Конституційного Суду України (далі – КСУ)¹.

Водночас вони є основними для розуміння сутності конституційної економіки. Отже, метою дослідження є розкриття легітимності меж втручання держави в економічні процеси та розуміння сутності негативних і позитивних обов’язків держави у забезпеченні економічних свобод. Тому у цій статті буде зроблено короткий огляд: 1) формування правил на основі стандартів, які 2) визначають проблему вибору моделі втручання держави в економіку, які 3) насправді є відносними і насамперед залежать від балансування між принципами і цінностями, що впирається, врешті-решт, в інституційну спроможність економіки та держави.

Основним методологічним інструментарієм при розгляді цієї проблематики є: а) міждисциплінарний підхід, зумовлений самою постановкою проблеми й необхідністю розуміння природи економічних процесів; б) правовий плюралізм, який передбачає оперування різними моделями втручання держави в економіку та обґрунтування легітимності втручання; в) балансування, оскільки питання економіки тісно пов’язані з дилемою доступу до

¹ Рішення КСУ доступні на його офіційному веб-сайті за адресою: <http://ccu.gov.ua/>. Вказано номер рішення, його тип (після тире “рп” – це рішення, “в” – висновок), а за слешом рік ухвалення. Рішення Конституційного Суду України від 8 квітня 2015 р. № 3-рп/2015. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-15> (дата звернення: 05.05.2018); Рішення Конституційного Суду України від 8 червня 2016 р. № 3-рп/2016. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-16> (дата звернення: 05.05.2018); Рішення Конституційного Суду України від 20 грудня 2017 р. 2-рп/2017. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-17> (дата звернення: 05.05.2018); Рішення Конституційного Суду України від 24 квітня 2018 р. № 3-рп/2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-18> (дата звернення: 05.05.2018).

ресурсів та цінностями у праві, адже цінність може і не мати своєї ціни як такої, оскільки є вартісною за природою. Все це охоплюється синтетизмом, адже доктрина, правозастосування та верифікація достовірності постулатів і юридичних конструкцій під час правозастосування аналізуються як єдина правова матерія, в основі якої лежать цінності права.

Економіка та право: стохастика та порядок

Це найбільш складне питання поряд із проблемою балансування між цінностями, оскільки йдеться про юридичну аргументацію, яка спиралася б на емпіричні факти та природу економічних процесів. Тому слід насамперед визначитися із природою економічних процесів і ступенем їхньої упорядкованості. Економічні процеси з юридичного та соціального аспектів стосуються свободи. Тобто закономірності і випадковості зумовлюють стохастичність економічних процесів, оскільки вони ґрунтуються на свободі.

Наприклад, Й. Шумпетер розглядав економіку як цілісну систему, параметри якої є взаємоузгодженими, розвиваються на основі свободи та поєднують у собі економічний розвиток у межах економічних циклів². На циклічній природі економічних процесів наголошують Ф. Бродель та М. Кондратьєв³.

Упорядкування економічних процесів стосується втручання у сферу здійснення свободи, що може обґрунтовуватися доступом чи збереженням певних благ, зокрема забезпечення сталого розвитку суспільства. У цьому відношенні наявний конфлікт, оскільки правове регулювання економіки пов'язане з юридичною невизначеністю на майбутнє. У середньо- та довгостроковій перспективі доволі складно передбачити як умови їх застосування, так і структуру економіки та її типи, що може стати рушійним чинником зміни правил і процедур. Така непередбачуваність може послужити лише джерелом свавілля, оскільки носії владних повноважень можуть довільно застосовувати правила, які є анахронізмом і не відповідають природі речей. Тому ідея всеосяжного регулювання економічних процесів не відповідає вимогам правової визначеності, передбачуваності правил та заборони свавілля.

Ф. фон Гаек як основу суспільного порядку розглядає співвідношення між стихійним порядком (*kosmos*) та правилами організації (*taxis*)⁴.

² Йозеф А Шумпетер, *Теорія економічного розвитку. Дослідження прибутків, капіталу, кредиту, відсотка та економічного циклу* (Киево-Могилянська академія 2011) 21 і наст., 203 і наст.

³ Фернан Бродель, *Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм. XV-XVIII ст.* т 3: Час світу (Основи 1997); Н Кондратьєв, *Большие циклы конъюнктуры и теория предвидения: избранные труды* (Економіка 2002).

⁴ Ф А фон Хайек, *Право, законодательство, свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики* (ИРИСЭН 2006) 53-72.

Kosmos побудований на засадах свободи і виникає спонтанно під час взаємодії людей та організацій. При такій соціальній системі з'являється проблема управління:

Структура сучасного суспільства досягла нинішньої складності, яка набагато перевищує все, що могло бути досягнуто в рамках обдумані організації, що управляється, саме тому, що не залежала від організації, а розвивалася як стихійний порядок⁵.

Д. Боаз також підтверджує тезу про спонтанний характер соціального устрою без належного обґрунтування виникнення засад громадянського суспільства, яке не є організацією та немає власної мети⁶. Натомість Ф. фон Гаек зазначає, що у соціальній системі на перше місце висуваються правила, а не цінності чи структурна побудова (організація). Справедливість розуміється ним із процедурної точки зору як розподіл ролей щодо трактування абстрактних правил, соціальна справедливість не може бути встановлена із визначеною достовірністю⁷.

Якщо ж розглядати процес формування правил, який передбачає цілеспрямовану та цілепокладальну діяльність учасників економічних відносин, то такі правила, з урахуванням цілісного і циклічного характеру, набувають рамкового характеру. Тому враховуючи такі параметри, економічна система цілком у дусі висновків Н. Лумана є автопоетичним конгломератом⁸. Тут також важливими є відкритість і самодостатність економічної системи, яка запобігає випадкам ентропії у формулюванні правил⁹, що у законотворенні означає надмірне втручання держави в економічні свободи у формі численних суперечливих правових актів, маса яких накопичується й ускладнює ділову та економічну активність акторів.

Свобода людини визначає міру втручання держави у її приватне життя. Співвідношення між свободою та мірою втручання у приватну автономію виражає принцип пропорційності¹⁰. За цим принципом держава не повинна накладати на особу надмірних обмежень, які посягали б на сутнісний зміст основного права і перевищували межі необхідності, що

⁵ Хайек (н 4) 68.

⁶ Д. Боаз, 'Ключові поняття лібертаризму' в Проценко О та Лісовий В (упоряд), *Лібералізм: Антологія* (2-ге вид, перероб, Простір, Смолюскіп 2009) 35.

⁷ Хайек (н 4) 244-6, 264.

⁸ Никлас Луман, *Общество как социальная система* (Логос 2004) 29.

⁹ Там само 67.

¹⁰ С. Погребняк, *Основні принципи права (змістовна характеристика)* (Право 2008) 192-204; Б. Шлоер, 'Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві' [2003] 3(8) *Український юридичний часопис* 73; Станіслав Шевчук, 'Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід)' [2000] 1(20) *Вісник Академії правових наук України* 69.

впливають із публічного інтересу. Відповідно, у європейській практиці вироблено критерії втручання держави через інтерпретацію конструкцій “передбачено законом”, “необхідний у демократичному суспільстві” тощо.

Для належного аналізу моделей втручання держави в економіку слід також мати на увазі систему колективних дій, що склалися у суспільстві, бо, врешті-решт, і сама конституція є продуктом спільної діяльності людей, спрямованої на забезпечення суспільних благ – гідності людини, свободи, рівності, верховенства права та демократії, що лежить в основі сучасної демократичної конституційної державності (більш детально дивись працю М. Савчина “Сучасні тенденції конституціоналізму в контексті глобалізації та правового плюралізму”¹¹). Справа лише полягає в ефективних та дієвих суспільних інституціях, процедурах і правилах.

Основні моделі втручання держави в економіку

Якщо проаналізувати ліберальну, ліберально-демократичну, соціетальну моделі втручання держави в економіку, то вони лише демонструють певний набір вимог до правил і процедур втручання держави в економічні процеси. Складнішого характеру ці процеси набувають під час трансформації економічної системи із закритої адміністративно-командного типу до відкритих моделей, які засновані на певному концепті ринкової економіки.

1. *Ліберальний підхід* тяжіє до мінімального втручання публічної влади у приватне життя індивіда; конституція вважається інструментом обмеження публічної влади правовими рамками, основним елементом якого є вільна конкуренція на ринку, свобода руху капіталів, товарів, послуг і робочої сили. Тобто лібералізм передбачає гарантії свободи у межах закону, рівність перед законом і судом, верховенство права, заперечення ідеї, що закони визначають наслідки соціальних процесів, влада має обмежуватися регулюванням задля гарантування свободи і вона передбачає реформи задля індивідуальних свобод перед обличчям невизначеності; тому у лібералізмі немає раз і на завжди заданої ідеї¹². Водночас Т. Седлачек наголошує на тому, що лібералізм не надає очевидної відповіді щодо етосу економічної діяльності та ідеї саморегулювання ринку, які насправді є взаємодоповнюваними¹³.

По суті неолібералізм Ф. фон Гаєка схиляється до синергетичного трактування соціального порядку, оскільки цінності мають відносний та

¹¹ Михайло Савчин, *Сучасні тенденції конституціоналізму в контексті глобалізації та правового плюралізму* (РІК-У 2018).

¹² Дж. Итуэлл и М. Милгейт и П. Ньюмен (ред), *Экономическая теория* (ИНФРА-М 2004) 475-480.

¹³ Томаш Седлачек, *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи* (Видавництво Старого Лева 2017).

утилітарний характер – “абстрактний порядок може бути метою правил поведінки”. За таких умов закон виражає той самий “абстрактний порядок”, а судові рішення забезпечує підтримання та поліпшення існуючого порядку¹⁴. Таким чином, суддя перетворюється у реального дистриб’ютора між абстрактними правилами у сенсі концепції “невидимої руки” А. Сміта.

Ліберальна модель втручання ґрунтується на мінімальному обмеженні свободи договору, руху капіталу, товарів, послуг і робочої сили, вільній конкуренції тощо. Прикладом такого підходу є відоме рішення Верховного Суду США у справі “Лохнер проти Нью-Йорка”¹⁵. Суд визнав неконституційним статут штату, який встановлював обмеження у 10-годинний робочий день у пекарнях і пральнях, пов’язаний зі шкідливими для здоров’я працівників умовами праці. Він керувався 14-ю Поправкою до Конституції США, зокрема свободою договору і тим, що такі питання мають регулюватися Конгресом США.

Ліберальний підхід визнає динамічний характер економічної системи, який зумовлений тим, що за своєю природою вона є відкритою, оскільки визначається раціональною поведінкою учасників економічної діяльності, в основі якої лежить забезпечення їхніх інтересів. Зважування інтересів учасників економічної діяльності раціоналізує їх у бік забезпечення балансу інтересів. Такий баланс завжди є нестійким, оскільки питома вага певних інституцій, учасників, об’єктів економічної діяльності змінюється з огляду на зміни потреб та інтересів у самій економічній системі. Флуктуації, які відбуваються у межах економічної системи, об’єктивно призводять до пошуку нового шляху узгодження інтересів, що передбачає певні процедури прийняття рішень.

2. *Ліберально-демократичний підхід* втілений у конституційній економічній теорії Дж. Б’юкенена, основним призначенням якої є забезпечення вибору [легітимних конституційних] обмежень на відміну від вибору у рамках [економічних] обмежень згідно з класичною економічною теорією, яка бере витоки від А. Сміта¹⁶. Як на недоліки ліберальної моделі вказують на те, що складно спрогнозувати перебіг економічних циклів, тому необхідне накопичення капіталу та ресурсів з розрахунку на стадії циклу з низьким рівнем розвитку та тієї обставини, що не завжди має місце економічне зростання¹⁷. Економічні процеси самі по собі є непередбачуваними і певні чинники, які можуть спричинити економічні кризи, складно своєчасно і достеменно передбачити¹⁸.

¹⁴ Хайек (н 4) 132, 137.

¹⁵ Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

¹⁶ Итуэлл и Милгейт и Ньюмен (н 12) 168.

¹⁷ Там само 431 і наст.

¹⁸ Нассим Николас Талеб, *Чорний лебедь. Под знаком непредсказуемости* (Колибри 2010) 225 і наст.

Акцентуючи увагу на альтернативах політичного вибору (власне кажучи, конституційних моделей легітимності втручання у свободу економічної діяльності) і зумовлених цим вибором соціальних взірців-моделей поведінки, прибічники цієї теорії зумовлюють такий вибір досягненням у суспільстві консенсусу на засадах критерію ефективності правил та інститутів як результату цього консенсусу (К. Віксель). За таких умов Дж. Міль наголошує, що в основі поведінки, чи-то приватної особи, чи-то держави як юридичної особи, лежить інтерес, який вона має на меті, по можливості, зловживаючи ним. На думку Дж. Кейнса, ринкові механізми саморегулювання не можуть забезпечити належний рівень добробуту і зайнятості, тому є виправданим втручання держави з метою справедливого розподілу ресурсів¹⁹.

При визначенні обґрунтованості правового регулювання американський науковець Р. Іпстейн із посиланням на Дж. Локка наголошує на трьох функціях держави – оподаткуванні, регулюванні та модифікації правил відповідальності. Тому держава має насамперед компенсувати збитки, заподіяні приватній власності у разі здійснення правового регулювання, оподаткування та зміни правил відповідальності²⁰. При цьому, як сформулював у своїй юриспруденції КСУ, запровадження таких заходів має відповідати засадам пропорційності, тобто ‘обмеження прав і свобод людини і громадянина є допустимим виключно за умови, що таке обмеження є домірним (пропорційним) та суспільно необхідним’²¹.

Така матриця відносин зумовлює раціональність вибору, заснованого на забезпеченні балансу інтересів. Однак такий баланс впирається у проблему обмеженості ресурсів. Тому конституційна економічна теорія так і не може дати відповіді на проблему легітимності конституційних обмежень. Частковою спробою подолати такий недолік є антимонопольне законодавство, починаючи від Акта Шермана, який передбачив повноваження прокуратури США щодо переслідування фактів картельної змови трестів на ринку, що призводило до монопольного становища на ринку та обмеження свободи договору.

3. *Соціетальний підхід* ґрунтується на визнанні самодостатнього характеру горизонтальних зв’язків, з огляду на що суб’єктами творення права є не лише публічна влада, а й приватні особи. Прикладом цього може бути *lex mercatoria*, *lex digitalis* та третейський арбітраж тощо. Всі ці правові інструменти мають різну природу, оскільки стосуються свободи

¹⁹ Итуэлл и Милгейт и Ньюмен (н 12) 454-5.

²⁰ Richard A Epstein, *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain* (Harvard University Press 1985) 93, 95.

²¹ Рішення Конституційного Суду України від 24 листопада 2009 р. № 29-рп/2009. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v029p710-09> (дата звернення: 05.05.2018); Рішення Конституційного Суду України від 8 квітня 2015 р. № 3-рп/2015 (н 1).

торгівлі, обміну інформацією та вироблення механізмів узгодження інтересів з метою залагодження комерційних конфліктів та збереження ділових відносин між партнерами на ринку²². Соціетальний підхід, таким чином, формулює специфічне явище, яке отримало назву горизонтального ефекту прав людини, оскільки саме завдяки йому визначаються сучасні стандарти вимог до організації публічної влади. Водночас соціетальний конституціоналізм розглядається як альтернатива викликам, які постали перед концептом соціальної держави (*Welfare State*).

Ознакою соціетальної моделі є функціональні структури такого порядку, що породжують явища, за влучним висловом Г. Тойбнера, 'глобального права без держави (бездержавного права)' або 'космополітичної демократії'²³. Іншим сучасним трендом є формування *lex mercatoria* та *lex digitalis*, які закладають бездержавні та інформаційно-електронні засади мереживного типу правопорядку, в якому правила і процедури формуються без прямого та імперативного впливу держави. При цьому такі тенденції мають місце не лише на наднаціональному чи національному рівнях, а й на субнаціональному; тим більше, що вони можуть набувати інтерсубнаціонального рівня.

Гетерархія сучасного суспільства зумовлює тенденцію до наділення його окремих інститутів елементами владних повноважень, оскільки вони більш оперативно й адекватно реагують на суспільні запити на засадах верховенства права і процесуальної автономії. Окремі процеси в галузі освіти, культури, охорони здоров'я та інших соціальних сферах мають спонтанний характер, зумовлені суспільними інноваціями і станом соціального капіталу й довіри. Тому легітимація правил і процедур здійснюється завдяки зусиллям суспільних інститутів. Держава у цих умовах не може забезпечити формулювання правил, оскільки вони можуть бути нав'язаними і стримувати розвиток соціальних процесів. Зокрема, соціальною функцією держави є підтримка мережі освітніх закладів та контроль за додержанням мінімальних стандартів освіти. Однак формування стандартів освіти залежить від якості освітніх послуг, конкурентоспроможності установ освіти, попиту на ринку праці на фахівців певних професій. Тому цю справу краще здійснюватимуть незалежні інститути, засновані на добровільному об'єднанні працівників освіти, які зацікавлені у забезпеченні високих стандартів освітніх послуг. Саме з цих причин існує необхідність конституювання у ролі дорадчо-консультативних органів Національної економічної ради та На-

²² Guenther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (Oxford University Press 2012).

²³ Guenther Teubner, "Global Bukovina": Legal Pluralism in the World Society' in Guenther Teubner (ed), *Global Law without a State* (Dartmouth Gower 1997).

ціональної ради соціального партнерства, які надавали б висновки на проекти правових актів парламенту та уряду в цих сферах регулювання. Це може стати одним із інструментів побудови державної політики на основі прозорих і раціональних абстрактних правил, спрямованих на демонополізацію конкурентного простору між соціальними й елітарними групами.

Вразливістю соціетального підходу вважають те, що правила і процедури можуть формуватися через такі інструменти, як мирова угода, третейський арбітраж, медіація, *lex mercatoria*, *lex digitalis*. Ці інструменти критикують за їхню неpubлічність та пов'язані з цим проблеми доступу до самого процесу формування правил і процедур. Тому головним тут є надання їм публічного і конкурентного характеру, оскільки правила визнання базуються на таких вимогах верховенства права, як правова визначеність (*legal certainty*), передбачуваність права (*foreseeability of law*) та балансування (*weighing*) інтересів. Вимоги демократичності визнання правил розкривають більш широке коле визнання правил, що є критичним для розуміння природи зважування інструментів свободи договору та державного правового регулювання.

4. *Перехідні моделі.* У посткейнсіанському напрямі розвитку економічної науки роблять акцент на динамічному характері економіки, якій притаманні неясність у зв'язку з недостатністю інформації та фундаментальна непередбачуваність, за якої недостатня інформація не може бути виявленою, оскільки є ще не створеною²⁴. Тобто прийняття рішень в економічному середовищі зумовлено проблемою доступу до інформації, яка дає змогу здійснювати раціональну поведінку акторів економічної системи. За таких умов досить складно ставити за мету діяльності держави досягнення конкретних результатів в економічній системі, коли складно передбачити динаміку цін, структуру та інші параметри ринку на майбутнє.

Іншою проблемою перехідних конституційних демократій є утвердження незалежного і безстороннього правосуддя, що має значення для забезпечення стабільності контрактів та їх додержання контрагентами. Звісно, у цій системі координат суд має демонструвати зваженість та розсудливість при ухваленні рішень і не зводити їх до формулювання правил, згідно з якими:

<...> звіт про оцінку майна не створює жодних правових наслідків для учасників правовідносин з оцінки майна, а лише відображає та підтверджує зроблені суб'єктом оціночної діяльності – суб'єктом госпо-

²⁴ И Розмаинский, 'К формированию посткейнсианской теории государства' [2010] 1(8) Terra economicus. Экономический вестник Ростовского государственного университета 14.

дарювання висновки і його дії щодо реалізації своєї практичної діяльності²⁵.

Адже відповідно до вимог юридичної аргументації оцінка майна може відігравати визначальну роль для визначення фактичного складу та належної юридичної кваліфікації, що може лягти в основу рішення у справі.

Ця ситуація є доволі класичною для перехідних конституційних демократій, оскільки вона пов'язана з еволюцією сучасного розуміння права власності, яке сьогодні зводиться не лише до класичних володіння, користування і розпорядження майном. Нині вкрай важливим для розуміння права власності є здійснення державою позитивних обов'язків щодо реєстру права власності на майно, обліку операцій із ним, оцінки майна, сертифікації відповідних установ, які надають відповідні послуги на ринку майна тощо. Багато в чому ефективно здійснення державою названих позитивних обов'язків визначає її рівень інституційної спроможності.

Тому актуальним є формування певних, усталених абстрактних правил, які гарантували б доступ до інформації та побудови на основі цього раціональних патернів (усталених взірців, моделей поведінки акторів економічної системи). На основі цього слід погодитися з думкою, що одними із функцій держави є забезпечення виконання контрактів на майбутнє, захист права власності, забезпечення конкурентоздатного доступу до ринків, формування стабільних та ефективно діючих законів, благодатний вплив на економічну ідеологію²⁶.

Відносність моделей втручання у світлі засад пропорційності

Проаналізовані вище моделі економіки, які бодай частково засновані на фундаментальних конституційних цінностях – гідності людини, свободі, рівності, верховенстві права, демократії – є ідеалістичними і служать певним орієнтиром для визначення ступеня втручання держави в економічні процеси. Насправді конституція як результат певної соціальної взаємодії має набагато складніший характер. Тому необхідно хоча б коротко розглянути основні компоненти принципу пропорційності, який визначає легітимність втручання держави в економічні процеси з метою забезпечення економічних благ та добробуту індивідів.

1. *Поняття втручання у приватну автономію.* З точки зору систематики юридичних засобів втручання у сферу економічних свобод,

²⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 13 березня 2018 р. у справі № 914/881/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72819699> (дата звернення: 05.05.2018).

²⁶ Розмаинский (н 24) 16.

то таке здійснюється державою шляхом правового регулювання, конкретизації та інтерпретації закону. З цього приводу Г. Шмідт-Ассманн зазначає:

З точки зору юридичного складу втручання кваліфікувалося чотирма ознаками: його визначали як державно-владне, юридично-формальне, цільове (фінальне) обмеження охоронюваних законом інтересів; тобто малося на увазі імперативне втручання²⁷.

Крім того, науковець наводить положення рішення Федерального конституційного суду Німеччини, згідно з яким:

Оскільки основоположні права не захищають лише від заходів, регульованих органами публічної влади. І не вимагають загалом, щоб обтяження індивіда були прямим наслідком заходу держави. З урахуванням охоронної функції відповідного основоположного права навіть фактичне обмеження інтересів суб'єкта основоположних прав – залежно від виду і ступеня – може означати втручання в основоположні права²⁸.

Ідея втручання як легітимного впливу у сфері приватної автономії ґрунтується на тому, що найбільш ефективним гарантом прав людини є держава, одночасно будучи найпотенційнішим їх порушником.

2. *Юридичні межі втручання у приватну автономію через призму свободи.* У юридичному сенсі про свободу людини необхідно говорити у негативному розумінні – свобода означає ніщо інше, як неприпустимість свавільного втручання публічної влади в особистий вибір особи щодо різноманітних аспектів недоторканності вільного вибору поведінки особистості. Ці питання зачіпаються у різних концепціях раціонального вибору чи людини економічної (*homo oeconomicus*), але, незважаючи на цю дискусію, головним у цьому процесі є розуміння конституції як результату спільної діяльності та ступеня здійснення економічних свобод і доступу до економічних благ.

3. *Конституційна юриспруденція про легітимність втручання та ст. 22 Конституції України.* Для визначення легітимності втручання держави у приватну автономію КСУ донедавна доволі часто використовував формулу ч. 3 ст. 22 Конституції України²⁹. Якісні і кількісні параметри визначення вартості змісту та обсягу прав і свобод людини є поширеними у вітчизняній конституційній доктрині (рішення КСУ № 8-рп/2005).

²⁷ Герхардт Шмідт-Ассманн, *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання систематики адміністративного права* (вид 2-ге, К.І.С. 2009) 81.

²⁸ BVerGE, 71, 183 (191).

²⁹ Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (у редакції від 2 червня 2016 р.). *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

Зокрема, такий підхід, по суті, ґрунтувався на підході, раніше сформульованому П. Рабіновичем³⁰. Однак сьогодні КСУ відмовився від цього підходу, поєднуючи концепт “відкритого” характеру прав людини із принципом пропорційності, ставши на бік доктрини сутнісного змісту права (*the very essence of the right*):

<...> при ухваленні нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих конституційних прав і свобод людини, якщо таке звуження призводить до порушення їх сутності³¹.

4. *Виправдання втручання та трискладовий тест.* Зміст принципу пропорційності³² визначають критерії судової перевірки владних дій при здійсненні функцій законодавства, управління та правосуддя. Трискладовий тест складають такі підстави застосування державою певних заходів:

i) *на основі закону.* Запроваджені заходи мають ґрунтуватися на законі задля оптимального досягнення легітимної мети. Такі заходи мають бути вимушені і без їхнього запровадження мета не буде досягнута, на основі чого закон має уповноважувати публічну адміністрацію забезпечувати громадський порядок, захист прав людини та економічний добробут;

ii) *необхідність у демократичному суспільстві.* Запроваджені заходи мають бути нагальними і мінімально обмежувати права людини, вони мають передбачати певну форму організації публічної адміністрації та відповідних процедур, у рамках яких відбувається збір та узагальнення індивідуалізованих завдань³³;

iii) *достатність і доречність засобів.* Застосування заходів має бути розумним, адекватним і в межах процесуальної економії досягати легітимної мети таким чином, щоб не посягати на сутнісний зміст економічних свобод. Наприклад, при застосуванні заходів юридичної відповідальності орган влади має застосовувати більш м'який захід впливу.

5. *Інтенсивність правового регулювання економічних свобод* полягає у таких основних моментах:

³⁰ П. Рабінович, *Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень)* (Право 1997) 7.

³¹ Рішення Конституційного Суду від 22 травня 2018 р. № 5-п/2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-18> (дата звернення: 05.05.2018). Зміст самої концепції *the very essence of the right* розкрито у праці: Sadurski Wojciech (ed), *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States in Central and Eastern Europe* (Springer Publishing 2005) 277-9.

³² Райнгольд Циппеліус, *Філософія права* (Тандем 2001) 72-8.

³³ Герхардт Шмідт-Ассманн (н 27) 92.

і) *якість закону*. Закон повинен регулювати всі істотні елементи сфери суспільного життя, яку він зачіпає. Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях також висуває вимогу якості закону, інтенсивність регулювання в якому має відповідати критеріям визначеності та передбачуваності³⁴. Повнота законодавчого регулювання досягається шляхом чіткого визначення сфери його дії, статусу його відповідних носіїв та адресатів, порядку здійснення ними своїх прав-домагань і повноважень, відповідальності у разі недодержання правил, визначених у законі. Тому саме на конституційному рівні вичерпно визначені підстави для обмеження економічних свобод;

іі) *неконституційність законодавчого недогляду*. Правове регулювання у законі має бути достатнім і не викликати неоднозначностей під час його застосування. Закон має настільки чітко визначити зміст правового регулювання, щоб не було необхідності прийняття актів, які визначали б порядок його застосування. Останнє слід розглядати як законодавче упущення, що є порушенням Конституції України та посягає на сутнісний зміст конституційних прав і свобод. Практика КСУ полягає у тому, що він у разі виявлення прогалин у законодавстві рекомендує Верховній Раді України протягом певного строку заповнити їх.

6. *Економічні свободи та регуляторна і соціальна політика уряду:*

і) *свобода розсуду і регуляторна політика*. Свобода розсуду означає насамперед обґрунтованість дій публічної адміністрації, яка полягає у конкретизації положень закону у світлі його цілей і завдань. При конкретизації законів чи виконанні вимог вищестоящого органу має бути ухвалене рішення, яке засноване на повноваженнях і цілях, які визначені у законі. Сутнісний зміст основного права не може бути порушено при здійсненні заходів щодо конкретизації змісту законів. Таким чином, свобода розсуду не означає свободу вибору адміністрації, а лише оптимальне застосування закону задля досягнення цілей, встановлених у ньому, зокрема і насамперед, у здійсненні економічних свобод;

іі) *свобода розсуду публічної адміністрації та підтримка економічної інфраструктури*. Заходи, спрямовані на конкретизацію законів, не можуть посягати на сутність змісту прав і свобод людини та громадянина, гарантовані Конституцією України. Такі заходи запроваджуються на основі закону тимчасово до закінчення обставин, які стали їх підставою. Згідно з юриспруденцією КСУ:

<...> засада правової визначеності не виключає визнання за органом державної влади певних дискреційних повноважень у прийнятті рішень,

³⁴ Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), Judgment 26 April 1979, Series A, No 30; Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom, App. No 18139/91, Judgment 23 June 1995.

однак у такому випадку має існувати механізм запобігання зловживанню ними. Цей механізм повинен забезпечувати, з одного боку, захист особи від свавільного втручання органів державної влади у її права і свободи, а з другого – наявність можливості у особи передбачати дії цих органів³⁵.

Такі заходи мають відповідати конституційним цілям – обмеженню монополізму, захисту конкуренції недопущення недобросовісної конкуренції на ринку, свободи вибору професії і роду заняття, забезпечення соціального партнерства (статті 42–44 Конституції України).

Висновки, або Ціна і цінності в економічному аналізі права

Компаративний аналіз моделей втручання держави у здійснення економічних свобод через призму принципу пропорційності свідчить, що застосування конкретних заходів з боку держави цілком залежить від певної структури економіки, ступеня її диференціації, відкритості та гарантування економічних свобод. Це охоплюється інституційною спроможністю держави за активної участі економічних акторів формулювати, відтворювати та примножувати правила й процедури, які можуть гарантувати стабільність і добросовісне виконання контрактів. З точки зору соціетального конституціоналізму держава діє у симбіозі з суспільством із метою впровадження передових економічних досягнень та збереження довкілля, реалізуючи у такий спосіб сталий розвиток. У цій статті здійснено аналіз національної економічної системи. Нині існує гостра потреба також досліджувати глобальну конституційну економіку. Тут на перший план виступає інституційна диференціація національної економіки та здатність влади впроваджувати адекватні заходи, спрямовані на реалізацію економічних цінностей і благ. Здатність суспільства до спільної діяльності, результатом якої є інституціонально спроможна конституційна демократія та конституційна економіка, заснована на повазі до фундаментальних благ, є підґрунтям сталого економічного розвитку. Цінності є рушієм розвитку національної економіки та її конкурентоспроможності у глобальній світовій економіці. Тому цінності не мають ціни.

REFERENCES

List of legal document

Legislation

1. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR (u redaktsii vid 2 chervnia 2016 r.). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 30. St. 141 (in Ukrainian).

³⁵ Рішення Конституційного Суду України від 8 червня 2016 р. № 3-рп/2016 (н 1).

Cases

2. BVerGE, 71, 183 (191) (in German).
3. Case Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905) (in English).
4. Case Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), Judgment 26 April 1979, Series A, No 30 (in English).
5. Case Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom, App. No 18139/91, Judgment 23 June 1995 (in English).
6. Postanova Velykoi Palaty Verkhovnoho Sudu [Resolution of the Grand Chamber of the Supreme Court] vid 13 bereznia 2018 r. u spravi № 914/881/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72819699> (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
7. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [the Decision of the Constitutional Court of Ukraine] vid 24 lystopada 2009 r. № 29-rp/2009. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v029p710-09> (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
8. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [the Decision of the Constitutional Court of Ukraine] vid 8 kvitnia 2015 r. № 3-rp/2015. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-15> (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
9. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [the Decision of the Constitutional Court of Ukraine] vid 8 chervnia 2016 r. № 3-rp/2016. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-16> (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
10. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [the Decision of the Constitutional Court of Ukraine I] vid 22 travnia 2018 r. № 5-r/2018 (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
11. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy [the Decision of the Constitutional Court of Ukraine] vid 24 kvitnia 2018 r. № 3-r/2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-18> (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

12. Epstein Richard A, *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain* (Harvard University Press 1985) (in English).
13. Teubner G, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (Oxford University Press 2012) (in English).
14. Brodel F, *Materialna tsyvilizatsiia, ekonomika i kapitalizm. XV-XVIII st. [Material Civilization, Economy and Capitalism. XV-XVIII Centuries]* t 3: Chas svitu [v 3: Time of the World] (Osnovy 1997) (in Ukrainian).
15. Hayek F A von, *Pravo, zakonodatel'stvo, svoboda: Sovremennoe ponymanye lyberal'nykh pryntsyrov spravedlyvosti y polityky [Law, Legislation, Freedom: A modern Understanding of the Liberal Principles of Justice and Politics]* (IRISEN 2006) (in Russian).
16. Kondrat'ev N, *Bol'shye tsykly kon'yunktury y teoryya predvydenyya: Yzbrannyye trudy [Big Cycles of Conjuncture and the Theory of Foresight: Selected works]* (Ekonomyka 2002) (in Russian).
17. Luman Niklas, *Obshchestvo kak sotsyal'naya sistema [Society as a Social System]* (Lohos 2004) (in Russian).
18. Pohrebnyak S, *Osnovopolozhni pryntsyry prava (zmistovna kharakterystyka) [Fundamental Principles of Law (Content Characteristic)]* (Pravo 2008) (in Ukrainian).
19. Rabinovych P, *Prava lyudyny i hromadyanyna u Konstytutsii Ukrainy (do interpretatsii vykhidnykh konstytutsiinykh polozhen) [Human Rights and Citizen in the Constitution of Ukraine (to the Interpretation of the Original Constitutional Provisions)]* (Pravo 1997) (in Ukrainian).
20. Savchyn M, *Suchasni tendentsii konstytutsionalizmu v konteksti hlobalizatsii ta pravovoho pliuralizmu [Contemporary Tendencies of Constitutionalism in the Context of Globalization and Legal Pluralism]* (RIK-U 2018) (in Ukrainian).

21. Sedlachek T, *Ekonomika dobra i zla. Slidamy liudskykh poshukiv: vid Hilhamesha do finansovoi kryzy [The Economy of Good and Evil. In the Footsteps of Human Searches: from Gilgamesh to the Financial Crisis]* (Vydavnytstvo Staroho Leva 2017) (in Ukrainian).
22. Shmidt-Assmann H, *Zahalne administratyvne pravo yak ideia vrehuliuвання. Osnovni zasady ta zavdannia systematyky administratyvnoho prava [General Administrative Law as an Idea of Regulation. The Basic Principles and Tasks of the Taxonomy of Administrative Law]* (vyd 2-e, K.I.S. 2009) (in Ukrainian).
23. Shumpeter Y, *Teoriia ekonomichnoho rozvytku. Doslidzhennia prybutkiv, kapitalu, kredytu, vidsotka ta ekonomichnoho tsyклу [Theory of Economic Development. Profit, Capital, Loan, Interest and Economic Cycle Research]* (Kyievo-Mohylyanska akademiia 2011) (in Ukrainian).
24. Taleb Nassym Nykolas, *Chornyy lebed'. Pod znakom nepredskazuemosti [Black Swan. Under the Sign of Unpredictability]* (Kolibri 2010) (in Russian).
25. Zyppeilius R, *Filosofiya prava [Philosophy of Law]* (Tandem 2001) (in Ukrainian).

Edited books

26. Teubner G, “Global Bukovina”: Legal Pluralism in the World Society’ in Teubner G (ed), *Global Law without a State* (Dartmouth Gower 1997) (in English).
27. Sadurski W (ed), *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States in Central and Eastern Europe* (Springer Publishing 2005) (in English).

Encyclopedias

28. Itwell J and Milgate M and Newman P (ed), *Ékonomycheskaya teoriya [Economic Theory]* (INFRA-M 2004) (in Russian).
29. Protsenko O ta Lisoviy V (eds), *Liberalizm: Antolohiya [Liberalism: Anthology]* (2-he vyd, pererob, Prostir, Smoloskyp 2009) (in Ukrainian).

Articles

30. Rozmaynskyi Y, ‘K formirovaniyu postkeynsyanskoj teoryi hosudarstva’ [To the Formation of the Post-Keynesian Theory of the State] [2010] 1(8) Terra economicus. Ékonomycheskyy vestnyk Rostovskoho hosudarstvennoho unyversyteta 13 (in Russian).
31. Shevchuk S, ‘Znachennia zahalnopravovoho pryntsypu proporsiiinosti dlia vyznachennia konstytutsiinosti obmezhen shchodo realizatsii konstytutsiynykh prav i svobod (zarubizhnyi dosvid)’ [‘The Significance of the General Legal Principle of Proportionality to Determine the Constitutionality of Restrictions on the Implementation of Constitutional Rights and Freedoms (Foreign Experience)’] [2000] 1(20) Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy (in Ukrainian).
32. Shloer B, ‘Pryntsyp adekvatnosti v yevropeiskomu ta ukrainskomu publichnomu pravi’ [Principle of Adequacy in European and Ukrainian Public Law] [2003] 3(8) Ukrainskyi pravnychi chasopys (in Ukrainian).

Mykhailo Savchyn

CONSTITUTIONAL ECONOMICS AND THE MAIN MODELS
OF THE STATE’S INTERVENTION IN ECONOMIC FREEDOMS

ABSTRACT. The article defines the factors for formulating the rules based on the standards that are determinative in terms of selection of a model according to which the State interference in the economy. The author concludes that the liberal, liberal-democratic,

societal and transitional models of the economy are relative and depend primarily on the balance between the principles and values, and this results into the institutional capacity of the economy and the State. The article applies a synthetic approach of research in the legal science which combines interdisciplinary, legal pluralism and values in law. The doctrine, administration of law and verification of the validity of postulates and legal constructs in the process of law administration are analyzed as a whole legal matter underlain by the values of law.

From the perspective of achievements of the modern constitutionalism doctrine, in particular, the respect for human dignity and private autonomy of an individual, the article analyzes the main models according to which the State interference in the economic system. Such models are superimposed on the specific features of transitional constitutional democracies with the aim of determining an acceptable algorithm of economic reforms. Based on the analysis of the nature of the proportionality principle, the author elaborates on the constitutional aspects pertaining to the State's interference in the fundamental economic freedoms – freedom of contract, guarantees of the right to private property, freedom to choose the profession and occupation, freedom of movement of capital, goods and services, and freedom of settlement and choice of the place of residence.

As demonstrated by a comparative analysis of the models according to which the State interference in the exercise of economic freedoms through the prism of the proportionality principle, the specific measures applied by the State are entirely dependent on a certain structure of the economy, the extent of its differentiation, openness and assurance of economic freedoms. This is covered by the institutional capacity of the State, with active involvement of economic actors, to formulate, reproduce and enhance the rules and procedures that can guarantee the stability and bona fide performance of contracts. In the context of societal constitutionalism, the State acts symbiotically with society with a view to introducing the advanced economic achievements and preserving the environment, thus facilitating the sustainable development.

KEYWORDS: interference; economic freedoms; constitutional economics; constitutional values; constitutionalism; order; proportionality; chaos.



Олександр Безух

доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник
відділу правового забезпечення ринкової економіки
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(м. Київ, Україна)
alexdoc05@ukr.net

УДК 346.54

ТЕХНІЧНЕ РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

АНОТАЦІЯ. Формування сучасних ринкових відносин неможливе без створення конкурентного середовища, подолання бар'єрів у торгівлі, підвищення конкурентоспроможності національної продукції, створення ефективного захисту національного споживчого ринку від небезпечної продукції. Вирішення означених завдань досягається за допомогою системи технічного регулювання, що відповідно до досвіду інших країн та прийнятих в Україні нормативно-правових актів фактично складається із системи стандартизації, з системи оцінки і підтвердження відповідності й метрології.

Створена в Україні система технічного регулювання має певну суперечливість у формуванні вимог до товарів і його обігу та неоднозначність застосування правниками термінології, а дослідження змісту технічного регулювання здійснюється переважно фахівцями з технічних і природознавчих наук, які не розглядають технічне регулювання у системі ринкових господарських правовідносин. Причиною такого стану є недооцінка цього правового явища в системі господарських правовідносин та формуванні умов обороту товару на ринку.

Метою статті є визначення місця технічного регулювання у системі господарського права.

У статті встановлено, що технічне регулювання є підгалуззю господарського права, яке регулює всі відносини стосовно виконання обов'язкових вимог (правових приписів) до характеристик продукції або пов'язаних із ними процесів та методів виробництва, які виникають на кожному ланцюзі обороту товарів на ринку, права та обов'язки суб'єктів господарювання, умови обороту товарів, починаючи з введення товару в обіг та створення в подальшому додаткової вартості з його використанням, аж до його споживання або виведення з ринку, та ринкового нагляду.

Приписи щодо виконання обов'язкових вимог до характеристик продукції або пов'язаних із ними процесів та методів виробництва, передбачені актами технічного регулювання, у разі настання певних юридичних фактів породжують складні правовідносини, що можуть впливати з договорів, фактів нанесення шкоди, порушення публічного господарського правопорядку й економічної конкуренції, захисту прав споживачів тощо.

© Олександр Безух, 2018

Автором доводиться, що акти технічного регулювання встановлюють певні технічні та інформаційні вимоги щодо суб'єктів господарювання, товару та умов його обороту на ринку. Недотримання вимог актів технічного регулювання спростовує презумпцію відповідності товару вимогам чинного законодавства та є підставою для недопущення відповідної продукції для обороту на ринку, виникнення правовідносин щодо захисту прав споживачів та захисту економічної конкуренції.

Встановлено, що розуміння та застосування термінології у сфері технічного регулювання, зокрема і з боку компетентних органів України, є неоднозначним, що створює враження суперечливості з системою технічного регулювання у Європейському Союзі. В Україні відсутня класифікація та облік нормативних актів, які мають фактичний статус технічних регламентів.

Ключові слова: технічне регулювання; оцінка відповідності; оборот товарів на ринку; захист прав споживачів; економічна конкуренція.

Зі вступом України у 2008 р. до Світової організації торгівлі (далі – СОТ) український уряд взяв на себе низку зобов'язань, пов'язаних із подальшим реформуванням системи технічного регулювання, що вимагає встановлення преференційних торгових відносин на основі набору відповідних норм та правил згідно зі світовими стандартами. У статті 56 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію)¹ “Зближення технічного регулювання, стандартів та оцінки відповідності” передбачено:

Україна вживає необхідних заходів з метою поступового досягнення відповідності з технічними регламентами ЄС та системами стандартизації, метрології, акредитації, робіт з оцінки відповідності та ринкового нагляду ЄС та зобов'язується дотримуватися принципів та практик, викладених в актуальних рішеннях та регламентах ЄС².

Тому постає питання гармонізації законодавства з технічного регулювання в Україні з правом ЄС.

Метою дослідження є визначення місця технічного регулювання у системі господарського права.

Історично в Україні технічне регулювання як інститут розвивалося із відносин стандартизації. Початком розвитку стандартизації в нашій країні слід вважати введення метричної системи мір і ваг. У 1925 р. був створений перший центральний орган зі стандартизації – Комітет

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 05.05.2018).

² Там само.

зі стандартизації при Раді Праці і Оборони. Основними завданнями Комітету були організація керівництва роботою відомств із розробки відомчих стандартів, а також затвердження та опублікування стандартів. Була введена категорія “загальносоюзний стандарт”. У 1926 р. Комітет розробив перші загальносоюзні стандарти на селекційні сорти пшениці, чавун, прокат із чорних металів і деякі товари народного споживання³.

Появу самого терміна “технічне регулювання” пов’язують із перекладом терміна “*technical regulations*”, що вживається в одному з найважливіших документів СОТ – Угоді про технічні бар’єри у торгівлі (далі – Угода)⁴, що ратифікована Україною в 2008 р. У пункті 2.2 ст. 2 оригіналу Угоди (англійською мовою) був застосований термін “*technical regulation*”. Вказувалося, що члени Угоди повинні забезпечити розробку, прийом та застосування “*technical regulations*” таким чином, щоб вони не створювали невикористаних перепон для міжнародної торгівлі більшою мірою, ніж це необхідно для виконання законної мети. Інакше кажучи, у контексті цієї статті Угоди під терміном “*technical regulation*” мається на увазі якийсь документ, припис, що фактично отримав в офіційному перекладі на українську мову термін “технічний регламент”. Визначення та сприйняття терміна “технічний регламент” як окремого різновиду нормативних актів у сфері технічного регулювання створило, на думку автора, семантичну плутанину. У пункті 5 ст. 9 Закону України “Про технічні регламенти та оцінку відповідності” (далі – Закон) встановлено: “Нормативно-правовий акт, що має визначені цим Законом ознаки технічного регламенту, вважається технічним регламентом незалежно від використання в назві такого акта слів “технічний регламент”⁵. Це ще раз підтверджує зазначену вище версію.

Відповідно до ст. 1 Закону:

<...> технічне регулювання – правове регулювання відносин у сфері визначення та виконання обов’язкових вимог до характеристик продукції або пов’язаних з ними процесів та методів виробництва, а також перевірки їх додержання шляхом оцінки відповідності та/або державного ринкового нагляду і контролю нехарчової продукції чи інших видів державного нагляду (контролю)⁶.

³ ‘Краткая история развития стандартизации’ (Санкт-Петербургский национальный исследовательский университет информационных технологий, механики и оптики. Система дистанционного обучения) <http://de.ifmo.ru/bk_netra/page.php?dir=3&tutindex=1&index=55&layer=1> дата обращения 2 Апрель 2018.

⁴ Угода про технічні бар’єри у торгівлі від 15 квітня 1994 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_008 (дата звернення: 02.04.2018).

⁵ Про технічні регламенти та оцінку відповідності: Закон України від 15 січня 2015 р. № 124-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/124-19> (дата звернення: 05.05.2018).

⁶ Там само.

Розглядаючи технічне регулювання як загальну категорію, необхідно зазначити, що питання розподілу харчової та нехарчової продукції є лише питанням особливостей нагляду за відповідністю товару та застосування термінів для потреб окремого правового акта й виду продукції. Наприклад, Закон України “Про безпечність та гігієну кормів”⁷ визначає правові та організаційні засади гарантування безпечності кормів (продукції) у процесі їх виробництва, обігу та використання. Як і в ЄС деякі галузі потребуватимуть окремого регулювання при збереженні загальних підходів технічного регулювання.

Як зазначено у п. 5 Рішення № 768/2008/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС щодо встановлення загальних правил торгівлі товарами та скасування рішення Ради ЄС 93/465/ЄЕС, яке розглядається як акт технічного регулювання на ринку, специфіка окремих галузей економіки може зажадати прийняття інших нормативно-правових документів, що регулюють суспільні відносини. Особливо це стосується тих сфер, у межах яких вже сформувалася деталізована правова база. Сюди, наприклад, можна віднести торгівлю продуктами харчування, косметикою, тютюновою продукцією, товарами сільського господарства, добавками для вирощування культурних рослин і засобами для захисту їх від шкідників, оборот донорської крові та тканин людського організму, виробів медичного призначення та товарів для ветеринарії, а також торгівлю хімікатами. Коригування загальних принципів і підведення їх під галузеву специфіку потрібне також у сфері торгівлі медичним обладнанням, будівельними матеріалами, обладнанням для мореплавання⁸. При цьому загальне розуміння технічного регулювання, його принципів та мета зберігаються.

Сфера виконання обов’язкових вимог до характеристик продукції або пов’язаних із ними процесів та методів виробництва фактично охоплює або торкається всіх відносин, що виникають у процесі господарського обороту товару на ринку. Тобто технічне регулювання – це не лише технічне, а й певне правове явище (інститут, підгалузь), що регулює всі відносини стосовно виконання обов’язкових вимог (правових приписів) до характеристик продукції або пов’язаних із ними процесів та методів виробництва, які виникають на кожному ланцюзі обороту товарів на ринку, починаючи з введення товару в обіг та створення в подальшому додаткової вартості з його використанням, аж до споживання або виведення з ринку.

⁷ Про безпечність та гігієну кормів: Закон України від 21 грудня 2017 р. № 2264-VIII. URL: <http://zakon0.gada.gov.ua/laws/show/2264-19> (дата звернення: 05.05.2018).

⁸ Рішення № 768/2008/ЄС Європейського парламенту і Совета ЕС по установлению общих правил торговли товарами и отмене решения Совета Европейского Союза 93/465/ЕЭС. URL: http://zakon0.gada.gov.ua/laws/show/994_b42 (дата обращения: 02.04.2018).

У частині 1 ст. 15 Господарського кодексу України “Технічне регулювання в сфері господарювання” визначено, що ‘у сфері господарювання застосовуються технічні регламенти, стандарти, кодекси усталеної практики та технічні умови’⁹, тобто назви певних видів нормативно-правових актів у цій сфері, що також створює плутанину щодо розуміння технічного регулювання. Фактично в сфері технічного регулювання застосовується весь спектр нормативно-правових актів, який не є вичерпним та постійно змінюється і доповнюється, наприклад, закони України “Про стандартизацію”, “Про оцінку відповідності товарів”, “Про акредитацію органів з оцінки відповідності”, “Про ліцензування господарської діяльності”, “Про безпечність та гігієну кормів”, “Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів”, “Про загальну безпечність нехарчової продукції» та інші, постанови Кабінету Міністрів України, наприклад, від 16 грудня 2015 р. № 1057 “Про визначення сфер діяльності, в яких центральні органи виконавчої влади здійснюють функції технічного регулювання”, від 18 червня 2012 р. № 708 “Про затвердження Правил розроблення проектів технічних регламентів, що затверджуються Кабінетом Міністрів України, на основі актів законодавства Європейського Союзу” та інші, накази центральних органів влади, наприклад, “Система нормування та стандартизації у будівництві: Основні положення” (затверджено наказами Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 29 грудня 2003 р. № 969 та від 7 липня 2010 р. № 269), наказ Міністерства охорони здоров’я України від 28 вересня 2012 р. № 751 “Про створення та впровадження медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги в системі Міністерства охорони здоров’я України” та ін. Наведений приклад свідчить про різноманітний та різнорідний характер правових актів у сфері технічного регулювання.

Наведені нормативно-правові акти регулюють відносини, коло яких не є вичерпним, але пов’язані з характеристикою продукції і діяльністю суб’єктів господарювання щодо її створення і розповсюдження на ринку та державним наглядом на ринку за характеристиками продукції та захистом споживачів. При цьому відповідно до п. 5 ст. 9 Закону¹⁰, наприклад, Закон України “Про загальну безпечність нехарчової продукції”¹¹ має всі ознаки технічного регламенту. Невипадково в ньому зазначено, що технічний регламент – нормативно-правовий акт, затверджений рішенням Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, спільними

⁹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 05.05.2018).

¹⁰ Про технічні регламенти та оцінку відповідності (н 5).

¹¹ Про загальну безпечність нехарчової продукції: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2736-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2736-17> (дата звернення: 05.05.2018).

або окремими рішеннями європейських законодавчих органів – Європейської Комісії, Європейської Ради, Європейського Парламенту, у якому визначено характеристики продукції або пов'язані з нею процеси чи способи виробництва, а також вимоги до послуг, включаючи відповідні положення, дотримання яких є обов'язковим.

Необхідно зазначити, що згідно з ч. 4 ст. 673 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), 'якщо законом встановлено вимоги щодо якості товару, продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, який відповідає цим вимогам'¹². Відповідно до ст. 674 ЦК України 'відповідність товару вимогам законодавства підтверджується способом та в порядку, встановленими законом та іншими нормативно-правовими актами'¹³. Однак цивільне право не містить правових актів, що забезпечують виконання зазначених вимог. Також необхідно зазначити, що якість товару та його відповідність вимогам законодавства є різнопорядковими категоріями, оскільки відповідність вимогам законодавства передбачає не лише якість товару, а й інші вимоги, наприклад, щодо упаковки, маркування, умов зберігання тощо, що забезпечує встановлені державою умови обігу товару на відповідному ринку.

Об'єктом правового впливу у цьому разі є товар і діяльність суб'єктів господарювання, що спрямована на його створення та реалізацію на ринку з дотриманням встановлених умов його обігу. Ці об'єкти у випадках, передбачених актами технічного регулювання, можуть створювати юридичні факти щодо відповідності товарів або господарської діяльності, виконання суб'єктами господарювання вимог чинного законодавства в договірних, деліктних та інших видах правових відносин, що опосередковують рух товарів на ринку, та притягнення суб'єктів господарювання до юридичної відповідальності.

Тобто відносини, що впливають з актів технічного регулювання та визначених ними правових вимог і юридичних фактів щодо їх невиконання, є невід'ємною частиною складних суспільних правових відносин, що виникають у процесі здійснення господарської діяльності та обороту товарів на ринку, а саме: договірних відносин, деліктних відносин, конкурентних відносин, захисту споживачів, здійснення ринкового нагляду тощо.

Загалом поділяючи наведене вище визначення технічного регулювання, необхідно звернути увагу, що згідно з українським законодавством застосування стандартів як елементів технічного регулювання є добровільним, що начебто суперечить наданому визначенню технічно-

¹² Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 05.05.2018).

¹³ Там само.

го регулювання. Те саме стосується технічних умов і кодексів ustalеної практики. Унаслідок семантичного сприйняття термінів створюється враження, що застосування стандартів здійснюється за доброю волею суб'єкта господарювання та продукція може вироблятися без дотримання будь-яких стандартів. В Україні, до речі, в певних сферах господарювання таке і відбувається. У цивілізованих країнах, які дбають про власних громадян, це не так. Добровільність не означає всюдозволеність, а передбачає право вибору з метою стимулювання інноваційних процесів та конкуренції на ринках товарів із дотриманням вимог щодо відповідності товарів на ринку вимогам законодавства.

Невипадково в Рішенні № 768/2008/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС щодо встановлення загальних правил торгівлі товарами та скасування рішення Ради ЄС 93/465/ЄЕС встановлена вимога, що 'при здійсненні первинної поставки товарів на ринок виробник повинен гарантувати, що ця категорія товарів була виготовлена з дотриманням усіх вимог, викладених у ...' (зазначається посилання на нормативний акт. – О. Б.)¹⁴.

Як зазначено у ст. 11 Закону, виробники мають право приймати інші рішення для задоволення вимог технічних регламентів, крім застосування стандартів із переліку національних стандартів. Крім відповідності стандартам із переліку національних стандартів, технічними регламентами можуть бути передбачені інші випадки надання презумпції відповідності продукції, пов'язаних із нею процесів або методів виробництва чи інших об'єктів. Головним є забезпечення відповідності продукції основним вимогам та принципам технічного регулювання обороту товарів.

Наприклад, основні принципи технічного регулювання закріплені у ст. 1 Рішення № 768/2008/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС щодо встановлення загальних правил торгівлі товарами, де передбачено, що товари, які поставляються на ринок Європейського співтовариства, повинні відповідати нормам законодавства¹⁵. Загалом на Європейському ринку 75 % товарів, що обертаються на ринку, підлягають технічному регулюванню¹⁶, при цьому рівень такого регулювання є різним.

Другим принципом є положення, що при закріпленні в законодавстві Європейського співтовариства в галузі стандартизації різноманітних вимог необхідності створювати посилання на єдині стандарти якості, прийняті відповідно до Директиви 98/34/ЄС Європейського Парламенту

¹⁴ Решение № 768/2008/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС по установлению общих правил торговли товарами и отмене решения Совета Европейского Союза 93/465/ЕЭС (н 8).

¹⁵ Там само.

¹⁶ 'Техническое регулирование, подтверждение соответствия, стандартизация' (Сертиком) <<http://www.certicom.kiev.ua/techregl.html>> дата обращения 2 Апрель 2018.

і Ради ЄС про процедуру надання інформації в галузі технічних стандартів і регламентів, а також правил надання послуг в інформаційному суспільстві¹⁷, які визначають ці вимоги технічними термінами і свідчать (можливо, в сукупності з іншими єдиними стандартами) про те, що виконання зазначених вимог є підставою для виникнення юридичного факту відповідності якості товару, суб'єкти підприємницької діяльності у зв'язку з їх провідною роллю у межах ланцюга поставок відповідальні за відповідність якості їх товарів нормам законодавства. До цих суб'єктів відносяться виробники, імпортери та інші особи, визначені у наведеному рішенні. Тобто питання добровільності застосування відповідних стандартів не звільняє суб'єктів господарювання від відповідальності за можливе недотримання їхніх вимог.

Третім принципом є положення, що суб'єкти підприємницької діяльності несуть відповідальність за об'єктивність, повноту інформації, яку вони повідомляють із приводу своїх товарів. Ця інформація також повинна відповідати правилам, встановленим законодавством Європейського співтовариства. Питання надання інформації споживачам шляхом відповідної упаковки, маркування та інших позначень на товарі є актуальним із точки зору введення споживачів в оману та отримання на основі цього неправомірних конкурентних переваг.

Таким чином, добровільне виконання вимог відповідних стандартів створює юридичний факт відповідності якості товару, що дає змогу певним товарам брати участь у господарському обороті товарів на ринку. В інших випадках, за винятком виконання окремої процедури доведення відповідності товару основним вимогам технічного регулювання, товар не може бути допущений до обороту на ринку, а у разі настання такого факту вилучається з обороту.

Функціонування системи технічного регулювання насамперед пов'язують зі створенням технічних бар'єрів у торгівлі, хоча це спрощений підхід, який є одним із наслідків впливу названої системи, а не її змістом. Підходи до їх розуміння різні. Зокрема, щодо першого підходу:

Технічні бар'єри в торгівлі – це перешкоди для зовнішньої торгівлі, що виникають внаслідок застосування національних промислових стандартів, систем вимірювання та інспекції якості товарів, вимог техніки безпеки, правил упаковки і маркування товарів, санітарно-ветеринарних норм і деяких адміністративних формальностей. Всі ці вимоги і норми є інструментами технічної або адміністративної політики. Вони повинні

¹⁷ Директива № 98/34/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС о процедуре предоставления информации в области технических стандартов и регламентов, а также правил оказания услуг в информационном обществе (Люксембург, 22 июня 1998 года). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b11 (дата обращения: 05.05.2018).

сприяти міжнародній торгівлі. Їх застосування викликано об'єктивними вимогами масового промислового виробництва, міркуваннями безпеки, охорони здоров'я, захисту навколишнього середовища та іншими аналогічними причинами¹⁸.

Другий підхід:

Технічні бар'єри в торгівлі (ТБТ) – категорія нетарифних бар'єрів у торгівлі, різні заходи, які країни використовують для регулювання ринків, захисту споживачів, або збереження своїх природних ресурсів (та досягнення інших цілей). ТБТ також можуть бути використані і (або сприймається зарубіжними країнами) як дискримінація щодо імпорту з метою захисту вітчизняної промисловості¹⁹.

Загалом з точки зору економічної конкуренції встановлення бар'єрів, зокрема й технічних, є небажаним або забороненим явищем.

При цьому питання встановлення таких бар'єрів не є автоматично поганим або протиправним заходом, оскільки такі заходи пов'язані не лише зі створенням перешкод у торгівлі, а й вирішують інші суспільно важливі завдання: захищають позивачів; екологічну безпеку; встановлюють єдині та зрозумілі вимоги до економічної конкуренції з приводу якості товарів та умов господарського обороту товарів на ринку; запобігають проявам недобросовісної конкуренції на внутрішньому ринку тощо.

Тобто система технічного регулювання не зводиться лише до питань стандартизації та створення бар'єрів на ринку, як переважно це вказується у науковій літературі, а передбачає правовий вплив на широке коло суспільних відносин на відповідних ринках товарів з метою дотримання, як це зазначено в п. 2.2 Угоди: '<...> вимоги національної безпеки; запобігання шахрайським діям; захист життя або здоров'я людини, тварин або рослин, а також захист навколишнього середовища'²⁰. Коли технічний регламент розробляється, приймається або застосовується для досягнення однієї із законних цілей, яка безпосередньо зазначена у п. 2 Угоди, і відповідає відповідним міжнародним стандартам, безумовно, вважається, що він не створює непотрібної перешкоди для міжнародної торгівлі.

¹⁸ 'Технические барьеры в торговле' (Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития Российской Федерации) <<http://www.vavt.ru/wto/wto/TechnicalBarriersTrade>> дата обращения 2 Апрель 2018.

¹⁹ 'Технічні бар'єри в торгівлі' (Wikipedia) <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A2%D0%B5%D1%85%D0%BD%D1%96%D1%87%D0%BD%D1%96_%D0%B1%D0%B0%D1%80%27%D1%94%D1%80%D0%B8_%D0%B2_%D1%82%D0%BE%D1%80%D0%B3%D1%96%D0%B2%D0%BB%D1%96> дата звернення 2 Квітень 2018.

²⁰ Угода про технічні бар'єри у торгівлі (н 4).

Усунення перешкод та подолання бар'єрів відбувається за принципом консенсусу. За визначенням Р. Овчаренка, у країнах ЄС принцип консенсусу включає такі основні положення:

- результат стандартизації повинен відображати все різноманіття індивідуальних інтересів і слугувати суспільному благу;
- стандарти повинні слугувати інтересам не тільки економічно сильних суб'єктів господарювання, а й менш слабких;
- стандарти повинні забезпечувати раціональне використання природних ресурсів і виключати шкідливу дію на людину і навколишнє природне середовище;
- стандарти повинні сприяти економічному розвитку²¹.

Щодо України, то питання – У чому полягає досягнення консенсусу? – є досить неоднозначним. Послідовний дослідник у сфері технічного регулювання А. Гамбург звертає увагу, що формами технічного регулювання є обов'язкове й добровільне застосування стандартів і процедур підтвердження відповідності (обов'язкова та добровільна стандартизація, обов'язкова та добровільна сертифікація). При цьому обов'язкові технічні вимоги мають забезпечити безпеку продукції, яку ми споживаємо, добровільно сприяти підвищенню конкурентоспроможності та якості продукції, впровадженню нових інноваційних технологій. Якщо інститут обов'язкової сертифікації має на меті забезпечити безпеку, враховуючи рівень небезпеки для здоров'я людини харчових продуктів, матеріалів і виробів, умов їхнього виготовлення й обігу, то в добровільній сертифікації продовольчих товарів зацікавлені, насамперед, індивідуальні підприємці та юридичні особи, що здійснюють діяльність із їх виготовлення й обігу. Адже наявність сертифіката відповідності на таку продукцію підвищує довіру до неї та сприяє підвищенню продажу²². Виникає питання щодо співвідношення добровільності та обов'язковості виконання вимог технічного регулювання і шляхів його забезпечення. Це ще раз ставить питання про співвідношення термінології та техніки її застосування.

Згідно зі ст. 11 Закону “Відповідність вимогам технічних регламентів”:

Відповідність введеної в обіг, наданої на ринку або введеної в експлуатацію в Україні продукції вимогам усіх чинних технічних регламентів, які застосовуються до такої продукції, є обов'язковою, за винятком випадків, визначених у зазначених технічних регламентах та статті 12 цього Закону²³.

²¹ Р. Овчаренко, ‘К вопросу о соотношении европейской модели технической гармонизации и модели технического регулирования, действующей в странах ЕС’ (2007) 4 Економіка і право 146.

²² І. Гамбург, ‘Форми технічного регулювання: правове закріплення та механізм впровадження’ (2015) 2 Право 29.

²³ Про технічні регламенти та оцінку відповідності (н 5).

Як було зазначено вище, зміст, форма та структура технічних регламентів визначені у ст. 10 Закону, та технічним регламентом фактично є будь-який нормативно-правовий документ, який відповідає вимогам наведеної статті. Тому ще раз необхідно звернути увагу, що поняття технічного регламенту як певного виду документів, яке застосовується в Україні, з правової точки зору є дуже умовним. Технічні регламенти розробляються на підставі стандартів. У технічних регламентах здійснюється посилання на стандарти, що робить їх дотримання обов'язковим.

В Україні нібито ведеться реєстр технічних регламентів згідно з наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 8 жовтня 2015 р. № 1282 “Про затвердження Порядку формування та ведення бази даних про технічні регламенти”²⁴. При цьому в реєстрі технічних регламентів на сайті самого Міністерства розміщено дані про 55 технічних регламентів²⁵. Водночас нормативно-правових документів, які мають інші, визначені Законом²⁶ ознаки технічного регламенту, як це зазначено у Наказі № 1282, та, відповідно, підпадають під вимоги статей 9, 10 Закону, в реєстрі не наведено. У цьому як раз і проглядається розуміння та оцінка значення технічного регулювання в Україні з боку компетентних органів та його фактичного місця в правовому регулюванні, коли компетентний орган замість систематизації та класифікації документів, що мають фактичний статус технічних регламентів, веде реєстр лише тих документів, що йому надали із назвою “технічний регламент”.

Встановлення відповідності введеної в обіг, наданої на ринку або введеної в експлуатацію в Україні продукції вимогам усіх чинних технічних регламентів (автор розуміє це поняття набагато ширше, ніж Кабінет Міністрів України та Міністерство економічного розвитку і торгівлі України) здійснюється унаслідок оцінки відповідності – процесу, який демонструє, що встановлені вимоги щодо продукції, процесу, послуги, системи, особи чи органу були виконані. Оцінка відповідності органу здійснюється шляхом акредитації органів з оцінки відповідності.

В Україні, як і в ЄС, діє презумпція відповідності – припущення, яке визнається достовірним доти, доки не буде доведено інше, про те, що продукція, пов'язаний із нею процес або метод виробництва чи інший об'єкт відповідає вимогам відповідного технічного регламенту, що визначені в ньому, а орган з оцінки відповідності відповідає спеціаль-

²⁴ Про затвердження Порядку формування та ведення бази даних про технічні регламенти: наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 8 жовтня 2015 р. № 1282. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1309-15> (дата звернення: 05.05.2018).

²⁵ ‘Реєстр технічних регламентів’ (Міністерство економічного розвитку і торгівлі) <<http://www.me.gov.ua/Documents/List?lang=uk-UA&tid=10f8850c-347e-43c9-a87a-b11a4787cdfd&tag=TekhnichniReglamenty>> дата звернення 2 Квітень 2018.

²⁶ Про технічні регламенти та оцінку відповідності (н 5).

ним вимогам до призначених органів з оцінки відповідності чи визнаних незалежних організацій.

Конкретні умови надання презумпції відповідності продукції, пов'язаних із нею процесів або методів виробництва чи інших об'єктів визначаються технічними регламентами, якими передбачене її надання.

Абстрагувавшись від технічної процедури оцінки відповідності згідно з умовами технічних регламентів, необхідно звернути увагу на її роль та значення у правових відносинах та умовах обороту товару на ринку.

По-перше, презумпція відповідності продукції створює враження у споживачів у безпечності продукції та її відповідності встановленим вимогам, що спонукає споживачів до придбання такого товару. Недотримання чи нездійснення процесу оцінки відповідності, а отже, встановлення юридичного наслідку відповідності товару вимогам законодавства, створює юридичний факт введення в оману споживачів із правовими наслідками щодо захисту їхніх прав.

По-друге, неправомірне спонукання споживачів здійснити вибір на користь того чи іншого виробника створює конкурентну ситуацію, коли перемогу отримує той суб'єкт господарювання, товар якого є умовно більш привабливим для споживача. Недотримання вимог технічного регулювання може створювати ситуацію та відносини щодо недобросовісної конкуренції.

По-третє, дотримання вимог щодо відповідності товару вимогам чинного законодавства передбачає здійснення певних матеріальних витрат, оскільки більш низькоякісний товар має меншу собівартість. Недотримання актів технічного регулювання створює неправомірні конкурентні переваги одних суб'єктів господарювання над іншими.

По-четверте, акти технічного регулювання передбачають не лише вимоги до характеристики продукції або пов'язані з ними процеси та методи виробництва, включаючи відповідні процедурні положення, дотримання яких є обов'язковим, а й права та обов'язки суб'єктів господарювання, які стосуються введення продукції в обіг, надання її на ринку або введення її в експлуатацію, а в разі якщо технічними регламентами передбачене залучення до цієї діяльності інших, ніж суб'єкти господарювання, фізичних чи юридичних осіб, – також їх права та обов'язки. Права та обов'язки суб'єктів господарювання, визначені в актах технічного регулювання, у разі настання певних юридичних фактів створюють правові відносини між суб'єктами господарювання і споживачами; між суб'єктами господарювання; між суб'єктами господарювання й органами ринкового (господарського) нагляду (контролю).

По-п'яте, акти технічного регулювання можуть створювати технічні бар'єри у торгівлі у разі невідповідності продукції, що імпортується, експортується прийнятим у відповідній країні стандартам. Це породжує правові відносини між експортерами та імпортерами; між імпортерами і споживачами; між імпортерами й органами ринкового нагляду і контролю.

По-шосте, акти технічного регулювання мають як загальний міжгалузевий характер, наприклад, Закон України “Про загальну безпечність нехарчової продукції”, так і конкретний характер у певних видах діяльності та галузях економіки, наприклад, “Технічний регламент безпеки інфраструктури залізничного транспорту”. Загалом уся господарська діяльність та виникаючі унаслідок її здійснення господарські відносини певною мірою підпадають під дію актів технічного регулювання.

Висновки. Технічне регулювання необхідно визначити як підгалузь господарського права, що регулює відносини у сфері визначення та виконання обов'язкових вимог до характеристик продукції або пов'язаних із ними процесів та методів виробництва, а також перевірки їх додержання шляхом оцінки відповідності та (або) державного ринкового нагляду і контролю, виникнення прав та обов'язків суб'єктів господарювання, які стосуються введення продукції в обіг, *надання її на ринку* або введення її в експлуатацію, а в разі якщо технічними регламентами передбачене залучення до цієї діяльності інших, ніж суб'єкти господарювання, фізичних чи юридичних осіб, – також їх права та обов'язки.

Акти технічного регулювання встановлюють певні технічні та інформаційні вимоги щодо товару та умов його обороту на ринку. Недотримання вимог актів технічного регулювання спростовують презумпцію відповідності товару вимогам чинного законодавства та є підставою для недопущення відповідної продукції для обороту на ринку, виникнення правовідносин щодо захисту прав споживачів та захисту економічної конкуренції.

Розуміння та застосування термінології у сфері технічного регулювання, зокрема і з боку компетентних органів України, є неоднозначним, що створює враження суперечливості з системою технічного регулювання в ЄС. В Україні відсутня класифікація та облік нормативних актів, які мають фактичний статус технічних регламентів.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Dyrektyva № 98/34/ES Evropeiskoho parlamenta y Soveta ES o protsedure predostavleniya ynfornatsyy v oblasti tekhnicheskyykh standartov y rehlamentov, a takzhe pravyl okazania usluh v ynfornatsyonnom obschestve [Directive No. 98/34/EC of the European Parliament and of the Council Laying Down a Procedure for the Provision of Information in the Field of Technical Standards and Regulations and the Rules for the Provision of Services in Information Society] (Liuksemburh, 22 yunia 1998 hoda). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b11 (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
2. Hospodarskyi kodeks Ukrainy [The Economic Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 436-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
3. Pro bezpechnist ta hihiienu kormiv [On Feedstuff Safety and Hygiene]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 21 hrudnia 2017 r. № 2264-VIII. <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2264-19> (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
4. Pro tekhnichni rehlamenti ta otsinku vidpovidnosti [On Technical Regulations and Conformity Assessment]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 15 sichnia 2015 r. № 124-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/124-19> (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
5. Pro zahalnu bezpechnist nekharchovoi produktsii [On General Safety of Non-Food Products]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 hrudnia 2010 r. № 2736-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2736-17> (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
6. Pro zatverdzhennia Poriadku formuvannia ta vedennia bazy danykh pro tekhnichni rehlamenti [On the Approval of the Procedure for Setup and Maintenance of the Technical Regulations Database]: nakaz Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy [Order of the Ministry of Economic Development and Trade of Ukraine] vid 8 zhovtnia 2015 r. № 1282. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1309-15> (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
7. Reshenye № 768/2008/EC Evropeiskoho parlamenta y Soveta ES po ustanovleniyu obshchyykh pravyl torhovly tovaramy y otmene resheniya Soveta Evropeiskoho Soiuzu 93/465/EES [Decision No. 768/2008/EC of the European Parliament and of the Council on a Common Framework for the Marketing of Products, and Repealing Council Decision 93/465/EEC]. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_b42 (accessed: 02.04.2018) (in Russian).
8. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
9. Uhoda pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniiei storony, ta Yevropeiskym Soiuzom, Yevropeiskym spivtovarystvom z atomnoi enerhii i yikhnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony [The Association Agreement between Ukraine, on the One Part, and the European Union, the European Atomic Energy Community and Their Member States, on the Other Part]. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
10. Uhoda pro tekhnichni bariery u torhivli [Agreement on Technical Barriers to Trade] vid 15 kvitnia 1994 r. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_008 (accessed: 02.04.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Journal articles

11. Hamburh I, 'Formy tekhnichnoho rehulivannia: pravove zakriplennia ta mekhanizm vprovadzhenia' ['Forms of Technical Regulation: Consolidation in Law and Implementation Mechanism'] (2015) 2 Pravo 29 (in Ukrainian).
12. Ovcharenko R, 'K voprosu o sootnoshenii evropeyskoy modeli tekhnicheskoy garmonizatsii i modeli tekhnicheskogo regulirovaniya, deystvuyushchey v stranakh ES' ['On the Issue of Correlation between the European Technical Harmonization Model and the Technical Regulation Model Applicable in the EU Countries'] (2007) 4 Ekonomika i pravo 146 (in Ukrainian).

Websites

13. 'Kratkaya istoriya razvitiya standartizatsii' ['Brief History of Standardization Development'] (*Sankt-Peterburgskiy natsional'nyy issledovatel'skiy universitet informatsionnykh tekhnologiy, mekhaniki i optiki. Sistema distantsionnogo obucheniya*) <http://de.ifmo.ru/bk_netra/page.php?dir=3&tutindex=1&index=55&layer=1> accessed 2 April 2018 (in Russian).
14. 'Reiestr tekhnichnykh rehlamentiv' ['Register of Technical Regulations'] (*Ministerstvo ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainu*) <<http://www.me.gov.ua/Documents/List?lang=uk-UA&id=10f8850c-347e-43c9-a87a-b11a4787cdfd&tag=TekhnichniReglamenti>> accessed 2 April 2018 (in Ukrainian).
15. 'Tekhnicheskie bariery v trgovle' ['Technical Barriers to Trade'] (*Vserossiyskaya akademiya vneshney trgovli Ministerstva ekonomicheskogo razvitiya Rossiyskoy Federatsii*) <<http://www.vavt.ru/wto/wto/TechnicalBarriersTrade>> accessed 2 April 2018 (in Russian).
16. 'Tekhnichni bariery v torhivli' ['Technical Barriers to Trade'] (*Wikipedia*) <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A2%D0%B5%D1%85%D0%BD%D1%96%D1%87%D0%BD%D1%96_%D0%B1%D0%B0%D1%80%27%D1%94%D1%80%D0%B8_%D0%B2_%D1%82%D0%BE%D1%80%D0%B3%D1%96%D0%B2%D0%BB%D1%96> accessed 2 April 2018 (in Ukrainian).
17. 'Tekhnicheskoe rehulyrovanye, podtverzhdenye sootvetstviya, standartyzatsiya' ['Technical Regulation, Conformity Assessment, Standardization'] (*Sertykom*) <<http://www.certicom.kiev.ua/techregl.html>> accessed 2 April 2018 (in Russian).

Oleksandr Bezukh

TECHNICAL REGULATION IN ECONOMIC ACTIVITY

ABSTRACT. The modern market relations may not be established without forming a competitive environment, overcoming the barriers to trade, enhancing the competitiveness of national products, and ensuring efficient protection of the national consumer market from hazardous products. These tasks are resolved by means of the technical regulation system which, in accordance with the experience of other countries and laws and regulations adopted in Ukraine, actually consists of the standardization system and the system of conformity assessment and confirmation and metrology.

The system of technical regulation formed in Ukraine is characterized by a certain inconsistency concerning requirements to goods and their circulation, and ambiguity with

which legal professionals use the terminology; furthermore, the substance of technical regulation is studied mostly by specialists of technical and natural sciences, who do not consider technical regulation within the framework of market economic relations. This situation results from underestimation of this legal phenomenon within the framework of economic legal relations and in the context of the setup of conditions for turnover of goods on the market.

The purpose of the article is to identify the position held by technical regulation in the system of economic law.

The article establishes that technical regulation is a sub-branch of economic law regulating the entirety of relations associated with fulfillment of mandatory requirements (legal provisions) applicable to characteristics of products, or to production processes and methods related thereto, which arise in each chain of goods turnover on the market, as well as the rights and obligations of economic entities and the conditions of goods turnover, from entry of a product into circulation and further setup of surplus value with its use, up to its consumption or withdrawal from the market, and market supervision.

Legal provisions regarding the fulfillment of mandatory requirements to characteristics of products, or to production processes and methods related thereto as provided for by statutory instruments on technical regulation, in case of occurrence of certain legal facts, give rise to complex legal relations which may ensue from contracts, facts of damage, breach of public economic law and order and economic competition, consumer protection etc.

The author proves that statutory instruments on technical regulation establish certain technical and information requirements to economic entities, goods and conditions of their turnover on the market. Non-compliance with requirements of such statutory instruments on technical regulation annihilates the presumption of conformity of the goods to requirements of current law and forms the basis for preventing the access of a respective product for circulation on the market, or emergence of legal relations for consumer rights protection and protection of economic competition.

It is established that understanding and application of the terminology in the technical regulation domain, including by the competent authorities of Ukraine, is contradictory, and this gives an impression of inconsistency with the technical regulation system of the European Union. In Ukraine, there is no classification and systematization of laws and regulations which have the actual status of technical regulations.

KEYWORDS: technical regulation; conformity assessment; goods turnover on the market; consumer rights protection; economic competition.



Олена Ліллемяе

кандидат юридичних наук,
молодший науковий співробітник
відділу проблем господарсько-правового забезпечення
економічної безпеки держави
Інституту економіко-правових досліджень НАН України
(м. Київ, Україна)
lillemiae@gmail.com

УДК 346.546

КОНЦЕПЦІЯ ПОНЯТТЯ “ДЕРЖАВНА ДОПОМОГА”

АНОТАЦІЯ. У сучасній науці господарського права нерідко можна натрапити на різні та зовсім протилежні твердження науковців стосовно квінтесенції державної допомоги суб'єктам господарювання та її співвідношення з державною підтримкою. Законодавче визначення державної допомоги не повною мірою розкриває сутність державної допомоги, яка закладена багаторічною європейською судовою практикою.

Водночас легальне визначення поняття “державна допомога суб'єктам господарювання” не сприйняло усталеного підходу до розуміння його основних змістовних компонентів, напрацьованого й у межах науки господарського права. Зокрема, зазначене виявляється у положенні, що свідчить про некоректне розмежування понять державної допомоги та державної підтримки суб'єктів господарювання.

Метою статті є аналіз сутності поняття державної допомоги, її законодавчого визначення, упорядкування, сформованих європейською судовою практикою, визначальних компонентів державної допомоги та підготовка на цій основі пропозицій до чинного законодавства.

У статті наголошується на відмінних рисах, яким має відповідати державна допомога. Крім того, наводиться аналіз окремих норм законодавства Європейського Союзу, а також прецедентних судових справ з метою виявлення кваліфікуючих елементів державної допомоги. За результатами дослідження виявлено, що державний захід підтримки може розглядатись як державна допомога суб'єктам господарювання у разі, якщо відповідатиме таким ознакам: 1) факт передачі ресурсів держави; 2) набуття суб'єктом господарювання економічної переваги; 3) селективність характеру заходу щодо конкретних суб'єктів господарювання; 4) спричинення спотворення конкуренції та найголовніше – вплив на торгівлю (ст. 107 (1) Договору про функціонування ЄС).

Зазначено, що практично всі вказані компоненти враховано у законодавчо визначеному понятті “державна допомога суб'єктам господарювання” окрім впливу на торгівлю. Справедливо зауважується, що українська система права сфери державної допомоги розглядає державну допомогу як будь-яку підтримку, що спотворює або загрожує спотворенням внутрішньої економічної конкуренції усередині країни

і яка водночас може і не впливати на міжнародну торгівлю, що фактично спричинило розширення визначення державної допомоги.

У зв'язку з цим запропоновано уточнити визначення поняття “державна допомога суб'єктам господарювання”, наведене у Законі України “Про державну допомогу суб'єктам господарювання”, виклавши його у новій редакції з обов'язковим додаванням компоненту впливу на міжнародну торгівлю.

Ключові слова: законодавство у сфері державної допомоги; державна підтримка; державна допомога; економічна конкуренція; суб'єкти господарювання; державні ресурси.

У сучасній науці господарського права нерідко можна натрапити на різні та зовсім протилежні твердження науковців стосовно квінтесенції державної допомоги та її співвідношення з державною підтримкою. Зокрема, це стосується визначення державної допомоги, а саме основних компонентів, яким має відповідати державний захід підтримки для того, щоб визнавати його державною допомогою. Така ситуація є цілком логічною та обумовлена низкою причин.

По-перше, сьогодні інститут державної допомоги перебуває на стадії свого становлення, практика правозастосування Антимонопольним комітетом України розпочалася тільки з 2018 р.¹. По-друге, до підписання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода)² фактично не було потреби у дослідженнях (звісно, в межах науки господарського права) з питань державної допомоги. Через відсутність економічного та правового підґрунтя дослідження інституту державної допомоги мали характер ніби своєрідного “неопізаного об'єкта” – ніхто особисто не знав і не стикався, однак намагався охарактеризувати державну допомогу так як її розумів і це не завжди було вдалою спробою.

Беручи до уваги зазначене, наукові розробки вітчизняних дослідників із цієї тематики трапляються не так часто. Утім, серед них слід зазначити таких, як Г. Єрко³, Д. Зятіна⁴, Т. Некрасова⁵, Г. Знаменський, С. Андросов, І. Головань⁶ та ін. На великий прошарок іноземних досліджень мож-

¹ Рішення уповноваженого органу з питань державної допомоги. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/140679> (дата звернення: 20.04.2018).

² Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 р. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Ст. 2125.

³ Г. Єрко, ‘Правове регулювання надання державної фінансової підтримки в Україні’ (автореф дис канд юрид наук, Держ НДІ М-ва внутр справ України 2016).

⁴ Д. Зятіна, ‘Досвід країн ЄС щодо фінансування інфраструктури морських портів’ [2012] 68(45) *Актуальні проблеми держави і права* 299.

⁵ Т. Некрасова, *Надання державної допомоги суб'єктам господарювання: сучасний стан і перспективи правового регулювання* (Ноулідж 2010).

⁶ Г. Знаменский и С. Андросов и И. Головань и другие, *Правовые основы государственной поддержки бизнеса: монография* (Г. Знаменский ред, Юго-Восток 2011).

на натрапити в академічних працях із питань державної допомоги, які присвячені ознакам “state aid”. Серед них, зокрема, слід наголосити на працях К. Бекона⁷, Т. Вайса і С. Бота⁸ та ін.

Мета дослідження полягає в аналізі сутності поняття “державна допомога”, її законодавчого визначення, виявлення визначальних компонентів, яким має відповідати державна допомога, та підготовка на цій основі пропозицій до чинного законодавства.

Отже, почнемо з того, що українські вчені у галузі господарського права завжди достатньо активно дискутували щодо питання визначення державної допомоги. Так, наприклад, Т. Некрасова у своїй монографії дає таке визначення державної допомоги суб’єктам господарювання:

Фінансове, організаційне або інше сприяння, що здійснюється по відношенню до суб’єктів господарювання спеціально уповноваженими органами державної влади або місцевого самоврядування з метою досягнення відповідних економічних і соціальних цілей, а також забезпечення сталого розвитку економічної та/або соціальної сфери⁹.

Зі свого боку у монографії “Правові основи державної підтримки бізнесу” наводяться зовсім протилежні аргументи. Науковці дотримуються позиції, що державна допомога однозначно відрізняється від державної підтримки, а також, що надійним критерієм розмежування понять “державна допомога” і “державна підтримка”, як і в багатьох інших випадках дії правових норм, є цілі, які має на меті держава при подібних впливах на економічні процеси. Так, мета державної підтримки бізнесу полягає у розвитку тих напрямів економічного розвитку, які необхідні державі і суспільству, тобто посилення зацікавленості суб’єктів господарювання в ефективній діяльності в пріоритетних галузях соціально-економічного розвитку. Державна допомога, навпаки, застосовується у виняткових випадках, коли підприємства опиняються у дуже складних економічних ситуаціях і метою застосування є компенсація втрат внаслідок господарської діяльності¹⁰. Однак із цими положеннями важко погодитися за певних причин.

По-перше, варто зазначити, що наявність як критерію однієї мети для встановлення різниці між державною підтримкою та державною допомогою не є достатньою. Треба зауважити, що критерієм розмежування понять “державна допомога” і “державна підтримка” є такі фактори, як наслідки її надання, тобто спотворення конкуренції, вплив на торгівлю,

⁷ K Bacon, *European Union Law of State Aid* (2ed edn, Oxford University Press 2013).

⁸ K Büsching and T Wiese and C Both, *European State Aid Law: a Compendium for Practical Application* (2012).

⁹ Некрасова (н 5).

¹⁰ Знаменский и Андросов и Головань и другие (н 6) 13.

коло суб’єктів, на яке вона поширюється, та надання переваги суб’єкта господарювання внаслідок отримання державної допомоги, якої він не мав би за нормальних ринкових умов.

По-друге, термін “державна допомога” почав розвиватися ще на початкових етапах створення ЄС. Починаючи з моменту укладення Договору про заснування Європейського об’єднання вугілля та сталі у 1951 р., ст. 4 документа регламентувала, що цим Договором визнаються несумісними із загальним ринком вугілля і сталі, а тому підлягають скасуванню й забороні в межах Об’єднання такі дії: субсидії або допомога, що надаються державами, як і особливі збори, які накладаються державами, незалежно від форми¹¹.

Більш пізній Лісабонський договір, який укладався у 2007 р., вносив зміни до Договору про ЄС, а також до Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЄС)¹². Саме останній у ст. 107 містить чотири ознаки, які сукупно повинні бути виконані, якщо захід державної підтримки аналізується на предмет державної допомоги.

Крім того, відповідно до ст. 264 Угоди, сторони домовилися, що вони застосовуватимуть статті 262, 263(3) або 263(4) Угоди з використанням як джерела тлумачення критеріїв, що впливають із застосування статей 93, 106 та 107 ДФЄС, зокрема відповідну судову практику Суду ЄС, а також відповідне вторинне законодавство, рамкові положення, керівні принципи та інші чинні адміністративні акти ЄС.

Отже, визначальні особливості заходу державної підтримки, які підпадають під ст. 107 (1) ДФЄС, такі.

Компонент перший. Державні ресурси

Цей захід повинен призвести до реального чи потенційного використання державних ресурсів. Однак це не означає, що потрібна фактична передача ресурсів як така, передача державних коштів може бути й тоді, коли уряд “відмовляється від доходів”, як це було б, наприклад, у разі зниження податків або відмови від деяких мит¹³.

Державні ресурси включають усі ресурси державного сектору і, за певних обставин, ресурси приватних організацій. Кошти, надані національним банком до конкретних кредитних установ, як правило, потрапляють до сфери дії правил із надання державної допомоги. Утім, якщо національний банк реагує на банківську кризу, використовуючи заходи не на

¹¹ Договір про заснування Європейського об’єднання вугілля та сталі від 18 квітня 1951 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_026/page?text=%EF%EE%EC%EE%F9 (дата звернення: 20.04.2018).

¹² Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. *Official Journal*. 2012. С 326. Р. 1.

¹³ J Haucap and U Schwalbe, *Economic principles of state aid control. Discussion Paper* (Leibniz Information Centre for Economics 2011).

користь окремих банків (неселективні), а загальні відкриті для всіх учасників на ринку (наприклад, кредитування всього ринку на однакових умовах), такі заходи виходять за межі контролю державної допомоги¹⁴. Ресурси державних підприємств також відносяться до державних ресурсів за змістом ст. 107 (1) ДФЄС, тому що держава здатна направляти використання цих ресурсів. Однак важливим фактором є не походження ресурсів, а ступінь втручання державної влади у визначення заходу і способу фінансування.

Варто зазначити, що дуже багато досліджень зарубіжних учених присвячено саме “концепції державної допомоги” та її сутності. Як наслідок, сформувалося декілька поглядів на те, яким чином трактувати факт надання державних ресурсів і що може вважатися такими ресурсами.

Перший і найширший погляд полягає у тому, що кожна перевага, яка надається за допомогою державного втручання або регулювання, виконує цю умову, незалежно від того, чи це передбачає передачу ресурсів як таку.

Другий полягає у тому, що державний бюджет служить орієнтиром для виконання умови надання державних ресурсів. Це вузький погляд, який вимагає, щоб надані ресурси належали до державного бюджету або будь-якого іншого бюджету державного або приватного органу, призначеного державою.

У будь-якому разі вимагається суттєве навантаження на державні фінанси, незалежно від того, чи відбувається це через грошові кошти, виплачені з коштів під контролем держави, або відмови від надходжень, які повинні були стати частиною таких коштів¹⁵.

Третій погляд має під собою економічне підґрунтя та отримав визнання в академічних наукових працях. Він полягає у тому, що насамперед необхідною є передача ресурсів саме під державним контролем, тоді як ресурси необов'язково повинні надходити з державного бюджету¹⁶. Ця позиція була підтримана Європейською комісією в рішенні “PreussenElektra”. У цій справі вона стверджувала, що правила державної допомоги поширюються на заходи, встановлені державою, але фінансуються приватними підприємствами. Не має значення, як фінансується державний захід: безпосередньо через державні ресурси або опосередко-

¹⁴ State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis (“Banking Communication”): Communication from the Commission on the application from 1 August 2013. *Official Journal*. 2013. C 216. P. 1.

¹⁵ C Koenig and J Kuhling, ‘EC control of aid granted through State resources’ [2002] I(3) *European State Aid Law Quarterly* 7.

¹⁶ J Kuhling, *Recht der Energiewirtschaft* (2001) 93-7.

вано через приватні ресурси, застосування яких контролюється державними органами¹⁷.

Аналогічним чином Дж.-П. Кеппенне застосовує такий самий економічний підхід до розуміння поняття “державний ресурс”. На думку науковця, дуже важливо розрізнити, чи можуть ресурси, які використовуються, вважатися звичайними ресурсами для бенефіціара або ті, які повинні надходити до державного бюджету, але внаслідок надання допомоги держава ці кошти втратила. Державні ресурси ‘слід розуміти як будь-які ресурси фактично доступні державним органам влади’¹⁸. Цей підхід водночас є економічним та функціональним, оскільки класифікація фондів (як державних, так і приватних) залежить від того, яким чином вони використовуються. Суд першої інстанції Європейського співтовариства висловив аналогічну позицію у рішенні “*Air France*” № T-358/94 від 1996 р. У ньому Суд постановив, що ст. 87 (1) Договору ЄС охоплює всі фінансові засоби, якими державний сектор може фактично підтримувати підприємства, незалежно від того, чи є ці кошти постійними активами державного сектору¹⁹.

Посилаючись на судові рішення “*Ladbroke Racing*”²⁰ та “*Air France*”, Дж.-П. Кеппенне робить висновок, що заходи, які вказані у справі “*PreussenElektra*”, становлять державну допомогу у значенні ст. 87 (1) Договору ЄС, оскільки державні органи фактично стягують “податок” із покупців зеленої енергії, який сплачується безпосередньо виробнику. Таким чином, цей орендар користується перевагами ресурсів, які не можна вважати “нормальними”, а законом маються на меті виключно “класичні” політичні цілі, а саме природоохоронна діяльність.

Крім того, на підтвердження цієї тези, про що також стверджувала і Комісія, кошти, надані “*Stardust Marine*”, є державними ресурсами у значенні ст. 87 (1), оскільки компанія “*Credit Lyonnais*”, яка бере участь у фінансуванні, є дочірньою компанією державного підприємства, що є власністю і підтримуються за допомогою кредитів, гарантованих державою, а їхні збитки також покриваються державними ресурсами. Комісія додала, що ці кошти необов’язково повинні надходити з бюджету держави, оскільки достатньо, щоб вони були у розпорядженні держави.

Уряд Франції стверджував, що фінансові заходи на користь “*Stardust Marine*” не можуть бути виправдані як надані державою-членом або через державні ресурси лише тому, що вони надані державними підприємствами. Залучені компанії групи “*Credit Lyonnais*” використовували

¹⁷ Case 379/98 *PreussenElektra* *Opinion of Mr. Advocate General Jacobs* [2001] ECR 2099, Para. 179, 180.

¹⁸ J-P Keppenne, ‘Nederlands tijdschrift voor Europees recht’ (2001) *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 193.

¹⁹ Case T-358/94 *Air France* [1996] ECR II-2109, Para. 67.

²⁰ Case T-67/94 *Ladbroke Racing* [1998] ECR II-1, Para. 108.

ли виключно свої власні ресурси та депозити своїх клієнтів. Розглядати ресурси державних банків як державні ресурси було б надмірно широко й означало б дискримінацію як державних, так і приватних підприємств, що суперечить вимогам ст. 295 Договору ЄС.

Аналізуючи всі аргументи, як Комісія, так і Уряд Франції визнали, що у рішенні “*PreussenElektra*” встановлено: лише переваги, надані прямо чи опосередковано через державні ресурси, становлять державну допомогу у значенні ст. 87 Договору про заснування Європейської спільноти.

Також варто зазначити, що надання доступу до суспільного надбання, природних ресурсів або спеціальних і виняткових прав без адекватної винагороди відповідно до ринкових цін може становити значну доходну частину держави (знову ж таки, як і надання переваги)²¹. Передача державних ресурсів має місце й тоді, коли ресурси перебувають у спільному розпорядженні кількох держав, які разом вирішують питання щодо використання цих ресурсів²².

Ресурси, що надходять від ЄС (наприклад, зі структурних фондів) або міжнародних фінансових інститутів, такі як Міжнародний валютний фонд або Європейський банк реконструкції та розвитку, також слід розглядати як державні ресурси, якщо державна влада на свій розсуд використовує ці ресурси (зокрема, вибір одержувачів). Наприклад, у Південному Йоркширі Об'єднаного Королівства Великої Британії та Північної Ірландії проект розробки цифрового ширококутного доступу частково фінансувався Європейським фондом регіонального розвитку²³.

Навпаки, якщо такі ресурси надаються безпосередньо ЄС або міжнародними фінансовими інститутами, без свободи дій із боку державної влади, вони не розглядаються як державні ресурси (наприклад, фінансування здійснюється під безпосереднім керівництвом у межах програми *Horizon 2020* або програми *COSME*).

Компонент другий. Економічна вигода

Передача державних ресурсів повинна сформулювати економічну вигоду для підприємства-одержувача, яку він не отримав би при нормальних ринкових умовах. Якщо, навпаки, держава забезпечує фінансування підприємцю на тих самих умовах, як і на ринку, то фінансування не є дер-

²¹ On the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings: Commission Directive 2006/111/EC of 16 November 2006. *Official Journal*. 2006. L 318. P. 17.

²² On State aid C 9/2009 (ex NN 49/2008, NN 50/2008 and NN45/2008) implemented by the Kingdom of Belgium, the French Republic and the Grand Duchy of Luxembourg for Dexia SA: Commission Decision 2010/606/EU of 26 February 2010. *Official Journal*. 2010. L 274. P. 54.

²³ On State aid N 157/06, United Kingdom South Yorkshire Digital Region Broadband Project, recitals 21 and 29 on a measure partly financed by the European Regional Development Fund (ERDF): Commission Decision of 22 November 2006. *Official Journal*. 2007. C 80. P. 2.

жавною допомогою. Це основна відмінна риса між державною допомогою та державними інвестиціями або компенсацією в різних варіаціях, зокрема й не тільки вливань капіталу і кредитів, а й продажу активів, платежів за комунальні послуги, державних гарантій і навіть фіскальних заходів. Кожного разу, коли фінансове становище підприємства поліпшується у результаті державного втручання, однозначно це становить економічну перевагу. З огляду на те, що тільки ефект від переваги має значення, зовсім неважливо, чи є обов’язковою для підприємства перевага, якої неможливо уникнути або від неї відмовитися²⁴.

Визначення валового еквівалента гранту (далі – ВЕГ) часто є вирішальним для таких випадків. Термін ВЕГ описує економічну перевагу, яка підприємству фактично приносить користь. У разі державної допомоги “звільнення або зменшення податкових ставок” ВЕГ визначається шляхом вирахування фактичної кількості затвердженої державою суми, тобто того, що підприємство заборгувало державі. ВЕГ також називають “цінність (значення) допомоги”²⁵.

“Підводні камені” трапляються у разі привласнення непрямої (опосередкованої) переваги. Перевага може бути присвоєна іншими підприємствами, до яких державні ресурси безпосередньо не передавалися. Такі непрямі переваги слід відрізнити від простих вторинних економічних наслідків, які притаманні майже всім заходам державної допомоги (наприклад, завдяки збільшенню своєї продукції). Для цього можливі наслідки заходу повинні бути розглянуті заздалегідь при попередньому аналізі схеми допомоги уповноваженого органу. Непряма перевага присутня, якщо захід розроблено таким чином, щоб направляти свої вторинні наслідки до окремих підприємств або групи підприємств²⁶.

Компонент третій. Селективність заходу

Захід повинен бути селективним стосовно конкретних підприємств або конкретного типу продукту. Загальні фіскальні та економічні заходи не будуть становити державну допомогу, тоді як заходи, які приносять користь окремим підприємствам порівняно з іншими, можуть задовольнити цю умову.

Утім, навіть якщо фактично захід сприяє певним підприємствам стосовно інших, це може не розглядатись як відповідність критерію вибірковості. Треба відрізнити загальні заходи від селективних на підставі

²⁴ On the measures implemented by Italy for RAI SpA: Commission Decision 2004/339/EC of 15.10.2003. *Official Journal*. 2004. L 119. Recital 69.

²⁵ Büsching and Wiese and Both (n 8) 6.

²⁶ Draft Commission Notice on the notion of State aid pursuant to Article 107(1) TFEU: Communication from the Commission, Brussels. 2014. 50 p.

певних ознак, які сформувалися за результатами прецедентної практики європейських країн.

По-перше, загальні заходи можуть включати заходи як економічної, так і соціальної політики, які застосовуються до осіб відповідно до об'єктивних критеріїв незалежно від місця розташування, сектора чи підприємства, в яких працює ця особа. Якщо захід застосовується рівномірно до всіх компаній, наприклад, єдине скорочення корпоративного податку, то це загальний захід. А якщо деякі компанії користуються вже побічними перевагами – це може бути визнано допустимим, наприклад, загальне скорочення податків на робочу силу може принести більшу перевагу для трудомістких підприємств, ніж для капіталомістких²⁷. Однак ознака селективності у цьому разі буде виконана, тому що більшу перевагу внаслідок таких загальних заходів отримає певна група підприємств.

По-друге, суди у європейських країнах часто використовують логіку системного тесту (*system test*), щоб визначити, що відповідний захід насправді є загальним за своєю природою, хоча він може мати різний вплив на певні підприємства або категорії суб'єктів господарювання. Однак цей підхід створив деякі труднощі для судів країн – членів ЄС²⁸.

У підсумку ці два елементи “тесту” державної допомоги однозначно свідчать про характер відповідного заходу, тобто що це повинно мати вплив на торгівлю та має бути вибірковою за своїм характером або результатом – самі по собі не дуже ефективні як обмежувальні чинники. Велика кількість потенційних загальних заходів може бути, *prima facie*, класифікована як державна допомога, а тому може підпадати під дію правил державної допомоги.

Крім того, компонент селективності присутній у разі, якщо певна група підприємств перебуває у більш вигідному становищі щодо решти підприємств. Наприклад, селективність вже має місце, коли допомога надається відповідно до правил регіональної допомоги, а тому застосовується тільки до підприємств, що перебувають у цьому регіоні²⁹.

Компонент четвертий. Спотворення конкуренції, вплив на торгівлю

Захід повинен спотворювати конкуренцію і впливати на торгівлю між державами-членами. Саме таке формулювання використовує К. Бекон через існування багатопрецедентної судової практики ЄС.

Вимога, щоб довести, що захід, принаймні потенційно, може спотворювати конкуренцію і впливати на міждержавну торгівлю є умовою, яка

²⁷ L Hancher, ‘Towards a new definition of a state aid under European Law: is there a new concept of state aid emerging?’ [2003] 3(3) European State Aid Law Quarterly 365.

²⁸ Там само 365.

²⁹ Bacon (n 7) 12-3.

породжує причину заборони допомоги в принципі і, таким чином, є найбільш важливою умовою з економічної точки зору. Проте судова практика ЄС встановлює дуже низький поріг для її виконання. Жодних вимог не існує для того, щоб показати, що державна допомога призведе до споживчої шкоди (що, як правило, задумано під поняттям “спотворення конкуренції” в інших галузях законодавства про конкуренцію). Тест для виявлення спотворення конкуренції обмежується встановленням того, чи зміцнюються позиції отримувача допомоги (наприклад, тому, що його витрати були скорочені) порівняно з іншими конкуруючими підприємствами в торгівлі³⁰.

Крім того, державна допомога повинна впливати на торгівлю між державами. Тому захід допомоги має, принаймні потенційно, перешкоджати вільному руху торгівлі, послуг та капіталу між державами. У зв'язку з прикордонною торгівлею, яка постійно зростає та посилюється, є тільки незначні вимоги до доказу цього ефекту на торгівлю. На практиці вплив на торгівлю розглядається Комісією як незаперечна презумпція³¹. Комісія відмовлялася від цього принципу тільки в декількох “комунальних” справах. Існування впливу на торгівлю встановлено неприйнятним для заходів щодо надання допомоги для розвитку відпочинку в муніципальному басейні³² і закупівель вантажних автомобілів, які використовуються у містах або регіональних місцевостях³³. Комісія аналогічно розглядала податкові пільги на користь інвестицій у малих і міських лікарнях Ірландії як такі, що не впливають на торгівлю між державами-членами³⁴.

Отже, резюмуючи наведене, державна допомога повинна кумулятивно відповідати чотирьом визначальним компонентам:

- передача державних ресурсів;
- наявність економічної вигоди;
- селективність заходу;
- спотворення конкуренції та вплив на торгівлю.

Зі свого боку українське законодавство певною мірою врегулювало питання поняття “державна допомога”, однак є специфічні нюанси, на яких ми далі зупинимося детальніше.

Відповідно до ст. 26 (в оновленій редакції) Господарського кодексу України:

³⁰ Philip Morris v. Commission (Case 730/79): Judgment of the Court. *European Court Reports*. 1980.

³¹ M Heidenhain, *European State Aid Law* (Munich 2011) 804.

³² Leisure swimming pool Dorsten: Commission Decision on State aid (N 258/00). *Official Journal*. 2001. C 172.

³³ Purchase of utility vehicles: Commission Decision on State aid (N 171/97). *Official Journal*. 2001. L 212.

³⁴ Capital allowances for hospitals: Commission Decision on State aid (N 543/2001). *Official Journal*. 2002. C 154.

Правові засади проведення моніторингу державної допомоги суб'єктам господарювання та здійснення контролю за допустимістю такої допомоги для конкуренції встановлюються законодавством про державну допомогу суб'єктам господарювання³⁵.

Єдиним законодавчим актом, що має спеціальну дію і регулює сферу державної допомоги, є Закон України “Про державну допомогу суб'єктам господарювання” (далі – Закон)³⁶.

Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону:

<...> державна допомога суб'єктам господарювання <...> – це підтримка у будь-якій формі суб'єктів господарювання за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів, що спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції, створюючи переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності³⁷.

Аналізуючи наведене законодавче визначення, можна чітко простежити, що у ньому містяться всі ознаки державної допомоги, які встановлені законодавством ЄС, окрім останньої, а саме вплив на торгівлю. Це означає, що українська система права розглядає державну допомогу як будь-яку підтримку, що спотворює або загрожує спотворенням внутрішньої конкуренції усередині країни і яка водночас може і не впливати на міжнародну торгівлю. Отже, фактично Закон розширив визначення тим, що упустив важливий компонент державної допомоги, який є одним із основних у контексті євроінтеграції і взагалі сутності системи контролю державної допомоги. Тому що від самого початку метою створення системи контролю за державною допомогою було запобігання субсидійних гонок між державами – учасницями міжнародної торгівлі і створення рівних правил торгівлі в межах лібералізованого ринку.

Висновки. Отже, резюмуючи все наведене вище, необхідно зазначити, що існуюче законодавче визначення “державна допомога суб'єктам господарювання” не повною мірою розкриває її сутність, яка закладена багаторічною європейською судовою практикою. Чинний законодавчий акт регламентував державну допомогу дещо спотворено, що створює можливі передумови для формування правозастосовної практики у сфері державної допомоги, яка не відповідатиме практиці, що існує у європейських країнах. Наприклад, у справах, що стосуються послуг, які надаються комунальними підприємствами, Антимонопольний комі-

³⁵ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. Ст. 144.

³⁶ Про державну допомогу суб'єктам господарювання: Закон України від 1 липня 2014 р. № 2749. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 34. Ст. 1173.

³⁷ Там само.

тет України може визнавати таку підтримку державною допомогою, оскільки вона впливатиме на внутрішню конкуренцію, однак жодним чином не буде впливати на міжнародну торгівлю з огляду на її суто локальний характер. Тоді як Європейська комісія, беручи до уваги навіть те, що на тих територіях діє лібералізований режим ринку, не розглядає її як допомогу, тому що вони враховують ознаку впливу на торгівлю між країнами. Таким чином, надійним та ефективним рішенням цієї проблеми є підготовка змін до Закону, які передбачали б додавання до поняття державної допомоги ознаки впливу на торгівлю між країнами – членами ЄС.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Capital allowances for hospitals: Commission Decision on State aid (N 543/2001). *Official Journal*. 2002. C 154 (in English).
2. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. *Official Journal*. 2012. C 326. P. 1 (in English).
3. Draft Commission Notice on the notion of State aid pursuant to Article 107(1) TFEU: Communication from the Commission, Brussels. 2014. 50 p. (in English).
4. Leisure swimming pool Dorsten: Commission Decision on State aid (N 258/00). *Official Journal*. 2001. C 172 (in English).
5. On State aid C 9/2009 (ex NN 49/2008, NN 50/2008 and NN45/2008) implemented by the Kingdom of Belgium, the French Republic and the Grand Duchy of Luxembourg for Dexia SA: Commission Decision 2010/606/EU of 26 February 2010. *Official Journal*. 2010. L 274. P. 54 (in English).
6. On State aid N 157/06, United Kingdom South Yorkshire Digital Region Broadband Project, recitals 21 and 29 on a measure partly financed by the European Regional Development Fund (ERDF): Commission Decision of 22 November 2006. *Official Journal*. 2007. C 80. P. 2 (in English).
7. On the measures implemented by Italy for RAI SpA: Commission Decision 2004/339/EC of 15.10.2003. *Official Journal*. 2004. L 119. Recital 69 (in English).
8. On the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings: Commission Directive 2006/111/EC of 16 November 2006. *Official Journal*. 2006. L 318. P. 17 (in English).
9. Purchase of utility vehicles: Commission Decision on State aid (N 171/97). *Official Journal*. 2001. L 212 (in English).
10. State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis (“Banking Communication”): Communication from the Commission on the application from 1 August 2013. *Official Journal*. 2013. C 216. P. 1 (in English).
11. Dohovir pro zasnuvannia Yevropeiskoho obiednannia vuhillia ta stali [The Treaty Establishing the European Coal and Steel Community] vid 18 kvitnia 1951 r. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_026/page?text=%EF%EE%EC%EE%F9 (accessed: 20.04.2018) (in Ukrainian).

12. Hospodarskyi kodeks Ukrainy [The Economic Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 436-IV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2003. № 18. St. 144 (in Ukrainian).
13. Pro derzhavnu dopomohu subiektam hospodariuvannia [On the State Aid to Business Entities]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 1 lypnia 2014 r. № 2749. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2014. № 34. St. 1173 (in Ukrainian).
14. Uhoda pro Asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniiei storony, ta Yevropeiskym Soiuzom, Yevropeiskym spivtovarystvom z atomnoi enerhii i yikhnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony [The Association Agreement between Ukraine, on the One Part, and the European Union, the European Atomic Energy Community and Their Member States, on the Other Part] vid 27 chervnia 2014 r. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*. 2014. № 75. St. 2125 (in Ukrainian).

Cases

15. Case 379/98 *PreussenElectra Opinion of Mr. Advocate General Jacobs* [2001] ECR 2099. Para. 179, 180 (in English).
16. Case T-358/94 *Air France* [1996] ECR II-2109. Para. 67 (in English).
17. Case T-67/94 *Ladbroke Racing* [1998] ECR II-1. Para. 108 (in English).
18. *Philip Morris v. Commission (Case 730/79): Judgment of the Court. European Court Reports*. 1980 (in English).
19. Rishennia upovnovazhenoho orhanu z pytan derzhavnoi dopomohy [Decision of the Authorized Body on State Aid]. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/140679> (accessed: 20.04.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

20. Haucap J and Schwalbe U, *Economic principles of state aid control. Discussion Paper* (Leibniz Information Centre for Economics 2011) (in English).
21. Bacon K, *European Union Law of State Aid* (2ed edn, Oxford University Press 2013) (in English).
22. Büsching K and Wiese T and Both C, *European State Aid Law: a Compendium for Practical Application* (2012) (in German).
23. Kuhling J, *Recht der Energiewirtschaft* (2001) (in German).
24. M Heidenhain, *European State Aid Law* (Munich 2011) (in English).
25. Nekrasova T, *Nadannia derzhavnoi dopomohy subiektam hospodariuvannia: suchasnyi stan i perspektyvy pravovoho rehuliuвання [Granting of the State Aid to Business Entities: Current State and the Prospects for Legal Regulation]* (Noulidzh 2010) (in Ukrainian).

Edited books

26. Znamenskiy G i Androsov S i Golovan' I i drugie, *Pravovye osnovy gosudarstvennoy podderzhki biznesa: monografiya [Legal Foundations of the State Support of Business: Monograph]* (Znamenskiy G red, Yugo-Vostok 2011) (in Russian).

Journal articles

27. Hancher L, 'Towards a new definition of a state aid under European Law: is there a new concept of state aid emerging?' [2003] 3(3) *European State Aid Law Quarterly* 365 (in English).
28. Keppenne J-P, 'Nederlands tijdschrift voor Europees recht' (2001) *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 193 (in German).

29. Koenig C and Kuhling J, ‘EC control of aid granted through State resources’ [2002] I(3) European State Aid Law Quarterly 7 (in English).
30. Ziatina D, ‘Dosvid krain YeS shchodo finansuvannia infrastruktury morskykh portiv’ [‘Experience of the EU Countries in the Financing of the Seaport Infrastructure’] [2012] 68(45) Aktualni problemy derzhavy i prava 299 (in Ukrainian).

Thesis abstracts

31. Yerko H, ‘Pravove rehuliuвання nadannia derzhavnoi finansovoi pidtrymky v Ukraini’ [‘Legal Regulation of Granting the State Financial Support in Ukraine’] (avtoref dys kand yuryd nauk, Derzh NDI M-va vnutr sprav Ukrainy 2016) (in Ukrainian).

Olena Lillemiae

THE CONCEPTION OF “THE STATE AID” CONCEPT

ABSTRACT. The modern science of economic law not infrequently offers divergent and even completely opposing statements of scholars about the quintessence of the state aid to business entities and the correlation of the state aid and the state support. The legislative definition of the state aid does not fully reveal the essence of the state aid built up by many years of the European court practice.

At the same time, the legal definition of the concept “the state aid to business entities” has not taken up the established approach to the understanding of its main substantive components which has also been developed within the science of economic law. Specifically, this is manifested through the position evidencing an incorrect delimitation between the concepts of the state aid and the state support of business entities.

The purpose of the article is to analyze the essence of the concept of the state aid, its legislative definition and normalization formed by the European court practice, and also the determining components of the state aid, and to prepare, on this basis, the proposals to current legislation.

The article focuses on the distinctive features which the state aid should be consistent with. Besides, the author gives the analysis of particular provisions of the EU legislation and the landmark cases in order to identify the qualifying elements of the state aid. As the study results show, a state support action may be regarded as the state aid to business entities if it meets the following criteria: 1) there is the fact of transfer of the state resources; 2) the business entity concerned acquires an economic advantage; 3) the action has a selective nature with regard to specific business entities; 4) the action causes a disruption of competition and, most importantly – it has an impact on trade (article 107 (1) of the Treaty on the EU Functioning).

It is noted that almost all of these components are taken into account in the legally defined concept of “the state aid to business entities”, except for an impact on trade. The author makes a well-reasoned remark that the Ukrainian system of law in the domain of the state aid regards the state aid as any support which disrupts or threatens to disrupt the internal economic competition within the country and which, at the same time, may not affect international trade, and this actually resulted in the extension of the definition of the state aid.

In this regard, it is proposed to make more specific the definition of “the state aid to business entities” given in the Law of Ukraine “On the State Aid to Business Entities” by restating it and incorporating into it the component of an impact on international trade.

KEYWORDS: legislation regarding the state aid; the state support; the state aid; economic competition; business entities; the state resources.



Олена Зельдіна

доктор юридичних наук, професор,
завідувач сектору проблем реалізації
господарського законодавства відділу
проблем модернізації господарського права та законодавства
Інституту економіко-правових досліджень НАН України
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7275-7817>
(м. Київ, Україна)
lenochkadok@gmail.com

УДК 346.52

ІНВЕСТИЦІЙНА ПРИВАБЛИВІСТЬ УКРАЇНИ В УМОВАХ СТАЛОГО РОЗВИТКУ

Анотація. Економічна ситуація, яка склалася в Україні на сучасному етапі, та необхідність забезпечення сталого розвитку потребують використання ефективних регуляторів для забезпечення інвестиційної привабливості країни. Проте статистика демонструє несприятливі тенденції у сфері залучення інвестицій, ідеться, зокрема, про зниження інвестиційної активності інвесторів в Україні. За даними Державної служби статистики України, у 2017 р. в економіку України іноземні інвестори з 76 країн світу вклали 1,6 млрд доларів прямих інвестицій (акціонерного капіталу), що значно менше, ніж у 2015–2016 рр., а це свідчить про значне зниження інтересу інвесторів до України.

Мета статті полягає у тому, аби виявити детермінанти, які тим чи іншим чином негативно позначаються на інвестиційній привабливості України, та запропонувати елементи юридичної конструкції інвестиційної привабливості країни в умовах сталого розвитку.

Виокремлено детермінанти, які негативно позначаються на інвестиційній привабливості України. Встановлено, що негативним фактором для інвесторів є військові дії, які відбуваються у східних регіонах держави. Не менш значущою проблемою є нестабільність законодавства України як перешкода для залучення інвестицій. Про це неодноразово зазначали науковці і державні посадовці, однак у зазначеній сфері немає позитивних зрушень. Невід'ємною характеристикою української дійсності стала корупція, яка торкнула всіх сфер життєдіяльності суспільства. Ще однією проблемою для інвесторів є зарегульованість тих чи інших процедур у сфері підприємницької діяльності. Для її вирішення законодавець приймає нормативно-правові акти, спрямовані на спрощення різних процедур у сфері підприємництва.

Запропоновано елементи юридичної конструкції інвестиційної привабливості України в умовах сталого розвитку, а саме: інвестиційна політика держави; податкова політика держави; забезпечення доступної, прозорої та ефективної системи захисту прав інвесторів; податкові та інші стимули.

Автор доходить висновку, що стале зростання економіки України неможливе без інвестиційних надходжень, тому важливо забезпечити стратегію розвитку елементів юридичної конструкції інвестиційної привабливості України.

Ключові слова: інвестиційна привабливість; інвестиційна політика; податкова політика; захист прав інвесторів; податкові стимули.

© Олена Зельдіна, 2018

Економічна ситуація, яка склалася в Україні на сучасному етапі, та необхідність забезпечення сталого розвитку потребують використання ефективних регуляторів для забезпечення інвестиційної привабливості країни. Проте статистика демонструє несприятливі тенденції у сфері залучення інвестицій, ідеться про зниження інвестиційної активності інвесторів в Україні. За даними Державної служби статистики України¹, у 2017 р. в економіку держави іноземні інвестори з 76 країн світу вклали 1,6 млрд доларів прямих інвестицій (акціонерного капіталу), що значно менше, ніж у 2016 р. (4,4 млрд доларів) та у 2015 р. (3,8 млрд доларів), а це свідчить про значне зниження інтересу інвесторів до України.

Питання забезпечення інвестиційної привабливості України знайшли своє відображення у працях вітчизняних та зарубіжних науковців, таких як: Е. Лібанова, Є. Мордань, К. Закорко, С. Гуткевич, С. Ткаленко, О. Карлова, Х. Калашнікова, Л. Котула, Г. Базіле, Дж. Янсен, Р. Кюр та ін. Проте це питання залишається невирішеним і потребує подальшого дослідження.

Мета дослідження полягає у виявленні детермінант, які тим чи іншим чином негативно позначаються на інвестиційній привабливості України, а також у тому, аби запропонувати елементи юридичної конструкції інвестиційної привабливості нашої країни в умовах сталого розвитку.

Крім незадовільного стану економіки, рівень інвестиційного потоку залежить від низки складових, які значно впливають на рівень інвестиційної привабливості країни, а тому потребують глибинного дослідження. Аналіз економіко-правової ситуації в Україні дає змогу виокремити детермінанти, які тим чи іншим чином негативно позначаються на інвестиційній привабливості держави.

Негативним фактором для інвесторів є військові дії на сході країни. Як зазначає Р. Аверчук, 'нові прямі іноземні інвестиції в країну різко скоротились після початку війни'². Це підтверджують і статистичні дані³. Так, у 2013 р. прямі іноземні інвестиції становили 5,5 млрд доларів, а в 2014 р. – 2,5 млрд доларів, тобто значно зменшилися. Проте як тільки ситуація трохи стабілізувалася та підприємці адаптувалися, це одразу

¹ 'Інформаційно-аналітичні матеріали щодо інвестиційного клімату в Україні за 2017 рік' (Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, 19 Березень 2018) <<http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=c2948231-0ac9-471a-b77b-f298ccb78c52&title=InformatsiinoanalitichniMaterialiSc hodoInvestitsiinogoKlimatuVUkrainiZa2017-Rik&isSpecial=true>> дата звернення 15 Квітень 2018.

² Ростислав Аверчук, 'Прямі іноземні інвестиції в Україні: війна і мир' (VoxUkraine, 12 Січень 2017) <<https://voxukraine.org/2017/01/12/investments-in-ukraine-ua/>> дата звернення 17 Квітень 2018.

³ 'Інформаційно-аналітичні матеріали щодо інвестиційного клімату в Україні у січні-вересні 2017 року' (Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, 19 Березень 2018) <<http://www.me.gov.ua/Documents/List?lang=uk-UA&tag=%D0%A1%D1%82%D0%B0%D0%BD%20%D1%96%D0%BD%D0%B2%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%86%D1%96%D0%B9%D0%BD%D0%BE%D1%97%20%D0%B4%D1%96%D1%8F%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%96%20%D0%B2%20%D0%A3%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%96>> дата звернення 18 Квітень 2018.

позначилося на інвестиційному потоці, та вже в 2016 р. рівень прямих іноземних інвестицій становив 4,4 млрд доларів. Тому різке падіння рівня прямих іноземних інвестицій у 2017 р. напряму не пов'язане з військовими діями.

Наступною, не менш значущою проблемою є нестабільність законодавства України. Про неї, як про перешкоду для залучення інвестицій, неодноразово зазначали науковці і державні посадовці, однак у цій сфері немає позитивних зрушень. Зокрема:

Від того, наскільки ефективно діє законодавча система, буде залежати рівень інвестиційної привабливості країни. У кожній країні існують свої закони та органи управління, які регулюють і координують процес формування інвестиційної привабливості⁴.

Особливо негативно на інвестиційному іміджі України позначаються постійні зміни податкового законодавства. Для вирішення цього питання необхідні норми права, які гарантують стабільність податкового законодавства, проте на практиці вони постійно порушуються. Науковці зазначають: 'Нестабільність законодавства України сприяє відтоку потенційних інвесторів'⁵.

Невід'ємною характеристикою української дійсності стала корупція, яка торкнулася усіх сфер життєдіяльності суспільства. Як стверджує В. Попадинець, 'корупція є однією з найбільш істотних причин слабкого інвестиційного клімату в Україні'⁶. На державному рівні прийнято низку програмних документів на довгострокову перспективу, які передбачають напрями боротьби з корупцією, а також законів, спрямованих на боротьбу із цим явищем. Проте чим більше держава приймає законів, спрямованих на боротьбу з корупцією, тим витонченішими стають методи корупціонерів. Проблема у тому, що законодавець вирішує питання фрагментарно й із запізненням. Тому основне завдання для законодавця – не допускати прийняття законів, які містять норми права, що можуть використовуватися в корупційних цілях. Нині всі законодавчі акти необхідно ретельно перевіряти на наявність корупційної складової, а завдання законодавця – забезпечити прийняття законів, які чітко визначають ті чи інші процедури й не дають змоги чиновникам самостійно, на власний розсуд приймати рішення.

⁴ О Карлова та Х Калашнікова та Н Кондратенко та інші, *Соціально-економічний розвиток територій: формування інвестиційної привабливості: колективна монографія* (Друкарня Мадрид 2016).

⁵ І Павленко та К Удовиця, 'Застосування іноземного досвіду у вдосконаленні інвестиційного законодавства України' [2015] 3(1) Проблеми і перспективи розвитку підприємництва 93.

⁶ В Попадинець, 'Інвестиційний клімат України у глобальній економічній системі' (2015) 7 Науковий вісник Мукачівського державного університету 40.

Ще однією проблемою для інвесторів є зарегульованість тих чи інших процедур у сфері підприємницької діяльності. Для її вирішення законодавець приймає нормативно-правові акти, що спрямовані на спрощення різних процедур у сфері підприємництва. Зокрема, скасовано обов'язкову реєстрацію іноземних інвестицій, печатки перестали бути обов'язковим атрибутом документів у сфері господарювання. Проте суб'єкти підприємництва чекають на спрощення процедури оформлення права власності на об'єкти будівництва, отримання дозвільних документів на будівництво, введення об'єктів будівництва в експлуатацію тощо. Саме ці процедури є найбільш зарегульовані та потребують значного спрощення.

Аналіз свідчить, що поверховий, незмістовний характер змін і доповнень до законодавства України не в змозі вирішити існуючі проблеми та покращити інвестиційний імідж держави. Саме інвестиційні надходження спроможні забезпечити сталий розвиток України. Л. Котула зазначає: 'Концепція сталого розвитку є гнучкою і такою, що розвивається, забезпечує керівництво для оцінки якості інвестиційних процесів'⁷. Розгорнута характеристика напрямів запровадження сталого розвитку України, запропонована у національній доповіді "Соціально-економічний потенціал сталого розвитку України та її регіонів: вектори реального поступу"⁸, де ретельно проаналізовано можливості бюджету України та місцевих бюджетів для забезпечення сталого розвитку держави, а також зазначено про необхідність залучення прямих іноземних інвестицій.

Низка зарубіжних авторів вказують, що для досягнення цілей необхідно, щоб суспільство рухалося у напрямку стійкості, а цей рух повинен заохочуватися інвестиціями, які вимагають стратегічного планування⁹.

Дослідження демонструє, що для реального, а не декларативного підвищення інвестиційної привабливості України потрібно забезпечити системний державницький підхід до цього питання. Доцільно розробити інвестиційну стратегію, яка дасть змогу підвищити привабливість держави для зовнішніх та внутрішніх інвесторів. А для вирішення цього складного завдання необхідно передусім виокремити та проаналізувати основні елементи юридичної конструкції інвестиційної привабливості України, що дасть можливість на новому рівні комплексно вирішувати існуючі проблеми.

⁷ L Cotula, 'Foreign investment, law and sustainable development: A handbook on agriculture and extractive industries' (2016) 31 Natural Resource Issues 145.

⁸ Е Лібанова та М Хвесик (ред), *Соціально-економічний потенціал сталого розвитку України та її регіонів: вектори реального поступу: національна доповідь* (ДУ ІЕПСР НАН України 2017).

⁹ K-H Robert and B Schmidt-Bleek, 'Strategic sustainable development selection, design and synergies of applied tools' (2012) 10 Journal of Cleaner Production 197.

Основними елементами юридичної конструкції інвестиційної привабливості України такі:

1. *Інвестиційна політика держави.* У Національній парадигмі сталого розвитку України зазначено, що другим важливим висновком щодо тенденцій сталого розвитку є пошук його проективної моделі. Йдеться про побудову відповідної політики перекладання концептуальних ідей сталого розвитку у проективну площину. Зазначається, що це стосується передусім упорядкування інвестиційної політики, яка повинна бути гнучкою та мобільною щодо зміни пріоритетів кожної просторово-часової моделі сталого розвитку¹⁰. Тобто інвестиційна політика держави повинна відповідати економічним реаліям, бути гнучкою та мобільною, реагувати на ті чи інші зміни в суспільному житті.

Дуже важливим для держави є залучення саме інвестиційних коштів, а не кредитних ресурсів, які необхідно повертати, оскільки вони не дають змоги здійснювати стійке вирішення економічних проблем. Зокрема, С. Ткаленко зазначає:

Інвестиційна політика має бути спрямована на активізацію процесу залучення прямих іноземних інвестицій, а не на отримання кредитних ресурсів від міжнародних організацій. Для цього необхідно створити загальнополітичні, правові, інституціональні умови, які будуть сприяти процесу інвестування, і які є одночасно результатом успішних реформ. Світовий досвід показує, що найбільших успіхів у залученні іноземних інвестицій досягають ті країни, які, по-перше, ставлять таку мету, як пріоритетну в своїй економіці, по-друге, використовують, можливо, більший набір заходів¹¹.

Основним завданням інвестиційної політики держави є забезпечення системного та уніфікованого регулювання інвестиційних відносин. Як вважає В. Кухар:

Інвестиційна політика держави повинна забезпечувати динаміку процесів розширеного відтворення господарської діяльності. Визначення її ключових засад та змісту пов'язане, у свою чергу, з формуванням узгодженої системи законодавства про інвестиційну діяльність, чітким окресленням завдань для органів державної влади та місцевого самоврядування в цій сфері, створенням дієвих механізмів та господарсько-правових засобів державного регулювання інвестиційних відносин, розробкою та

¹⁰ Б Патон (ред), *Національна парадигма сталого розвитку України* (Інститут економіки природокористування та сталого розвитку Національної академії наук України 2012) 21.

¹¹ С Ткаленко, 'Інвестиційна стратегія розвитку України у глобальному середовищі' (2011) 2 Стратегія розвитку України. Економіка, соціологія, право 207.

впровадженням спеціальних режимів інвестиційної діяльності, різних за своєю конфігурацією¹².

Вирішувати ці та інші проблеми, що є перешкодою для підвищення інвестиційної привабливості України, покликана інвестиційна політика держави. З цього приводу С. Ткаленко зазначає:

Інвестиційна стратегія країни являє собою обраний курс інвестиційної політики, розрахований на тривалу перспективу і спрямований на вирішення економічних та соціальних завдань, завдань культурного розвитку, забезпечення економічної безпеки держави, підвищення народного добробуту тощо. Інвестиційна стратегія повинна передбачати формування системи фінансових заходів для досягнення довгострокових стратегічних цілей розвитку України¹³.

Залучення інвестицій є важливою фінансовою проблемою, тому розробка стійкої інвестиційної стратегії можлива тільки при наявності адекватних засобів.

Інвестиційна політика в умовах сталого розвитку повинна забезпечувати спрямування інвестиційних потоків до основних галузей економіки України з метою підвищення їх конкурентоспроможності, розвиток державно-приватного партнерства, а також максимізувати позитивні та мінімізувати негативні ефекти інвестиційної діяльності. Вирішуючи завдання зі створення інвестиційної привабливості держави, доцільно враховувати глобалізацію економіки як фактор для розширення можливостей у залученні інвестиційних ресурсів.

2. *Податкова політика держави.* Вона є не менш значущою для інвестора, аніж інвестиційна. Забезпечити інвестиційну привабливість можливо, зокрема, за допомогою відповідної податкової політики, орієнтованої на досягнення компромісу між фіскальною функцією держави й ефективністю інвестування. Податкова політика повинна стимулювати інвестиційний процес та впливати на функціонування ринку інвестицій. Непередбачуваність податкового законодавства не дає змоги інвесторам спланувати свою підприємницьку діяльність. Тому дуже важливим для інвестора є стабільне та збалансоване податкове законодавство, що й повинна забезпечити податкова політика України. І. Бураковський та В. Мовчан із цього приводу зазначають:

¹² В Кухар, 'Господарсько-правове забезпечення державної інвестиційної політики в Україні' (дис канд юрид наук 2008) 3.

¹³ Ткаленко (н 11) 208.

Сторони Угоди про асоціацію взяли на себе зобов'язання співпрацювати у сфері оподаткування, в тому числі шляхом активізації регулярно діалогу з метою зближення структури податкового законодавства для підвищення ефективності управління податковою сферою з наголосом на подальшому вдосконаленні відносин між економічними агентами, розвитку торгівлі, стимулюванні інвестицій та забезпеченні чесної конкуренції¹⁴.

3. *Забезпечення доступної, прозорої та ефективної системи захисту прав інвесторів.* Норми права, які встановлюють порядок захисту прав інвесторів, повинні передбачати доступні процедури, чітко визначені законодавцем, щоб, з одного боку, не допускати зловживання, а з другого – забезпечити дієвий механізм захисту прав інвесторів. Законодавець повинен створити прозору судову систему, а також забезпечити своєчасне виконання рішень судових органів. Питання створення незалежної, прозорої судової системи законодавець намагається вирішити десятиріччями. За період незалежності України було неодноразово змінено судову систему України. Зміни в цій сфері відбулися у 2016 р.: змін зазнали Конституція України¹⁵ у частині регулювання питань здійснення правосуддя, а також Закон України “Про судоустрій і статус суддів”¹⁶, який змінив порядок судоустрою в Україні. Доцільно зазначити, що вони мали фрагментарний характер. Проте кардинально процесуальне законодавство України зазнало змін у 2017 р. Так, 3 березня 2017 р. Верховна Рада України прийняла Закон України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”¹⁷, який набув чинності з 15 грудня 2017 р. – із моменту початку роботи нового Верховного Суду. Цим актом передбачено нові редакції процесуальних кодексів, які значно змінили процедуру судового захисту.

4. *Податкові та інші стимули.* Не менш значущим для інвесторів, при виборі країни для інвестицій, є можливість скористатися податковими та іншими стимулами, які передбачено законодавством приймаючої країни. Як вважає А. Коккіноу, ‘політика стимулювання інвестицій повинна бути здатна надати інвесторам середовище, у якому вони можуть

¹⁴ І Бураковський та В Мовчан, ‘Економічний компонент Угоди про Асоціацію між Україною та ЄС: професійний аналіз та публічна дискусія’ (*Ін-т екон дослідж і політ консультацій* 2014) <https://issuu.com/irf_ua/docs/eu-2014-3?e=2879057/8269449> дата звернення 20 Квітень 2018.

¹⁵ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

¹⁶ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

¹⁷ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.

виконувати свою діяльність, отримуючи прибуток і не вдаючись до не-потрібного ризику¹⁸. Стимули, які передбачено законодавством приймаючої країни, особливо податкові, дають змогу інвестору адаптуватися до нових умов господарювання та мінімізувати витрати. Застосування пільг у процесі оподаткування є одним із дієвих інструментів підвищення інвестиційної привабливості України. Підтримка окремих регіонів або галузей економіки за допомогою надання пільг – це запорука збільшення інвестиційного потоку та розвитку економіки. Законодавчо прийняті податкові пільги повинні враховувати економічну ситуацію, необхідність розвитку тих чи інших галузей економіки України, стимулювати приплив інвестиційних надходжень до найважливіших напрямів економіки. Для забезпечення ефективного механізму пільгового оподаткування інвестиційної діяльності доцільно забезпечити баланс інтересів держави та інвесторів, визначити напрями використання податкових пільг, порядок їх встановлення, змін та скасування.

Доцільно зазначити, що запропонований перелік елементів юридичної конструкції інвестиційної привабливості України не є вичерпним. Проте ці елементи є визначальними для інвесторів у процесі відбору країни для інвестицій. Безумовно, політична ситуація також має вплив на інвестиційну привабливість держави, політичні процеси, без сумніву, визначають поведінку інвесторів. Водночас політична ситуація позначається на всіх зазначених вище елементах інвестиційної привабливості України. Залежно від політичної ситуації змінюється інвестиційна та податкова політика держави.

Інвестиційної привабливості України можливо досягти при забезпеченні балансу приватних і публічних інтересів. Тому держава при визначенні інвестиційної, податкової політики та інших елементів юридичної конструкції повинна забезпечити баланс інтересів інвестора та держави. Як зазначає М. Шерзод:

Інвестор і приймаюча країна для інвестицій не мають однакових цілей. Крім того, країна, яка приваблює інвестиції, спробує принести мінімальний обсяг ресурсів для комплексного вирішення соціально-економічних завдань. З іншого боку, інвестор прагне максимізувати доходи в довгостроковій перспективі. Тому інвестиційний ринок – це процеси, пов'язані з діями законів попиту і пропозиції (солідарності інтересів) і забезпечення балансу інтересів¹⁹.

¹⁸ A Kokkinou, 'Foreign Direct Investments, Regional Incentives and Regional Attractiveness in Greece' (44th Congress of the European Regional Science Association: "Regions and Fiscal Federalism", 25th-29th August 2004, Porto, Portugal) <<http://hdl.handle.net/10419/117204>> accessed 20 April 2018.

¹⁹ M Sherzod, 'Investment Attractiveness of Regions: Methodic Aspects of the Definition and Classification of Impacting Factors' (2017) 13 European Scientific Journal 442.

Висновки. Доцільно зазначити, що стале зростання економіки України неможливе без інвестиційних надходжень, тому вкрай необхідно забезпечити стратегію розвитку елементів юридичної конструкції інвестиційної привабливості України та їх відповідність потребам як держави, так й інвесторів. Отже, процес забезпечення інвестиційної привабливості України повинен мати системний, реформаторський характер, а не бути спрямованим на фрагментарне вирішення поодиноких проблем. А це, зі свого боку, є запорукою довгострокового зростання інвестиційних надходжень в економіку України.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 30. St. 141 (in Ukrainian).
2. Pro sudoustrii i status suddiv [On the Judicial System and Status of Judges]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2016 r. № 1402-VIII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2016. № 31. St. 545 (in Ukrainian).
3. Pro vnesennia zmin do Hospodarskoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy, Tsyvilnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy, Kodeksu administratyvnoho sudochnystva Ukrainy ta inshykh zakonodavchykh aktiv [On Amendments to the Economic Procedural Code of Ukraine, the Code of Civil Procedure, the Code of Administrative Procedure of Ukraine and other Legislative Acts]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 3 zhovtnia 2017 r. № 2147-VIII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2017. № 48. St. 436 (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

4. Karlova O ta Kalashnikova Kh ta Kondratenko N ta inshi, *Sotsialno-ekonomichniy rozvytok terytorii: formuvannia investytsiinoi pryvablyvosti: kolektyvna monografia* [Socio-economic Development of the Territory: Formation of Investment Attractiveness: Collective Monograph] (Drukarnia Madryd 2016) (in Ukrainian).
5. Burakovskiy I ta Movchan V, *Ekonomichnyi komponent Uhody pro Asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu ta YeS: profesiyni analiz ta publichna dyskusii* [Economic component of the Association Agreement between Ukraine and the EU: Professional Analysis and Public Discussion] (Instytut ekonomichnykh doslidzhen i politychnykh konsultatsii 2014) <https://issuu.com/irf_ua/docs/eu-2014-3?e=2879057/8269449> accessed 20 April 2018 (in Ukrainian).

Edited books

6. Libanova E ta Khvesyuk M (red), *Sotsialno-ekonomichnyy potentsial staloho rozvytku Ukrainy ta ii rehioniv: vektory realnoho postupu: natsionalna dopovid* [Socio-economic Potential of Sustainable Development of Ukraine and its Regions: Vectors of Real Progress: National Report] (DU IEPSR NAN Ukrainy 2017) (in Ukrainian).

7. Paton B (red), *Natsionalna paradyhma staloho rozvytku Ukrainy [National Paradigm of Sustainable Development of Ukraine]* (Instytut ekonomiky pryrodokorystuvannia ta staloho rozvytku NAN Ukrainy 2012) (in Ukrainian).

Journal articles

8. Cotula L, 'Foreign investment, law and sustainable development: A handbook on agriculture and extractive industries' (2016) 31 *Natural Resource Issues* 145 (in English).
9. Robèrt K-H and Schmidt-Bleek B, 'Strategic sustainable development selection, design and synergies of applied tools' (2012) 10 *Journal of Cleaner Production* 197 (in English).
10. Sherzod M, 'Investment Attractiveness of Regions: Methodic Aspects of the Definition and Classification of Impacting Factors' (2017) 13 *European Scientific Journal* 433 (in English).
11. Averchuk R, 'Priami inozemni investytsii v Ukraini: viina i myr' ['Foreign Direct Investment in Ukraine: War and Peace'] <<https://voxukraine.org/2017/01/12/investments-in-ukraine-ua/>> accessed 17 April 2018 (in Ukrainian).
12. Pavlenko I ta Udovytsia K, 'Zastosuvannia inozemnoho dosvidu u vdoskonaleni investytsiinoho zakonodavstva Ukrainy' ['Application of Foreign Experience in Advanced Investment Legislation of Ukraine'] (2015) 3 *Problemy i perspektyvy rozvytku pidpriemnytstva* 93 (in Ukrainian).
13. Popadynets V, 'Investytsiinyi klimat Ukrainy u hlobalnii ekonomichnii systemi' ['Ukraine's Investment Climate in the Global Economic System'] (2015) 7 *Naukovyi visnyk Mukachivskoho derzhavnogo universytetu* 40 (in Ukrainian).
14. Tkalenko S, 'Investytsiina stratehiia rozvytku Ukrainy u hlobalnomu seredovyshchi' ['Investment strategy of Ukraine's development in the global environment'] (2011) 2 *Stratehiia rozvytku Ukrainy. Ekonomika, sotsiologhiia, pravo* 207 (in Ukrainian).

Thesis abstracts

15. Kukhar V, 'Hospodarsko-pravove zabezpechennia derzhavnoi investytsiynoi polityky v Ukraini' ['Economic and Legal Support of State Investment Policy in Ukraine'] (dys kand yuryd nauk 2008) (in Ukrainian).

Websites

16. Kokkinou A and Psycharis I, 'Foreign Direct Investments, Regional Incentives and Regional Attractiveness in Greece' (*44th Congress of the European Regional Science Association: "Regions and Fiscal Federalism", 25th-29th August 2004*) <<http://hdl.handle.net/10419/117204>> accessed 21 April 2018 (in English).
17. 'Informatsiino-analitychni materialy shchodo investytsiinoho klimatu v Ukraini za 2017 rik' ['Information and Analytical Materials on the Investment Climate in Ukraine for 2017'] (*Ministerstvo ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy*, 19 March 2018) <<http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=c2948231-0ac9-471a-b77b-f298ccb78c52&title=InformatsiinoanalitichniMaterialiSchodoInvestitsiinogoKlimatuVUkrainiZa2017-Rik&isSpecial=true>> accessed 15 April 2018 (in Ukrainian).
18. 'Informatsiino-analitychni materialy shchodo investytsiinoho klimatu v Ukraini u sichni-veresni 2017 roku' ['Information and Analytical Materials on the Investment Climate in Ukraine in January-September 2017'] (*Ministerstvo ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy*, 19 March 2017) <<http://www.me.gov.ua/Documents/List?lang=uk-UA&tag=%D0%A1%D1%82%D0%B0%D0%BD%20%D1%96%D0%BD%D0%B2%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%86%D1%96%D0%B9%D0%BD%D0%BE%D1%97%20%D0%B4%D1%96%D1%8F%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%96%20%D0%B2%20%D0%A3%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%96>> accessed 18 April 2018 (in Ukrainian).

INVESTMENT ATTRACTIVENESS OF UKRAINE
UNDER CONDITIONS OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

ABSTRACT. Given the economic situation currently existing in Ukraine and the need for sustainable development, efficient regulators should be used to ensure investment attractiveness of the country. However, the statistics show unfavorable investment raising trends, in particular, what is meant here is a decline in investment activities of investors in Ukraine. According to the data provided by the State Statistics Service of Ukraine, in 2017 foreign investors from 76 countries invested USD 1.6 billion of direct investment (equity) in Ukraine's economy, this being significantly lower than in 2016–2015, and this indicates that investors' interest in Ukraine has substantially declined.

The purpose of the article is to identify the determinants which, one way or another, adversely affect Ukraine's investment attractiveness, and to offer elements of the legal structure of the country's investment attractiveness in the context of sustainable development.

The author highlights the determinants with a negative impact on Ukraine's investment attractiveness. It is established that for investors, military operations underway in the Eastern regions of the State are the negative factor. Another problem of no less significance is the instability of Ukrainian legislation as an obstacle to investment raising. Scholars and government officials have repeatedly emphasized this, however, without any positive developments in this area so far. Corruption has become an immanent feature of Ukrainian reality and penetrated every sphere of society and its life. Another problem encountered by investors is the excessive regulatory mechanisms applicable to some or other procedures in the sector of business. To solve this problem, the legislator adopts statutes and regulations aimed at simplifying various procedures in the business sector.

The article proposes elements of the legal structure of Ukraine's investment attractiveness in the context of sustainable development, namely: investment policy of the State; tax policy of the State; assurance of an accessible, transparent and efficient system to protect investors' rights; tax and other incentives.

The author comes to the conclusion that sustainable growth of Ukraine's economy is impossible without an inflow of investments, and thus it is important to ensure that a development strategy is in place for elements of the legal structure of Ukraine's investment attractiveness.

KEYWORDS: investment attractiveness; investment policy; tax policy; protection of investors' rights; tax incentives.



Юлія Павлюченко

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри господарського права
Донецького національного університету
імені Василя Стуса
(м. Вінниця, Україна)
Pavluchenko@donnu.edu.ua

УДК 349:422

ЗАВДАННЯ І ЗАСОБИ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ АГРАРНОГО РИНКУ

АНОТАЦІЯ. Ефективне функціонування аграрного ринку забезпечує не тільки приватні інтереси виробників і покупців сільськогосподарської продукції, а й сприяє задоволенню публічних інтересів, зокрема, має значення для сталого розвитку сільських територій, забезпечення розвитку аграрного сектору економіки і продовольчої безпеки держави. З огляду на певні особливості, притаманні як сільськогосподарській продукції, так і її виробникам, аграрний ринок об'єктивно потребує державного регулювання. Саме завдання і засоби державного регулювання потрібно розглядати визначальними для цього ринку.

Мета статті полягає у конкретизації на сучасному етапі завдань і засобів державного регулювання аграрного ринку.

У процесі дослідження проаналізовано низку законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів, із яких очевидно, що на державному рівні має місце розуміння незадовільного стану аграрного ринку та намагання держави вживати заходів для покращення ситуації, зокрема через закріплення у нормативно-правових актах шляхів і способів вирішення проблем. З урахуванням того, що впровадження цих способів покладається передусім на відповідні органи державної влади, органи місцевого самоврядування, то їх можна вважати завданнями державного регулювання аграрного ринку.

На підставі аналізу Концепції Державної цільової програми розвитку аграрного сектору економіки на період до 2021 р. та проекту однойменної Програми конкретизовано завдання державного регулювання аграрного ринку на сучасному етапі. При цьому обґрунтовано, що окреслені завдання відповідають короткостроковим (отримання прибутку сільськогосподарськими виробниками з одночасним врахуванням інтересів покупців продукції) і довгостроковим (сталій розвиток сільських територій, забезпечення продовольчої безпеки держави) пріоритетам розвитку аграрного ринку. Проведений аналіз засобів державного регулювання господарської діяльності, закріплених у ст. 12 Господарського кодексу України, дає змогу зробити висновок, що досягнення зазначених завдань можливе завдяки вдалому поєднанню цих засобів державного регулювання.

Ключові слова: аграрний ринок; державне регулювання; завдання державного регулювання; засоби державного регулювання.

© Юлія Павлюченко, 2018

Аграрний ринок не тільки забезпечує рух сільськогосподарської продукції, а й впливає на доходи її виробників, певною мірою визначає структуру сільськогосподарського виробництва, є одним із чинників, від якого залежить розвиток інших складових аграрного сектору зокрема і сталий розвиток сільських територій загалом.

Функціонування аграрного ринку неможливе без належного державного регулювання, яке зосереджується у певних завданнях і проявляється через відповідні засоби. Проте незадовільний сучасний стан вітчизняного аграрного ринку вказує на недостатню ефективність його державного регулювання.

Нормативно-правове підґрунтя державного регулювання аграрного ринку становлять положення Господарського кодексу України (далі – ГК України)¹, низки законів України, актів Президента України і Кабінету Міністрів України. При цьому норми щодо державного регулювання аграрного ринку і, зокрема, завдання й засоби державного регулювання, містяться у нормативно-правових актах різної юридичної сили і значення, відповідно, не створюють цілісної системи завдань і засобів та не здійснюють єдиного регулюючого впливу на аграрний ринок.

Науковим розробкам правових проблем державного регулювання аграрного сектору присвятили свої праці В. Жушман, В. Єрмоленко, В. Семчик, В. Уркевич та ін. Питання державного регулювання аграрного ринку досліджували Є. Кирилюк, В. Мамчур, М. Покальчук та деякі інші науковці. Проте питання завдань і засобів державного регулювання аграрного ринку в умовах сьогодення, з урахуванням вибору європейського вектору розвитку потребує додаткового аналізу.

Метою дослідження є конкретизація на сучасному етапі завдань і засобів державного регулювання аграрного ринку.

Визначення аграрного ринку як сукупності правовідносин, пов'язаних з укладенням та виконанням цивільно-правових договорів щодо сільськогосподарської продукції міститься у ст. 2 Закону України "Про державну підтримку сільського господарства"².

Водночас теоретичне поняття аграрного ринку вміщує більший зміст. Так, В. Семчик пропонує визначати аграрний ринок як сферу товарного обміну, який (у межах, врегульованих законодавством про аграрні ринки) здійснюється між продавцями і покупцями (юридичні й фізичні особи, територіальні громади та держава) як товарообмін, що виникає на підставі попиту й пропозиції за результатами аграрного товаровироб-

¹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. URL: zakon.rada.gov.ua/Law/show/436-15 (дата звернення 12.04.2018).

² Про державну підтримку сільського господарства: Закон України від 24 червня 2004 р. № 1877-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 49. Ст. 527.

ництва у встановлених місцях і формах шляхом укладення та виконання договорів купівлі-продажу, інших цивільно-правових правочинів на добровільно узгоджених умовах і цінах та волевиявлення продавців і покупців³.

Аграрному ринку притаманна низка характеристик, яка об'єктивно зумовлює потребу його державного регулювання, а саме: залежність виробництва від природно-кліматичних умов та інших об'єктивних чинників, сезонність вироблення продукції рослинництва, різкі коливання цін, пов'язані з нерівномірними у часі пропозицією і попитом на цю продукцію, диспаритет цін на продукцію сільського господарства та засоби її виробництва тощо.

Уявлення про важливість розвитку аграрного ринку для сталого розвитку сільських територій на державному рівні сформувалося достатньо давно. Підтвердженням цього слугують положення Закону України "Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року"⁴, в якому розвиток ринків продукції сільського господарства і продовольства розглядається як напрям реалізації основних пріоритетів державної аграрної політики. На це також вказують положення низки указів Президента України, які спрямовані як на забезпечення розвитку сільських територій загалом, так і на становлення аграрного ринку зокрема, та актів Кабінету Міністрів України, зокрема програмного характеру.

Наприклад, значну увагу питанням аграрного ринку приділено у Державній цільовій програмі розвитку українського села на період до 2015 р. (далі – Програма 2015), затвердженій постановою Кабінету Міністрів України⁵.

У Програмі 2015 однією з причин виникнення проблем сільських територій вказано недостатній рівень розвитку інфраструктури аграрного ринку, тінізацію та монополізацію каналів реалізації сільськогосподарської продукції. Одночасно шляхи і способи розв'язання вказаних проблем: забезпечення формування ємності аграрного ринку шляхом виробництва вітчизняної сільськогосподарської продукції в обсязі, що гарантує продовольчу незалежність країни; створення інфраструктури внутрішнього аграрного ринку, збільшення обсягів біржової торгівлі, формування національної мережі оптових сільськогосподарських ринків, інформаційно-комунікативної мережі та активізація розвитку

³ В Семчик, "Теоретичні засади формування організаційних та правових інститутів аграрного ринку" в *Організаційно-правові проблеми розвитку земельного і аграрного ринків в Україні: наукові доповіді* (Ін-т держави і права ім В М Корецького НАН України 2007) 7.

⁴ Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року: Закон України від 18 жовтня 2005 р. № 2982-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 1. Ст. 17.

⁵ Про затвердження Державної цільової програми розвитку українського села на період до 2015 року: постанова Кабінету Міністрів України від 19 вересня 2007 р. № 1158. *Офіційний вісник України*. 2007. № 73. Ст. 2715.

транспортного забезпечення; формування прозорих та ефективних каналів надходження продукції від виробника до споживача⁶.

Викликає інтерес структура розділу Програми 2015, який присвячений розвитку аграрного ринку. Зокрема, він включає 16 підрозділів, як-то: продовольча безпека та продовольча незалежність держави; розвиток рослинництва; землеустрій та державний земельний кадастр; охорона і підвищення родючості ґрунтів; екологізація сільськогосподарського виробництва; удосконалення системи моніторингу земель; меліорація земель; формування ринку земель сільськогосподарського призначення; розвиток тваринництва; ринок матеріально-технічних ресурсів та послуг; формування і розвиток інфраструктури аграрного ринку; державне регулювання аграрного ринку; гарантування безпечності та якості продовольства; підтримка доходів сільськогосподарських товаровиробників; формування агроекологічного іміджу України; розвиток організаційно-правових форм господарювання; розвиток зовнішньоекономічної діяльності⁷.

Це дає змогу зробити висновок про напрями державного регулювання, визначення у їхніх межах завдань, виконання яких можливе через застосування відповідних засобів державного регулювання.

Оскільки Програма 2015 була розрахована на період до 2015 р., то сьогодні вона втратила чинність, проте не менше половини її положень щодо аграрного ринку не вдалося реалізувати не тільки через брак коштів, а й із інших причин організаційного, економічного і правового характеру. Зокрема, таке широке коло складових, із яких не всі безпосередньо пов'язані й забезпечують розвиток аграрного ринку, розпорошує і знижує ефективність державного регулювання аграрного ринку.

Сучасний стан українського аграрного ринку залишається незадовільним. Він повною мірою не виконує функцій, які у науковій літературі традиційно на нього покладаються. Так, ефективно функціонуючий аграрний ринок покликаний виконувати стимулюючу, селективну, координаційно-управлінську, соціальну функції і функцію виявлення ринкових цін⁸. При цьому, на переконання І. Охрименка, державне регулювання відіграє вагомий роль у забезпеченні виконання таких функцій, як виявлення ринкових цін і стимулювання, часткову роль у соціальній та координаційно-управлінській функціях і протидіє виконанню аграрним ринком селективної функції⁹.

⁶ Про затвердження Державної цільової програми розвитку українського села на період до 2015 року (н 4).

⁷ Там само.

⁸ І Охрименко, 'Аналіз аграрного ринку на основі модельних підходів' (2011) 6 Інвестиції: практика та досвід 31.

⁹ Там само.

Розуміння незадовільного стану аграрного ринку має місце на державному рівні. Кабінет Міністрів України у Концепції Державної цільової програми розвитку аграрного сектору економіки на період до 2021 р. вкотре засвідчив про низький рівень самоорганізації та саморегулювання ринку сільськогосподарської продукції, недостатній рівень розвитку кооперативних та інших об'єднань сільськогосподарських товаровиробників; відсутність системного підходу до просування на зовнішньому ринку вітчизняної аграрної продукції; відсутність дієвих заходів із залучення господарств населення у ринковий механізм функціонування аграрного сектору¹⁰.

На реалізацію зазначеної Концепції Міністерство аграрної політики та продовольства України (далі – Мінагрополітики) із заінтересованими центральними органами виконавчої влади повинні розробити та подати Кабінетові Міністрів України проект Державної цільової програми розвитку аграрного сектору економіки на період до 2021 р. (далі – проект Програми 2021). Її розроблено¹¹, проте не прийнято.

Аналіз змісту проекту Програми 2021 дає змогу зробити висновки щодо її завдань. По-перше, до них віднесено: 1) створення умов доступу аграрної продукції (концепція “коротких продажів”) для модернізації та формування локальних аграрних ринків; 2) створення сучасної інфраструктури заготівлі та збуту продукції тваринництва шляхом часткового відшкодування вартості: ліній із виробництва готової продукції тваринництва, боєнь та пунктів заготівлі молока; техніки, обладнання та механізмів для тваринництва і птахівництва; 3) створення сучасної інфраструктури заготівлі та збуту плодоовочевої продукції й будівництва нових картопле- та овочесховищ шляхом часткового відшкодування їхньої вартості. Завдяки виконанню цих завдань Мінагрополітики очікує вихід на аграрний ринок малих сільськогосподарських виробників, які сьогодні створюють близько 45 % валового сільськогосподарського продукту й істотно впливають на якість життя у сільській місцевості та забезпечення внутрішньої продовольчої безпеки. Як зазначено у проекті Програми 2021, малі виробники стануть повноправними учасниками ринку сільськогосподарської продукції.

Другим програмним завданням потрібно назвати підтримку сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів та інших об'єднань виробників. Очікується, що це дасть змогу знизити виробничі, переробні, транспортні та експортні витрати, максимізувати ціни продажу сільсь-

¹⁰ Концепція Державної цільової програми розвитку аграрного сектору економіки на період до 2021 року, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 30 грудня 2015 р. № 1437-р. *Офіційний вісник України*. 2016. № 24. Ст. 960.

¹¹ Проект Державної цільової програми розвитку аграрного сектору економіки на період до 2021 року. URL: <http://www.aau.org.ua/uk/publications/web/226/> (дата звернення: 12.04.2018).

когосподарської продукції, а також запровадити практики справедливих і прозорих договірних відносин на ринку з метою встановлення ділових практик, адаптованих до глобальних викликів.

По-третє, завданням проекту Програми 2021, виконання якого сприятиме розвитку аграрного ринку, передбачено сприяння прозорості та розширенню експорту стратегічно визначених груп харчових продуктів і сировини на світові ринки, зокрема й на ринок Європейського Союзу (далі – ЄС). За цим напрямом планується здійснити наближення законодавства України до законодавства ЄС у сфері сільського господарства, включаючи вимоги до безпечності харчових продуктів, а також створення еквівалентної вимогам ЄС законодавчої бази щодо регулювання генетично модифікованих організмів (ГМО), виробництва органічної продукції, уніфікації вимог до якості та маркування алкогольних напоїв, показників якості молока та м'яса; сприяти широкому впровадженню постійно діючих процедур, заснованих на принципах системи аналізу небезпечних факторів та контролю у критичних точках (НАССР), на потужностях харчової та переробної галузей; адаптувати законодавство у сфері санітарних та фітосанітарних заходів до вимог ЄС для отримання права експорту до країн торговельних партнерів, які визначають систему контролю ЄС. Також Мінагрополітики ставить завданням сприяти процедурі точкового відкриття ринку ЄС для підприємств, які можуть довести свою відповідність вимогам ЄС (молочні продукти, яловичина, свинина, баранина (ягнятина), м'ясо кролів та страусів); сприяти організації центрів підтримки експорту для надання консультацій із продажу товарів на зовнішньому ринку, дослідження ринку, визначення цільових ринків, організації семінарів, аналітичних матеріалів, юридичних консультацій; забезпечувати відстеження походження продукції тваринництва й відображення такої інформації у маркуванні; створити належну систему сертифікації органічної продукції; запровадити інформаційно-консультаційний супровід українських експортерів сільськогосподарської продукції. Очікується, що виконання цих завдань дасть змогу розширити експортні можливості виробників кінцевої продукції тваринного та рослинного походження із максимальною доданою вартістю, призначеною для кінцевого споживача.

Цілком очевидно, що основне виконання цих завдань, у разі прийняття Програми 2021, буде покладено на органи державної влади із залученням органів місцевого самоврядування. З урахуванням цього перераховані у проекті Програми 2021 завдання можна вважати завданнями державного регулювання аграрного ринку. Підсумовуючи, варто зазначити, що такі завдання полягають у сприянні: 1) створенню локальних

аграрних ринків та інфраструктури аграрного ринку; 2) створенню об'єднань сільськогосподарських товаровиробників у формі обслуговуючих кооперативів; 3) розширенню експорту сільськогосподарської продукції, встановлення вимог до безпечності та якості сільськогосподарської продукції і продуктів харчування, еквівалентних відповідним вимогам ЄС, запровадження інформаційно-консультаційного супроводу виробників сільськогосподарської продукції.

Доцільно, щоб завдання і засоби державного регулювання враховували принципи державного регулювання розвитку аграрного ринку, основними з яких, на думку М. Латиніна, мають бути пріоритетність та аграрний протекціонізм, системність і комплексність, передбачуваність та прозорість, зрозумілість й ефективність, екологічна доцільність¹².

Із викладеного можна зробити висновок, що положення проекту Програми 2021 загалом відповідають принципу пріоритетності, зрозумілості, екологічної доцільності, системності й комплексності способів і шляхів досягнення мети, яка полягає у створенні організаційно-економічних умов для ефективного соціально спрямованого розвитку аграрного сектору економіки України та підвищення його конкурентоспроможності. Натомість ефективність державного регулювання аграрного ринку можна буде оцінювати після виконання програмних положень.

Чітке формулювання завдань державного регулювання аграрного ринку є основою для вибору засобів державного регулювання та їх співвідношення, які повною мірою сприятимуть досягненню поставлених завдань.

Логічно, що засоби державного регулювання аграрного ринку базуються на засобах державного регулювання господарської діяльності, які закріплено у ст. 12 ГК України. Зокрема, основними засобами регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання є державне замовлення, ліцензування, патентування і квотування, технічне регулювання, застосування нормативів та лімітів, регулювання цін і тарифів, надання інвестиційних, податкових та інших пільг, надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій¹³.

У науково-практичному коментарі до ГК України під загальною редакцією А. Бобкової зазначено, що відповідно до поточних соціально-економічних потреб держава в особі своїх органів використовує низку організаційно-правових засобів, які спрямовані на оптимізацію господарської діяльності, встановлення нових або зміну існуючих правил ве-

¹² М Латинін, 'Теоретичні підходи щодо визначення механізму державного регулювання розвитку аграрного сектору економіки України' (2005) 2 Державне управління: теорія та практика <<http://www.pbuv.gov.ua/eJournals/DUTP/2005D2/txts/golus/05/maseu.puf>> дата звернення 12 Квітень 2018.

¹³ Господарський кодекс України (н 1).

Юлія Павлюченко

дення господарювання, що є обов'язковими для виконання учасниками господарських відносин. При цьому перелік засобів державного регулювання, закріплений у ст. 12 ГК України, запропоновано класифікувати на економічні та адміністративні засоби, а також на засоби тарифного і нетарифного регулювання¹⁴.

Варто звернути увагу на те, що відповідно до ч. 3 ст. 12 ГК України:

Умови, обсяги, сфери та порядок застосування окремих видів засобів державного регулювання господарської діяльності визначаються цим Кодексом, іншими законодавчими актами, а також програмами економічного і соціального розвитку¹⁵.

З урахуванням наведених положень можна зазначити, що нині в законодавстві вже закріплено низку засобів державного регулювання аграрного ринку, зокрема й таких, що можуть бути використані для досягнення завдань, пропонує у проекті Програми 2021.

Загалом засоби державного регулювання аграрного ринку зосереджені у Законі¹⁶. Серед них потрібно назвати державне регулювання цін через запровадження системи інтервенційних заходів на визначені у ст. 3 об'єкти державного цінового регулювання, засоби державної підтримки у вигляді фінансової підтримки суб'єктів господарювання агропромислового комплексу через механізм здешевлення кредитів, компенсації лізингових платежів та бюджетних дотацій для виробників продукції тваринництва, заходи з дерегуляції аграрного ринку. Певною мірою на розвиток аграрного ринку здійснюють вплив засоби державного регулювання, спрямовані на підтримку виробників окремих видів сільськогосподарської продукції (розділ VI Закону)¹⁷, які по суті є бюджетними дотаціями. Натомість податкові пільги для сільськогосподарських товаровиробників, зокрема з податку на прибуток та податок на додану вартість, зменшуються відповідно до внесених змін до Податкового кодексу України¹⁸.

Також до засобів державного регулювання аграрного ринку можна віднести технічні регламенти, стандарти, кодекси усталеної практики та технічні умови. Зокрема, відповідні засоби передбачені Законом України "Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових

¹⁴ А Бобкова (ред), *Хозяйственный кодекс Украины: научно-практический комментарий* (Издатель ФЛ-П Вапнярчук Н Н 2008) 48.

¹⁵ Господарський кодекс України (н 1).

¹⁶ Про державну підтримку сільського господарства (н 2).

¹⁷ Там само.

¹⁸ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення: 12.04.2018).

продуктів”¹⁹, іншими законами України. Також в Україні діють державні стандарти на певну сільськогосподарську продукцію, встановлено вимоги до реалізації сільськогосподарської продукції та продуктів харчування.

Серед засобів державного регулювання, які можуть бути доречними після прийняття проекту Програми 2021, можна назвати такі.

Для виконання завдання щодо сприяння створенню локальних аграрних ринків та розвитку інфраструктури аграрного ринку доцільно згадати Указ Президента України “Про заходи щодо забезпечення формування та функціонування аграрного ринку”²⁰, яким фактично закріплено заходи з формування локального рівня аграрного ринку та інституцій інфраструктури аграрного ринку. Сьогодні можна пропонувати взяти за основу положення цього Указу з метою вироблення сучасного бачення аграрного ринку локального рівня та його інфраструктури, розроблення національної програми та (або) регіональних програм розвитку аграрного ринку на цьому рівні, конкретизації організаційних, правових, фінансових та інших інструментів для її реалізації.

Для реалізації завдання щодо стимулювання створення сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів доцільно використати передусім такі засоби державного регулювання, які спрямовані на економічну підтримку новостворених сільськогосподарських обслуговуючих кооперативів, що й передбачено у проекті Програми 2021.

Завдання щодо сприяння розширенню експорту сільськогосподарської продукції неможливе без виконання завдання з установами вимог до безпечності та якості сільськогосподарської продукції і продуктів харчування, еквівалентних відповідним вимогам ЄС. Пропоновані проектом Програми 2021 способи виконання цього завдання загалом відповідають положенням Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, зокрема у частині технічних бар’єрів у торгівлі, санітарних і фітосанітарних заходів, частково митних питань і сприяння торгівлі (глави 3–5)²¹. Серед засобів державного регулювання, передбачених у ст. 12 ГК України, можуть бути використані такі як: технічне регулювання, застосування нормативів і лімітів, регулювання цін і тарифів та ін.²² Крім того, для

¹⁹ Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів: Закон України від 23 грудня 1997 р. № 771/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 19. Ст. 98.

²⁰ Про заходи щодо забезпечення формування та функціонування аграрного ринку: Указ Президента України від 6 червня 2000 р. № 767/2000. *Офіційний вісник України*. 2000. № 23. Ст. 931.

²¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 р. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Ст. 2125.

²² Господарський кодекс України (н 1).

виконання цього завдання необхідне проведення моніторингу вимог ЄС щодо регулювання ГМО, виробництва органічної продукції, вимог до якості та маркування продуктів харчування, показників якості молока та м'яса тощо, що у результаті дасть змогу встановити невідповідність національного законодавства і скоординувати роботу з його наближення до законодавства ЄС. Фактично така робота вже ведеться. Одним із прикладів може бути встановлення на законодавчому рівні вимог до виробництва органічної сільськогосподарської продукції.

Не менш важливим є виконання завдання із запровадження інформаційно-консультаційного супроводу виробників сільськогосподарської продукції, наприклад, щодо фітосанітарних вимог країн-імпортерів або проведення консультацій із представниками бізнесу щодо вирішення питань торгівлі на ринку ЄС та інших країн світу. Це може бути реалізовано завдяки активній участі відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування, які можуть виступати ініціаторами дослідження ринку, визначення цільових ринків, організації семінарів, аналітичних матеріалів, юридичних консультацій сільськогосподарських товаровиробників.

Крім того, керуючись положеннями ч. 3 ст. 12 ГК України проект Програми 2021 доцільно доповнити конкретними засобами державного регулювання, строками виконання і відповідальними за їх виконання особами.

Варто зазначити, що державне регулювання залежить від видів аграрного ринку. Так, виділяють організований (фактично, біржовий) та неорганізований аграрні ринки, за видами продукції (зерновий, плодоовочевий, курятини тощо). Аграрний ринок класифікують також і за іншими ознаками. Відповідно, для цих ринків можуть формулюватися конкретні цілі і цілком обґрунтованим буде активне використання певної сукупності засобів державного регулювання.

Сьогодні провадження національної державної аграрної політики і вибір засобів державного регулювання аграрного ринку або наповнення їх змістом неможливе без врахування зарубіжного досвіду і міжнародних зобов'язань України.

Наприклад, С. Майстро зазначає:

Державне регулювання аграрного ринку за кордоном являє собою складний механізм, що включає інструменти впливу на прибуток фермерів, структуру сільськогосподарського виробництва, аграрний і продовольчий ринок, соціальну структуру села, міжгалузеві й міжгосподарські відносини з метою створення стабільних економічних, правових, соціальних й екологічних умов для розвитку аграрного сектору, задоволення

потреб населення у продуктах харчування за соціально доступними цінами, розвиток сільських територій²³.

Потрібно зазначити, що у Програмі 2015 та у проекті Програми 2021 переважно реалізовано комплексний підхід і загальним об'єктом державного регулювання розглядаються сільські території загалом, а не окремо соціальна сфера села, сільськогосподарське виробництво, аграрний ринок та інші сфери. Тому можна стверджувати, що досягнення ефективності у державному регулюванні аграрного ринку позитивно вплине на розвиток сільських територій у цілому.

Висновки. Проведений аналіз завдань державного регулювання аграрного ринку дає змогу зробити висновок про те, що вони мають забезпечувати дві групи пріоритетів. До першої з них потрібно віднести забезпечення отримання прибутку сільськогосподарськими виробниками з одночасним врахуванням інтересів покупців продукції. Другу групу пріоритетів становлять забезпечення стійкої ефективності діяльності сільськогосподарських товаровиробників, багатоманітності їх організаційно-правових форм, сталого розвитку сільських територій і на більш глобальному рівні – забезпечення продовольчої безпеки. Також конкретизовано сучасні завдання державного регулювання аграрного ринку як сприяння: створенню локальних аграрних ринків та інфраструктури аграрного ринку; створенню об'єднань сільськогосподарських товаровиробників у формі обслуговуючих кооперативів; розширенню експорту сільськогосподарської продукції і запровадження інформаційно-консультаційного супроводу виробників сільськогосподарської продукції. Обґрунтовано, що досягнення цих завдань можливе завдяки вдалому поєднанню засобів державного регулювання господарської діяльності, закріплених у ст. 12 ГК України. При цьому завдання і засоби державного регулювання аграрного ринку доцільно конкретизувати у національних і регіональних програмах економічного й соціального розвитку.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Hospodarskyi kodeks Ukrainy [Economic Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 436-IV. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15 (accessed: 12.04.2018) (in Ukrainian).

²³ С Майстро, 'Сутність та напрями державного регулювання аграрного ринку в зарубіжних країнах' <<http://academy.gov.ua/ej/ej3/txts/GALUZEVE/06-MAYSTRO.pdf>> дата звернення 12 Квітень 2018.

2. Kontsepsiia Derzhavnoi tsilovoi prohramy rozvytku ahrarnoho sektoru ekonomiky na period do 2021 roku [The Concept of the State Target Program for Development of the Agrarian Sector of Economy for the Period till Year 2021], skhvalena rozporiadzhenniam Kabinetu Ministriv Ukrainy [Approved by Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 30 hrudnia 2015 r. № 1437-r. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*. 2016. № 24. St. 960 (in Ukrainian).
3. Podatkovyi kodeks Ukrainy [Tax Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 hrudnia 2010 r. № 2755-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (accessed: 12.04.2018) (in Ukrainian).
4. Pro derzhavnu pidtryмку silskoho hospodarstva [On the Support of the Agricultural Industry by the State]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 24 chervnia 2004 r. № 1877-IV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2004. № 49. St. 527 (in Ukrainian).
5. Pro osnovni pryntsypy ta vymohy do bezpechnosti ta yakosti kharchovykh produktiv [On the Basic Principles and Requirements to Food Product Safety and Quality]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 23 hrudnia 1997 r. № 771/97-VR. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1998. № 19. St. 98 (in Ukrainian).
6. Pro osnovni zasady derzhavnoi ahrarnoi polityky na period do 2015 roku [On the Basic Foundations of the State Agrarian Policy for the Period till Year 2015]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 18 zhovtnia 2005 r. № 2982-IV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2006. № 1. St. 17 (in Ukrainian).
7. Pro zakhody shchodo zabezpechennia formuvannia ta funktsionuvannia ahrarnoho rynku [On the Measures to Ensure the Forming and Functioning of the Agrarian Market]: Ukaz Prezydenta Ukrainy [Decree of the President of Ukraine] vid 6 chervnia 2000 № 767/2000. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*. 2000. № 23. St. 931 (in Ukrainian).
8. Pro zatverdzhennia Derzhavnoi tsilovoi prohramy rozvytku ukrainskoho sela na period do 2015 roku [On Approval of the State Target Program for Ukrainian Rural Development for the Period till Year 2015]: postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy [Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 19 veresnia 2007 r. № 1158. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*. 2007. № 73. St. 2715 (in Ukrainian).
9. Proekt Derzhavnoi tsilovoi prohramy rozvytku ahrarnoho sektoru ekonomiky na period do 2021 roku [Draft State Target Program for Development of the Agrarian Sector of Economy for the Period till Year 2021]. URL: <http://www.aau.org.ua/uk/publications/web/226/> (accessed: 12.04.2018) (in Ukrainian).
10. Uhoda pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniiei storony, ta Yevropeiskym Soiuzom, Yevropeiskym spivtovarystvom z atomnoi enerhii i yikhnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony [The Association Agreement between Ukraine, on the One Part, and the European Union, the European Atomic Energy Community and Their Member States, on the other Part] vid 27 chervnia 2014 r. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*. 2014. № 75. St. 2125 (in Ukrainian).

Bibliography

Edited books

11. Bobkova A (red), *Khozyaystvennyy kodeks Ukrainy: nauchno-prakticheskyy kommentariy* [The Economic Code of Ukraine: Scientific and Practical Commentary] (Izdatel' FL-P Vapnyarchuk N N 2008) (in Russian).

Journal articles

12. Latynin M, 'Teoretychni pidkhody shchodo vyznachennia mekhanizmu derzhavnoho rehuliuвання rozvytku ahrarnoho sektoru ekonomiky Ukrainy' [Theoretical Approaches to Defining the Mechanism for Regulation by the State of Development

- of Ukraine's Agrarian Sector of Economy'] (2005) 2 Derzhavne upravlinnia: teoriia ta praktyka <<http://www.nbu.gov.ua/eDjournals/DUTP/2005D2/txts/golus/05/maseu.puf>> accessed 12 April 2018 (in Ukrainian).
13. Maistro S, 'Sutnist ta napriamy derzhavnoho rehuliuвання ahrarnoho rynku v zarubizhnykh krainakh' ['The Essence and Areas of the Agrarian Market Regulation by the State in Foreign Countries'] <<http://academy.gov.ua/ej/ej3/txts/GALUZEVE/06-MAYSTRO.pdf>> accessed 12 April 2018 (in Ukrainian).
14. Okhrymenko I, 'Analiz ahrarnoho rynku na osnovi modelnykh pidkhodiv' ['Analysis of the Agrarian Market Based on Model Approaches'] (2011) 6 Investytsii: praktyka ta dosvid 31 (in Ukrainian).

Conference papers

15. Semchyk V, 'Teoretychni zasady formuvannya orhanizatsiinykh ta pravovykh institutiv ahrarnoho rynku' ['Theoretical Bases of Forming the Organizational and Legal Institutions of the Agrarian Market'] v *Orhanizatsiino-pravovi problemy rozvytku zemelnoho i ahrarnoho ryнкiv v Ukraini: naukovi dopovidi [Organizational and Legal Issues of Development of the Land and Agrarian Markets in Ukraine: Scientific Reports]* (In-t derzhavy i prava im V M Koretskoho NAN Ukrainy 2007) (in Ukrainian).

Yulia Pavliuchenko

THE OBJECTIVES AND MEANS OF THE AGRARIAN MARKET
REGULATION BY THE STATE

ABSTRACT. Along with being conducive to private interests of manufacturers and buyers of agricultural products, efficient functioning of the agrarian market also contributes to the satisfaction of public interests, in particular, it is important for sustainable development of rural areas, for ensuring the development of the agrarian sector of economy and for food security of the State. Given certain specific features pertaining to agricultural products as well as to their manufacturers, the agrarian market demonstrates a justified need for regulation by the State. It is the objectives and means of the State regulation that should be regarded as being determinative for this market.

The purpose of the article is to elaborate on the objectives and means of the State regulation of the agrarian market at the current stage.

In this study, the author analyzes a range of legislative and regulatory legal acts and subordinate legislation which make it obvious that at the State level there is an understanding that the agrarian market is in an unsatisfactory state and the State attempts at taking measures to improve the situation, in particular by fixing the ways and means of solving the problems in statutory and regulatory acts. Considering that introduction of these means is assigned primarily to the competent public authorities and local self-government bodies, they can be regarded as the objectives of the State regulation of the agrarian market.

Based on the analysis of the Concept of the State Target Program for Development of the Agrarian Sector of Economy for the period till year 2021 and a respective draft of this Program, the author gives details of the objectives of the agrarian market regulation by the State at the current stage. The author demonstrates that these objectives are consistent

Юлія Павлюченко

with the short-term (earning profit by agricultural manufacturers with due regard for the interests of buyers at the same time) and long-term (sustainable development of rural areas and ensuring the State's food security) priorities of the agrarian market. Proceeding from the analysis of the means of economic activity regulation by the State which are enshrined in article 12 of the Economic Code of Ukraine, the author has grounds to conclude that these objectives may be achieved through a successful combination of these means of the State regulation.

KEYWORDS: agrarian market; State regulation; objectives of the State regulation; means of the State regulation.



Ніно Пацурія

доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри господарського права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(м. Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9974-3637>
nino_2005@ukr.net

УДК 346.54

ПРОЗОРИСТЬ ЯК ПРИНЦИП ДЕРЖАВНОЇ ПОЛІТИКИ У СФЕРІ НАГЛЯДУ ЗА СТРАХОВОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ

АНОТАЦІЯ. Аналіз норм чинного законодавства України в частині реалізації державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю доводить її неефективність, яка пов'язана із відсутністю загального розуміння та нормативного закріплення принципу прозорості функціонування органу державного нагляду за страховою діяльністю. Встановлення прозорих процедур діяльності уповноваженого органу викликано необхідністю підвищення ефективності системи державного регулювання фінансових ринків шляхом внесення змін до чинного законодавства, спрямованих на припинення дублювання функцій національних регуляторів із ліцензування, контролю та нагляду, спрощення та прозорості прийняття управлінських рішень у цій сфері, покращення умов ведення страхового бізнесу з одночасним посиленням відповідальності суб'єктів страхового ринку.

Метою статті є формування цілісної, науково-обґрунтованої концепції державного нагляду за страховою діяльністю в Україні, наріжним елементом якої має стати принцип прозорості, що дасть змогу гарантувати споживачам страхових послуг одержання реальної інформації про змістовне навантаження державного управління та вплив управлінської діяльності на страховий ринок; визначення основних характеристик концепції, яка має відповідати певним базовим критеріям (чинникам); з'ясування сутності принципу прозорості при реалізації державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю та проблем, які виникають у разі його незастосування; визначення напрямів вирішення окреслених вище проблем; етапність проведення робіт із формування цілісної, науково-обґрунтованої концепції державного нагляду за страховою діяльністю, яка побудована на принципі прозорості; аналіз сучасного стану нормативно-правового забезпечення державного регулювання страхової діяльності та нормативного закріплення положень захисту прав споживачів страхових послуг.

Зроблено висновок, що прозорість як принцип державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю сьогодні ще не віднайшов не лише свого належного правового унормування, а й усталеного змістового розуміння. У разі належного вирішення вказаних питань буде забезпечено створення сприятливих умов для зміцнення сталого розвитку страхового ринку України як виду ринків небанківських

© Ніно Пацурія, 2018

Ніно Пацурія

фінансових послуг, здатного забезпечувати реальний сектор економіки необхідними фінансовими ресурсами, задовольняти потреби споживачів у якісних страхових послугах, та стане підґрунтям для формування цілісної, науково-обґрунтованої концепції державного нагляду за страховою діяльністю в Україні.

Ключові слова: принцип прозорості; державна політика; нагляд за страховою діяльністю.

Відповідно до ч. 1 ст. 9 Господарського кодексу України (далі – ГК України)¹ у сфері господарювання держава здійснює довгострокову (стратегічну) і поточну (тактичну) економічну й соціальну політику, спрямовану на реалізацію та оптимальне узгодження інтересів суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення загалом. Згідно з ч. 4 ст. 9 ГК України:

Правове закріплення економічної політики здійснюється шляхом визначення засад внутрішньої і зовнішньої політики, у прогнозах і програмах економічного й соціального розвитку України та окремих її регіонів, програмах діяльності Кабінету Міністрів України, цільових програмах економічного, науково-технічного і соціального розвитку, а також відповідних законодавчих актах².

Наведені норми чинного законодавства України можуть стати підґрунтям для формування цілісної, науково-обґрунтованої концепції державного нагляду за страховою діяльністю в Україні, головним елементом якої має стати принцип прозорості.

Проблеми реалізації окремих аспектів принципу прозорості в діяльності органів державної влади висвітлені у працях таких учених, як В. Авер'янов, Р. Аксельрод, В. Бакуменко, А. Буханевич, Ю. Битяк, Н. Гудима, С. Дубенко, Ю. Ковбасюк, Т. Коломоєць, І. Костенок, В. Малиновський, В. Пилаєва, Є. Романенко, О. Рябченко, В. Серьогін, Т. Слинько, А. Солонар, О. Старчук, Г. Ткач, В. Щербанюк, Л. Явич та ін.

Проте жодне із наявних у господарсько-правовій науці досліджень не торкалося проблематики аналізу категорії прозорості як принципу державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю в Україні.

Метою дослідження є формування цілісної, науково-обґрунтованої концепції державного нагляду за страховою діяльністю в Україні, наріжним елементом якої має стати принцип прозорості, який дасть змогу гарантувати споживачам страхових послуг одержання реальної інформації про змістовне навантаження державного управління та вплив управлін-

¹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18-22. Ст. 144.

² Там само.

ської діяльності на страховий ринок; визначення основних характеристик концепції, яка має відповідати певним базовим критеріям (чинникам); з'ясування сутності принципу прозорості при реалізації державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю та проблем, які виникають у разі його незастосування; формування напрямів вирішення окреслених вище проблем; етапність проведення робіт із формування цілісної, науково-обґрунтованої концепції державного нагляду за страховою діяльністю, яка побудована на принципі прозорості; аналіз сучасного стану нормативно-правового забезпечення державного регулювання страхової діяльності та нормативного закріплення положень захисту прав споживачів страхових послуг.

Концепція державного нагляду за страховою діяльністю в Україні (далі – Концепція), у ролі основних характеристик, має відповідати таким базовим критеріям (чинникам): 1) бути розрахованою на довгострокову або короткострокову перспективу (залежно від реальних потреб страхового ринку в частині державного регулювання страховою діяльністю); 2) враховувати наявні соціально-економічні особливості та зміни, що виникають на страховому ринку при реалізації страхових відносин, у частині здійснення страхової діяльності, які потребують державного регулювання; 3) у найкращий спосіб забезпечити баланс інтересів учасників страхової діяльності та споживачів страхових послуг із метою їх безконфліктної реалізації шляхом встановлення ефективної державної регуляторної політики; 4) мати не лише належне правове закріплення програмними (нормативними) документами, а й обов'язкову реалізацію при врегулюванні страхових відносин та встановлювати відповідальність за невиконання положень Концепції; 5) містити обов'язковість виконання та порядок затвердження плану дій щодо реалізації положень Концепції; 6) включати положення щодо інформування учасників страхових відносин про стан виконання плану дій щодо реалізації положень Концепції.

Враховуючи сучасний стан державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю, такий програмний документ має базуватися, перш за все, на положеннях Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони³ та Указу Президента України “Про Стратегію сталого розвитку України – 2020”⁴.

³ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 03.05.2018).

⁴ Про Стратегію сталого розвитку України – 2020: Указ Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5/2015> (дата звернення: 03.05.2018).

Комплексний аналіз наведених нормативних актів доводить, що кінцевою (головною) метою їхньої реалізації є впровадження в Україні європейських стандартів життя та вихід країни на провідні позиції у світі за різними рейтингами та показниками, зокрема: *Doing Business* – кредитний рейтинг України, глобальний індекс конкурентоспроможності, який розраховується Всесвітнім Економічним Форумом (*WEF*), внутрішній валовий продукт, надходження прямих іноземних інвестицій тощо.

У контексті викладеного варто зазначити, що європейська практика утвердження державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю здійснюється із дотриманням *принципу прозорості (the Principles of Transparency)*, сутність якого полягає у забезпеченні комунікації органів та посадових осіб державної виконавчої влади зі споживачами певних товарів, робіт, послуг, шляхом інформування та надання роз'яснення стосовно: мети, напрямів, завдань, цілей, досягнень і недоліків діяльності таких органів державної виконавчої влади, а також забезпечення прямої та опосередкованої участі й контролю громадськості (у широкому розумінні) за формуванням державної політики органами державної виконавчої влади в певній сфері економіки. При цьому основними функціями принципу прозорості є правова визначеність, інформування та контроль (підзвітність)⁵.

Варто наголосити, що чинна нормативно-правова база містить Стратегію реформування державного регулювання ринків небанківських фінансових послуг на 2015–2020 роки, затверджену розпорядженням Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, ще 19 березня 2015 р. (далі – Стратегія)⁶. Слід звернути увагу на те, що Стратегія скасувала розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, від 20 березня 2014 р. № 812 “Про затвердження Стратегії розвитку ринків небанківських фінансових послуг України на 2014–2017 роки” (далі – Стратегія № 812) та розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, від 3 квітня 2014 р. № 976 “Про затвердження Плану заходів на 2014 рік щодо реалізації Стратегії розвитку ринків небанківських фінансових послуг України на 2014–2017 роки”, тобто ще за два роки до закінчення заходів із реалізації Стратегії № 812, що фактично свідчить про її невиконання та недоцільність подальшої реалізації.

⁵ В Пиласва, ‘Наукові підходи щодо визначення принципу прозорості в діяльності органів виконавчої влади у вітчизняній науці адміністративного права’ ч 2 (2016) 2 Право і суспільство 131.

⁶ Стратегія реформування державного регулювання ринків небанківських фінансових послуг на 2015–2020 роки: розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 19 березня 2015 р. № 499. URL: https://nfp.gov.ua/files/Стратегія_final.doc (дата звернення: 05.05.2018).

Прийняття чинної Стратегії обумовлюється законодавцем необхідністю підвищення ролі небанківського фінансового сектору в сучасному соціально-економічному житті країни та виникненням ознак стагнації на ринках небанківських фінансових послуг з огляду на те, що система державного регулювання діяльності небанківських фінансових установ та інших суб'єктів нагляду на ринках небанківських фінансових послуг не завжди має збалансований та системний характер. Законодавець зазначає, що правова база обмежується рамковим законодавством стосовно захисту прав споживачів, інвесторів, кредиторів, що разом із відсутністю спеціального законодавства по деяких небанківських фінансових установах стримує інтенсивність розвитку ринків небанківських фінансових послуг, знижує їхню інвестиційну привабливість, деформує роль у розвитку економіки України загалом. Крім того, вказується на недостатню ефективність державного регулювання та нагляду, надмірну зарегульованість дозвільних процедур фінансовим установам та іншим піднаглядним організаціям, прояви недоброчесної поведінки службовців під час вирішення регуляторних питань необґрунтовано підвищують вартість надання фінансових послуг споживачам. Метою прийняття Стратегії визначено необхідність реформування державного регулювання ринків небанківських фінансових послуг для забезпечення сприятливих умов їх подальшого розвитку, підвищення інвестиційної привабливості та відновлення довіри споживачів небанківських фінансових послуг⁷.

Слід звернути увагу на те, що серед принципів реалізації Стратегії законодавець визначає принцип прозорості, проте як один із поміж інших семи, та жодним чином не вказує на його змістовне та юридичне навантаження.

На нашу думку, юридична невизначеність наріжного принципу державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю – принципу прозорості – призводить до проблем, серед яких можна виокремити:

- неефективність наявної державної регуляторної політики;
- відсутність нормативно-правових актів, спрямованих на створення дієвого механізму державного регулювання та нагляду;
- підвищення витрат діяльності фінансових установ, спричинених надлишковим та неефективним державним регулюванням;
- незабезпечення конкуренції на страховому ринку;
- незапобігання діяльності недобросовісних компаній;
- розкоординованість із сучасними процесами реформування та дерегуляції економіки України тощо.

⁷ Стратегія реформування державного регулювання ринків небанківських фінансових послуг на 2015-2020 роки (н 6).

Крім того, аналіз діяльності органу державного нагляду за страховою діяльністю (Уповноваженого органу, в контексті Закону України “Про страхування”⁸) – Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, за період чинності Стратегії (з березня 2015 р. по травень 2018 р.) доводить, що її положення не знайшли своєї належної реалізації при врегулюванні страхових відносин у частині здійснення страхової діяльності, а реформування процесів державного регулювання ринків небанківських фінансових послуг (у частині страхового ринку, принаймні) так і не відбулося.

Вирішення означених вище проблем у межах досліджуваної проблематики, на нашу думку, є можливим зі зміною парадигми формування нормативно-правової бази стосовно державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю. За основу такого формування необхідно брати головну ідею, якій слід згодом підпорядкувати формування усієї нормативної бази, що стосується питання належної реалізації конкретних правовідносин.

Йдеться про закріплення принципів як основних ідей, вихідних положень, які визначені в законодавстві, мають загальну значущість, вищу імперативність (веління) і відображають суттєві положення права. Принципи права впливають на весь процес підготовки нормативно-правових актів, їхнє видання, встановлення гарантій дотримання правових вимог тощо⁹.

З огляду на викладене, підґрунтям побудови програмних документів щодо державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю має стати *принцип прозорості*.

Прозорість у діяльності органів виконавчої влади є чинником забезпечення: ясності, зрозумілості, однозначності, повноти, об’єктивності, доступності, надійності та достовірності в діяльності органів державної влади; являє собою орієнтир для органів виконавчої влади на забезпечення ефективності власної діяльності; є підґрунтям реалізації та забезпечення соціальних, економічних та політичних прав людини і громадянина; є основою розвитку та забезпечення демократії в державі; є інструментом забезпечення партнерських відносин влади та громадянського суспільства; гарантує дотримання формальної легітимації (принципу законності) в діяльності органів виконавчої влади; створює підґрунтя довіри суспільства до органів виконавчої влади; сприяє досяг-

⁸ Про страхування: Закон України від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 03.05.2018).

⁹ В Молдован та Л Чулінда, *Правознавство: навчальний посібник* (2-ге вид, перероб і доп, 2010) <http://pidruchniki.com/14050225/pravo/printsipi_prava_ponyattya_vidi_zmist> дата звернення 3 Травень 2018.

ненню економічної ефективності; дає змогу зменшити вірогідність зловживання владою¹⁰.

Система забезпечення реалізації принципу прозорості в діяльності органів державної виконавчої влади в Україні має будуватися за критерієм рівня участі представників громадськості і включати чотири блоки: 1) інформування: забезпечення реалізації права доступу до публічної інформації, висвітлення діяльності органів виконавчої влади засобами масової інформації, запровадження електронного врядування; 2) реалізація механізму залучення інститутів громадянського суспільства: заходи сприяння розвитку громадянського суспільства, налагодження органами виконавчої влади зворотного зв'язку з громадськістю, застосування інструментів безпосередньої демократії, консультування органів виконавчої влади з громадськістю, впровадження електронної демократії; 3) налагодження політичного діалогу: забезпечення механізму розвитку професійної компетентності української політичної еліти на сучасному етапі політичного життя України; 4) побудова партнерських відносин влади та суспільства й розробка методологічного інструментарію, за допомогою якого можна налагодити ефективний діалог між органами державної влади й учасниками страхового ринку.

Громадський контроль при цьому розглядається як ефективний засіб реалізації усього комплексу елементів структури принципу прозорості в діяльності органів виконавчої влади, який починає діяти вже на стадії забезпечення реалізації такого принципу. Формами здійснення громадського контролю є експертиза та моніторинг дій і рішень органів виконавчої влади, що робить його чинником забезпечення підзвітності в діяльності органів виконавчої влади та реалізації системи заходів правової охорони принципу прозорості в діяльності органів виконавчої влади¹¹.

Належне закріплення на рівні програмних документів (Концепції) та реалізація принципу прозорості як наріжного елемента побудови ефективної державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю потребує попереднього здійснення низки робіт, що мають включати таку етапність:

– визначення змісту та юридичної сутності принципу прозорості на підставі міжгалузевих науково-правових досліджень як основного елемента розбудови в Україні європейської системи *Good Governance* (доброго урядування);

¹⁰ В Пилаєва, 'Адміністративно-правові засади забезпечення транспарентності в діяльності органів виконавчої влади в Україні' (дис канд юрид наук, Харківський національний університет ім В Н Каразіна 2017) 216.

¹¹ Там само.

Ніно Пацурія

- імплементація норм законодавства Європейського Союзу, що базується на принципі прозорості до законодавства України;
- внесення пропозиції щодо нормативно-правового закріплення принципу прозорості у нормативних актах вищої юридичної сили з метою його (принципу) подальшого застосування у підзаконних нормативних актах, зокрема й у програмних документах, що стосуються державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю, з метою уникнення порушення положень законодавчої техніки;
- розробка проектів програмних документів з питань державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю із закріпленням принципу прозорості як наріжного чинника формування Концепції правового регулювання державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю та винесення їх на громадське обговорення;
- прийняття та реалізація програмних документів з питань державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю із закріпленням принципу прозорості, обов'язковість їх виконання та затвердження плану дій щодо реалізації їхніх положень;
- обов'язкове закріплення умов щодо інформування учасників страхових відносин про стан виконання плану дій щодо реалізації програмних документів з питань державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю як основного напрямку практичної реалізації принципу прозорості.

У контексті питання, що розглядається, варто піддати аналізу два аспекти: 1) сучасний стан нормативно-правового забезпечення державного регулювання страхової діяльності; 2) нормативне закріплення положень захисту прав споживачів страхових послуг. Дослідження означених питань є сенс провадити крізь призму принципу прозорості (його наявності та (або) відсутності) при правовому регулюванні вказаних відносин.

Щодо нормативно-правового забезпечення державного регулювання страхової діяльності. Основними нормативно-правовими актами, на підставі яких здійснюється державне регулювання страхової діяльності в Україні, є ГК України, закони України “Про страхування” та “Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг”¹². Із зазначеного правового масиву лише останній документ у п. 8 ч. 1 ст. 19, при формулюванні мети державного регулювання ринків фінансових послуг, згадує прозорість, а саме зазначає, що ‘контроль за прозорістю та відкритістю ринків фінансових послуг’ є метою (фактично напрямом

www.pravoua.com.ua

¹² Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12 липня 2001 р. № 2664-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2002. № 1. Ст. 1.

мети) державного регулювання ринків фінансових послуг, частиною якого є страховий ринок¹³.

Проте слід відзначити складну організацію процесів державного регулювання ринку страхових послуг, яку нам пропонує законодавець.

Відповідно до ч. 1 ст. 29 Закону України “Про фінансові послуг та державне регулювання ринків фінансових послуг”:

Пруденційний нагляд є складовою *частиною загальної системи* (курсив наш. – Н. П.) нагляду є пруденційний нагляд, що проводиться органами, які здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг, і базується на регулярному проведенні оцінки загального фінансового стану фінансової установи, результатів діяльності системи та якості управління нею, дотриманні обов’язкових нормативів та інших показників і вимог, що обмежують ризики за операціями з фінансовими активами¹⁴.

У частині 2 ст. 29 йдеться:

Основними напрямками пруденційного нагляду національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, є додержання встановлених критеріїв та нормативів щодо: 1) ліквідності; 2) капіталу та платоспроможності; 3) прибутковості; 4) якості активів та ризиковості операцій; 5) якості систем управління та управлінського персоналу; 6) додержання правил надання фінансових послуг¹⁵.

Можливість запровадження пруденційного нагляду за діяльністю учасників страхового ринку в Україні була введена у 2005 р., із прийняттям Концепції розвитку страхового ринку України до 2010 року, затвердженої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2005 р. № 369-р¹⁶. Варто зазначити, що у тому ж 2005 р. Держкомфінпослуг (попередній орган державного нагляду за страховою діяльністю) було введено методика оцінки ризиків, що пов’язані з діяльністю страхових компаній, в основу якої було покладено загальну схему аналізу звітних даних страховиків, розроблену Національною асоціацією регуляторів страхового ринку США (більш відома як “Тести раннього попередження”).

Згодом про необхідність впровадження пруденційного нагляду згадується у Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових

¹³ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг (н 12).

¹⁴ Там само.

¹⁵ Там само.

¹⁶ Про схвалення Концепції розвитку страхового ринку України до 2010 року: розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2005 р. № 369-р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/369-2005-%D1%80> (дата звернення: 03.05.2018).

послуг в Україні, схваленій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 3 вересня 2009 р. № 1026-р (далі – Концепція захисту прав споживачів)¹⁷. Зрештою, засади пруденційного нагляду було закріплено розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 15 липня 2010 р. № 585 “Про затвердження Концепції запровадження пруденційного нагляду за небанківськими фінансовими установами та Програми розвитку системи пруденційного нагляду за небанківськими фінансовими установами”¹⁸. Походження поняття “пруденційний” означає “розумний”, “завбачливий” нагляд. Звідси, завданням пруденційного нагляду є завчасне виявлення та попередження проявів неплатоспроможності страхових організацій. Відповідно до Концепції розвитку страхового ринку України до 2010 року¹⁹ запровадження системи пруденційного нагляду є одним із заходів реалізації державної політики у сфері страхування та передбачає максимальний облік у діяльності страховиків таких параметрів, як рівень ризиків, адекватність оцінки страховиком реального рівня ризику, якість внутрішньої системи управління і контролю за ризиками, відповідний бухгалтерський облік і фінансова звітність, виявлення недоліків у діяльності страховиків на ранніх стадіях їх розвитку.

Концепція запровадження пруденційного нагляду за небанківськими фінансовими установами²⁰ одним із основних напрямів розвитку ринків фінансових послуг в Україні у найближчій перспективі розглядає перехід до складання фінансової звітності відповідно до міжнародних стандартів фінансової звітності, що дасть змогу уніфікувати фінансову звітність учасників ринку та зробить її більш прозорою, зрозумілою, взаємопов'язаною, що, зі свого боку, передбачає підвищені вимоги до повноти розкриття інформації щодо фінансових показників. Крім того, згідно з цією Концепцією встановлені вимоги до розкриття інформації небанківськими фінансовими установами. У документі вказано, що світова фінансова криза серед інших недоліків функціонування системи нагляду за ринком фінансових послуг виявила недооцінку фінансовими регуляторами такого елемента, як розкриття інформації піднаглядними фінансовими уста-

¹⁷ Про схвалення Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні: розпорядження Кабінету Міністрів України від 3 вересня 2009 р. № 1026-р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1026-2009-%D1%80> (дата звернення: 03.05.2018).

¹⁸ Про затвердження Концепції запровадження пруденційного нагляду за небанківськими фінансовими установами та Програми розвитку системи пруденційного нагляду за небанківськими фінансовими установами: розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 15 липня 2010 р. № 585. URL: http://www.uaib.com.ua/files/articles/1301/85_4.pdf (дата звернення: 03.05.2018).

¹⁹ Про схвалення Концепції розвитку страхового ринку України до 2010 року (н 16).

²⁰ Про затвердження Концепції запровадження пруденційного нагляду за небанківськими фінансовими установами та Програми розвитку системи пруденційного нагляду за небанківськими фінансовими установами (н 18).

новами. Нагальною необхідністю є удосконалення регуляторами ринку небанківських фінансових послуг політики щодо розкриття інформації, що у масштабах макропруденційного підходу має пом'якшити циклічні ефекти фінансової кризи, підвищити *прозорість* щодо характеру та локалізації ризиків і сприятиме управлінню системною ліквідністю. Це має сприяти спокійному функціонуванню ринку, зменшенню впливу ринкових “збурень”, оскільки учасники ринку, що регулярно отримують інформацію, менше піддаються паніці при появі негативної інформації. Зі свого боку Програма розвитку системи пруденційного нагляду за небанківськими фінансовими установами²¹ як реалізацію напряду з удосконалення інституційної спроможності регулятора, підготовки кадрів, залучення фахівців іноземних регуляторів, проведення навчальних заходів у межах проектів міжнародної технічної допомоги передбачає залучення проекту USAID “Розвиток фінансового сектору” (FINREP) до співробітництва із Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг із питань підвищення *прозорості* та підзвітності фінансового сектору відповідно до міжнародного досвіду тощо.

Проте варто зазначити, що, незважаючи на “точковість” застосування терміна “прозорість” у нормативно-правових актах, які формують державну політику у сфері нагляду за страховою діяльністю, належного закріплення та реалізації принципу прозорості не відбулося.

Доречно в аспекті, який аналізується, звернути увагу на перспективне законодавство України у сфері страхування. Ідеться про проект Закону України від 6 лютого 2015 р. № 1797-1 “Про страхування” (далі – Проект)²², який 31 березня 2016 р. Верховною Радою України прийнято у першому читанні. Проектом уведено, зокрема, вимоги до корпоративного управління страховика. Міжнародна практика свідчить про необхідність законодавчого регулювання корпоративного управління, оскільки це єдиний спосіб досягнення прозорості страховика та захисту страхувальників від можливого неякісного управління страховиком. Так, у ст. 54 Проекту визначені загальні вимоги до застосування системи управління та контролю страховика і вказано, що система управління страховика повинна передбачати розподіл прав та обов’язків між наглядовою радою та виконавчим органом страховика, а також між членами цих органів управління, дотримання *прозорості* здійснення процедури прийняття рішень та контролю за їхнім виконанням, належний обмін

²¹ Про затвердження Концепції запровадження пруденційного нагляду за небанківськими фінансовими установами та Програми розвитку системи пруденційного нагляду за небанківськими фінансовими установами (н 18).

²² Про страхування: проект Закону України від 6 лютого 2015 р. № 1797-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53904 (дата звернення: 03.05.2018).

інформацією між наглядовою радою та виконавчим органом страховика, забезпечення дотримання вимог законодавства щодо подання звітності, її достовірності і повноти.

Однак наведені положення перспективного законодавства хоча і згадують прозорість серед вимоги до застосування системи управління та контролю страховика, проте на питання державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю не поширюються.

Щодо *нормативного закріплення положень захисту прав споживачів страхових послуг*. Світова практика регулювання страхової діяльності підкорена єдиній меті – захисту прав та законних інтересів споживачів страхових послуг (третьох осіб за договором страхування, осіб, які з'являються у деліктних страхових правовідносинах, наприклад, потерпілі у дорожньо-транспортній пригоді за договором обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів).

Концепція захисту прав споживачів²³ як мету її реалізації передбачає *прозорість* діяльності небанківських фінансових установ та інших суб'єктів господарювання, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами, але мають передбачену законом можливість надавати окремі види фінансових послуг.

Зрозуміло, що прозорість діяльності страховиків як напрям захисту прав інтересів споживачів страхових послуг є можливим лише за наявності усталеної прозорої державної політики щодо нагляду за діяльністю таких суб'єктів як запоруки становлення правової демократичної держави і розвитку повноцінного громадянського суспільства. Про визнання важливості цього принципу свідчать також посилення на нього в багатьох нормативно-правових актах²⁴.

Розвиток і розширення спектра небанківських фінансових послуг створюють умови для активного залучення до ринків таких послуг споживачів, які зазвичай не мають достатньої інформації та необхідних знань про особливості й споживчі характеристики фінансових послуг. У процесі вибору послуги вони не завжди можуть оцінити рівень ризиків і можливі наслідки набуття додаткових фінансових зобов'язань та порівняти умови їх надання, що пропонуються небанківськими фінансовими установами.

У період фінансової кризи проблема захисту прав споживачів набула особливої гостроти й актуальності. Зростання кількості та характер звернень до органів, які здійснюють державне регулювання ринків фінан-

²³ Про схвалення Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні (н 17).
²⁴ Т. Андрійчук, 'Прозорість як принцип державної комунікативної політики' (2010) 2 Політичний менеджмент 73 <http://nbuv.gov.ua/UJRN/PoMe_2010_2_9> дата звернення 3 Травень 2018.

сових послуг, свідчать, що заходи до забезпечення захисту прав споживачів, здійснювані зазначеними органами, об'єднаннями учасників ринків фінансових послуг та громадськими об'єднаннями, не відповідають вимогам часу і недостатньо ефективно впливають на запобігання недобросовісному наданню небанківських фінансових послуг.

У результаті проведеного аналізу стану захисту прав споживачів законодавцем виявлено основні проблеми, які потребують розв'язання консолідованими зусиллями органів державної влади, а саме: *недостатній рівень*: поінформованості споживачів про зміст небанківських фінансових послуг, ризики, які їх супроводжують, та власні права під час їх отримання; захисту персональних даних споживачів, що особливо актуально в умовах розвитку електронної комерції; чіткого розмежування повноважень органів державної влади у сфері захисту прав споживачів; запобігання зловживанням із боку небанківських фінансових установ, які мають переваги перед споживачами у частині володіння необхідною інформацією та юридичною спроможністю під час укладення договорів про надання небанківських фінансових послуг, для уникнення відповідальності за невиконання взятих ними зобов'язань; *відсутність*: дієвого механізму досудового розв'язання конфліктних ситуацій, що гальмує розгляд спорів та збільшує навантаження на судову систему; послідовних кроків з утвердження звичаїв ділового обороту, притаманних розвинутих ринкам фінансових послуг, які дають змогу спростити розгляд спірних ситуацій між споживачами та небанківськими фінансовими установами; інституціональної (адміністративної) спроможності органів, що здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг; державної підтримки громадських об'єднань споживачів, виваженої державної політики щодо розвитку саморегулювних організацій та професійних об'єднань учасників ринків фінансових послуг, їхньої ролі у захисті прав споживачів, зокрема у питаннях запровадження стандартів надання послуг небанківськими фінансовими установами, а також створення системи досудового вирішення спорів та відшкодування шкоди, заподіяної наданням ними неякісних послуг; *недосконалість механізму*: правового забезпечення захисту прав споживачів у частині укладення договорів, зокрема викладення їх умов ясною, простою та зрозумілою мовою, та доведення їх змісту до відома споживачів; розкриття інформації споживачам; компенсації завданих споживачам матеріальних збитків на ринках фінансових послуг; взаємодії органів державної влади, зокрема органів, що здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг, із правоохоронними органами у процесі захисту прав споживачів.

Ретельне дослідження окреслених вище проблем у частині захисту прав та законних інтересів споживачів надає підстави стверджувати, що вони полягають у площині відсутності прозорої державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю.

Висновки. Слід зазначити, що прозорість як принцип державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю сьогодні ще не віднайшла не лише свого належного правового унормування, а й усталеного змістовного розуміння. У разі належного вирішення вказаних питань буде забезпечено створення сприятливих умов для зміцнення сталого розвитку ринків небанківських фінансових послуг, здатних забезпечувати реальний сектор економіки необхідними фінансовими ресурсами, задовольняти потреби споживачів у якісних фінансових послугах, підвищити ефективність використання коштів державного та місцевих бюджетів під час управління ризиками транспортних аварій, природних катаклізмів і техногенних катастроф, а також створення нових робочих місць шляхом проведення державної політики зваженого регулювання і нагляду через застосування принципу прозорості та стане підґрунтям для формування цілісної, науково-обґрунтованої концепції державного нагляду за страховою діяльністю в Україні.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Hospodarskyi kodeks Ukrainy [The Economic Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 436-IV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2003. № 18-22. St. 144 (in Ukrainian).
2. Pro finansovi posluhy ta derzhavne rehuliuвання rynkiv finansovykh posluh [On Financial Services and the State Regulation of Financial Service Markets]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 12 lypnia 2001 r. № 2664-III. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2002. № 1. St. 1 (in Ukrainian).
3. Pro skhvalennia Kontseptsii rozvytku strakhovoho rynku Ukrainy do 2010 roku [On approval of the Concept for the development of the insurance market of Ukraine until 2010]: rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy [the Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 23 serpnia 2005 r. № 369-r. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/369-2005-%D1%80> (accessed: 03.05.2018) (in Ukrainian).
4. Pro skhvalennia Kontseptsii zakhystu prav spozhyvachiv nebankivskykh finansovykh posluh v Ukraini [On Approval of the Concept of Protection of the Rights of Consumers of Non-Bank Financial Services in Ukraine]: rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy [Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 3 veresnia 2009 r. № 1026-r. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1026-2009-%D1%80> (accessed: 03.05.2018) (in Ukrainian).

5. Pro strakhuvannia [On Insurance]: proekt Zakonu Ukrainy [the Draft Law of Ukraine] vid 6 liutoho 2015 r. № 1797-1 URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53904 (accessed: 03.05.2018) (in Ukrainian).
6. Pro strakhuvannia [On Insurance]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 7 bereznia 1996 r. № 85/96-VR. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80> (accessed: 03.05.2018) (in Ukrainian).
7. Pro Stratehiiu staloho rozvytku Ukrainy – 2020 [On the Strategy of Sustainable Development of Ukraine – 2020]: Ukaz Prezydenta Ukrainy [Decree of the President of Ukraine] 12 sichnia 2015 r. № 5/2015. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5/2015> (accessed: 03.05.2018) (in Ukrainian).
8. Pro zatverdzhennia Kontseptsii zaprovadzhennia prudentsiinoho nahliadu za nebankivskymy finansovymy ustanovamy ta Prohramy rozvytku systemy prudentsiinoho nahliadu za nebankivskymy finansovymy ustanovamy [On Approval of the Concept for the Implementation of Prudential Supervision for Non-Bank Financial Institutions and the Program for the Development of the Prudential Supervision System for Non-Bank Financial Institutions]: rozporiadzhennia Derzhavnoi komisii z rehuliuвання rynkiv finansovykh posluh Ukrainy [Approved by the State Commission for Regulation of Financial Services Markets of Ukraine] vid 15 lypnia 2010 r. № 585. URL: http://www.uaib.com.ua/files/articles/1301/85_4.pdf (accessed: 03.05.2018) (in Ukrainian).
9. Stratehiiareformuvannia derzhavnohorehuliuвання rynkiv nebankivskykh finansovykh posluh na 2015-2020 roky [The Strategy for Reforming the State Regulation of Non-Bank Financial Service Markets for Years 2015-2020]: rozporiadzhennia Natsionalnoi komisii, shcho zdiisniuie derzhavne rehuliuвання u sferi rynkiv finansovykh posluh [Order of the National Commission Responsible for the State Regulation in the Domain of Financial Service Markets] vid 19 bereznia 2015 r. № 499. URL: http://nfp.gov.ua/files/Stratehii_final_1.doc (accessed: 03.05.2018) (in Ukrainian).
10. Uhoda pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniiei storony, ta Yevropeiskym Soiuzom, Yevropeiskym Spivtovarystvom z atomnoi enerhii i yikhnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (accessed: 03.05.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

11. Moldovan V ta Chulinda L, *Pravoznavstvo: navchalnyi posibnyk [Science of Law: Textbook]* (2-he vyd, pererob i dop, 2010) <http://pidruchniki.com/14050225/pravo/printsiipi_prava_ponyattya_vidi_zmist> accessed 3 May 2018 (in Ukrainian).

Jornal articles

12. Andriichuk T, ‘Prozorist yak pryntsyp derzhavnoi komunikatyvnoi polityky’ [‘Transparency as a Principle of the State Communication Policy’] (2010) 2 Politychnyi menedzhment 73 <http://nbuv.gov.ua/UJRN/PoMe_2010_2_9> accessed 3 May 2018 (in Ukrainian).
13. Pylaieva V, ‘Naukovi pidkhody shchodo vyznachennia pryntsypu transparentnosti v diialnosti orhaniv vykonavchoi vlady u vitchyzniani nautsi administratyvnoho prava’ [‘Scientific Approaches for Defining the Transparency Principle in the Operation of Executive Authorities in the National Science of Administrative Law’] ch 2 (2016) 2 Pravo i suspilstvo 131 (in Ukrainian).

Ніно Пацурія

Thesis abstracts

14. Pylaieva V, 'Administratyvno-pravovi zasady zabezpechennia transparentnosti v diialnosti orhaniv vykonavchoi vlady v Ukraini' ['Administrative Law Framework for Ensuring Transparency of Operation of Executive Authorities in Ukraine'] (dys kand yuryd nauk, Kharkivskiy natsionalnyi universytet im V N Karazina 2017) (in Ukrainian).

Nino Patsuria

TRANSPARENCY AS THE PRINCIPLE OF THE STATE POLICY ON SUPERVISION OF INSURANCE BUSINESS

ABSTRACT. The analysis of current Ukrainian laws underlying the implementation of the state policy in the domain of supervision over insurance business proves that this policy is inefficient due to the lack of overall understanding and entrenchment, at the regulatory level, of the transparency principle to be used by governmental bodies exercising state supervision over insurance business. The establishment of transparent procedures according to which the authorized body should function ensues from the need to enhance the efficiency of the system of state regulation of financial markets by making amendments to current laws with the aim of eliminating the duplication of licensing, control and supervision functions of the national regulators, simplifying and adding transparency to administrative decision-making in this area, improving the insurance business environment with enhancing the responsibility of entities operating on the insurance market at the same time.

The purpose of the article is to formulate a comprehensive and science-based concept of the state supervision over insurance business in Ukraine which would be founded on the principle of transparency; this will ensure that consumers of insurance services can be realistically informed about the essence of governmental control and the impact of such control on the insurance market; the article also defines the main characteristics of the concept which should meet certain basic criteria (factors); clarifies the essence of the transparency principle in the context of implementation of the state policy relating to supervision over insurance business and the concerns arising when it is not used; outlines the ways of resolving the said issues; lays out the stages of the work to be made with the aim of formulating a comprehensive, science-based concept of the state supervision over insurance business which would be founded on the principle of transparency; analyzes the current situation with legal regulatory framework for the state regulation of insurance business and with the entrenchment, at the regulatory level, of the provisions protecting the rights of consumers of insurance services.

The author comes to the conclusion that so far, transparency as a principle of the state policy in the domain of supervision over insurance business has no appropriate position within the legal framework and also no well-established understanding of its essence. If these issues are properly resolved, favorable conditions will be created for enhancement of sustainable development of Ukraine's insurance market as a type of non-bank financial service markets which can ensure the inflow of necessary financial resources to the real sector of economy and meet the needs of consumers for high-quality insurance services, and which will become the basis for formulating of a comprehensive and science-based concept of the state supervision over insurance business in Ukraine.

KEYWORDS: transparency principle; state policy; supervision over insurance business.

II. Економіко-правові засади забезпечення безпеки підприємництва



Вікторія Резнікова

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, провідний науковий співробітник відділу проблем господарсько-правового забезпечення економічної безпеки держави Інституту економіко-правових досліджень НАН України (м. Київ, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-0149-0710>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/O-4799-2018>
reznikova.vv78@gmail.com

Руслан Стефанчук

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України (м. Київ, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-6385-0131>
Research ID: <http://www.researcherid.com/rid/M-2450-2018>
r.stefanchuk@gmail.com



УДК 65.011:330.131.7:346.54

ОЦІНКА РИЗИКІВ У ПІДПРИЄМНИЦТВІ ТА УПРАВЛІННЯ НИМИ

АНОТАЦІЯ. Проблема дослідження феномена ризику гостро постала у минулому столітті, що було пов'язано з бурхливим розвитком ринкової економіки. Ризик притаманний усім ринковим процесам, тому управління ризиками є невід'ємною частиною ефективного управління будь-якою організацією. У зв'язку з цим істотного значення набуває питання оцінки ризиків із правової точки зору та удосконалення механізму управління ними, зокрема й за допомогою правових засобів.

Мета статті полягає у розкритті правової та економічної сторін оцінки ризику та з'ясуванні особливостей правового управління ними.

Розкрито природу феномена ризику, досліджено правову та економічну сторони оцінки ризиків, проаналізовано особливості управління ризиками за допомогою правових засобів, а також надано характеристику основним нормативним актам і міжнародним стандартам у сфері оцінки та управління ризиками. Доведено, що право є універсальним засобом правового управління ризиками, оскільки стабілізує ситуацію вибору (наприклад, між правомірним і неправомірним ризиком),

© Вікторія Резнікова, Руслан Стефанчук, 2018

або ж, навпаки, збагачує, розширює вибір ризикуючого суб'єкта різноманітними варіантами, диверсифікує ризики, надає свободу в прийнятті ризику (право на ризик). Визначено управління ризиками в господарському праві як діяльність суб'єктів господарювання, спрямована на аналіз, прогнозування та оцінку ймовірності настання ризику в умовах невизначеності з вибором превентивних заходів з метою мінімізації можливих майнових втрат, а у разі їх виникнення – розподілу тягаря несення таких втрат між учасниками господарських правовідносин.

Зроблено висновок, що в Україні не створено належної законодавчої бази для ефективного управління ризиками, оскільки національні стандарти не враховують положення нормативно-правових актів України, що регулюють окремі сторони діяльності організацій при здійсненні процесів ризик-менеджменту, а також культуру менеджменту, яка сформувалася у нашій країні. Тому на часі розробка вітчизняних стандартів управління ризиками, які ґрунтувалися б на міжнародному досвіді, використовували адаптовану термінологію, а також враховували особливості економічної ситуації в Україні.

Ключові слова: ризик; оцінка ризиків; ризик-менеджмент; правове управління ризиками.

Феномен ризику в науковому середовищі має різноплановий характер, що зумовлює множинність його визначень. Незважаючи на відсутність єдиного підходу до розуміння сутності ризику, можна зробити висновок, що саме концепції ймовірності слугують орієнтиром для доктринальних і законодавчих дефініцій ризику. Правове регулювання управління ризиками тривалий період здійснювалося у контекстному полі парадигми детермінізму і було складовою юридичного прагматизму¹. До виникнення концепцій ймовірності ризику сприймалися як конкретні, а не потенційні небезпеки.

Проблемні питання оцінки ризиків та управління ними досліджували, зокрема, такі вчені, як І. Балабанов, І. Бланк, В. Вітлінський, А. Гайдучський, М. Подольчак, Л. Шаршукова та ін.

Мета дослідження полягає у розкритті особливостей оцінки ризику з економічної та правової точок зору, а також визначенні ролі права як основного засобу управління ризиками.

Серед усього різноманіття визначень ризику як правового явища, на нашу думку, заслуговує на увагу таке його тлумачення: *ризик* – це притаманна людській діяльності об'єктивно існуюча і в певних межах здатна до оцінки і вольового регулювання ймовірність понесення суб'єктами правовідносин негативних наслідків внаслідок настання несприятливих подій, закономірно пов'язаних із різноманітними передумовами (факторами ризику)².

¹ Michael Adler and Bernard Dumas, 'Exposure to Currency Risk: Definition and Measurement' (1984) 13 Financial Management 41.

² Р. Крючков, 'Правовое управление рисками: понятие и сущность явления' (2015) 6 Вестник КГУ им. Н. А. Некрасова 153.

Аналіз законодавства та юридичної літератури дає підстави стверджувати, що досить часто поняття “ризик” ототожнюється із поняттями “помилка”, “небезпека”, “загроза”, що є наслідком відсутності цілісного доктринального поняття ризику в праві, а також нечіткості прийомів і засобів юридичної техніки. Ризик неприпустимо зводити ні до небезпек, ні до невизначеності, ні до помилки, оскільки цей термін – абсолютно самостійне поняття, що має змістовну цілісність³.

З метою оцінки та управління ризиками можна виділити *економічну* та *правову сторони ризику*. *Економічна* – полягає в настанні для конкретного суб’єкта господарювання обов’язку несення можливих витрат та (або) збитків, породжених окремими ризиковими обставинами, ризиковою ситуацією тощо. *Правова* – полягає не в суті та не в ідентифікації ризикових обставин, а у можливості вибору правових засобів, які дали б змогу передбачити існуючу ймовірність настання негативних майнових наслідків, мінімізувати їх, співвіднести з бажаним економічним результатом, наявним майновим інтересом.

Право є універсальним засобом правового управління ризиками, оскільки стабілізує ситуацію вибору (наприклад, між правомірним і неправомірним ризиком), або ж, навпаки, збагачує, розширює вибір ризикуючого суб’єкта різноманітними варіантами, диверсифікує ризики, надає свободу в прийнятті ризику (право на ризик). Через право уможливується значною мірою формалізація та стандартизація нормативних приписів і положень щодо ризиків; право здатне забезпечити гнучке поєднання заборон та дозволів (від формулювання умов обґрунтованого ризику до дискреції учасників ризикових правовідносин); право характеризується відносною динамічністю, здатністю реагувати на виклики часу (значна частина ризикових рішень може бути прийнята, ґрунтуючись не на букві закону, а на його дусові); правовому урегулюванню доступні не лише соціальні, а й технічні ризики (у частині оцінки обґрунтованості прийняття ризикових рішень та їх правових наслідків). У літературі виділяють *три стадії правового управління ризиками*: 1) *інформаційно-аналітична* (її призначення – збір, узагальнення та вивчення достовірної, необхідної та достатньої інформації, що стосується передбачуваного ризику, методами аналізу й синтезу, експерименту й спостереження); 2) *оціночна*, суть якої полягає в оцінці ситуації, ймовірності ризику, його наслідків (відбувається визначення якісних та кількісних параметрів ризику, його детальна ідентифікація з використанням прийомів і методів юридичної статистики, компаративістики); 3) прийняття та реалізація

³ Georges Dionne, ‘Risk Management: History, Definition, and Critique’ (2013) 16 Risk Management and Insurance Review 147.

ризиків – обираються стратегії правового управління ризиками: ліквідація, передача, мінімізація, збереження, кожна з яких характеризується своєю метою та інструментарієм⁴. Водночас вибір правового інструментарію для зниження рівня ризику видається досить ускладненим через те, що наука господарського права не приділяє достатньої уваги питанням правової регламентації господарсько-правових засобів зниження ризику в підприємстві.

Д. Горячкина виокремлює при цьому два рівні (дворівневу структуру) управління ризиками в праві: перший рівень – це управління ризиками з боку держави шляхом встановлення певних правил поведінки тих чи інших суб'єктів підприємницьких правовідносин, надання законодавчих приписів; другий – управління ризиками через зусилля самих учасників підприємницького обороту шляхом вчинення фактичних та (або) юридичних дій через вибір наявних у законодавчому арсеналі правових засобів⁵.

Оцінка ризику полягає в отриманні відомостей та інформації, необхідних для прийняття управлінських рішень про доцільність вчинення тієї чи іншої дії суб'єктом підприємництва, а також у розробці засобів для забезпечення від можливих втрат (збитків) за наслідками вчинення тих чи інших дій, утримання від їхнього вчинення тощо. Приймаючи будь-яке рішення, суб'єкт підприємництва зазвичай намагається вирахувати ступінь ризику, який може вплинути на кінцевий результат його діяльності. Вміння вчасно визначити ризик, мінімізувати його – важливе завдання для успішного розвитку підприємства. Існують такі *методи оцінки ризику*: статистичний – здебільшого використовується у стабільних умовах, коли можливі втрати оцінюються за даними попередніх періодів. За статистичним методом ризик обчислюється за формулою: $R = n : N$, де R – ризик за певний період часу, n – кількість фактичних проявів небезпеки, N – теоретично можлива кількість небезпек для цього виду діяльності чи об'єкта. Ця формула дає змогу розрахувати розміри загального й групового ризику. При оцінці *загального ризику* величина N визначає максимальну кількість усіх подій, а при оцінці *групового ризику* – максимальну кількість подій у конкретній групі, що вибрана із загальної кількості за певною ознакою (зокрема, групу можуть складати транспортні засоби одного типу; один клас суб'єктів господарської діяльності тощо); *експертний* – використовується за відсутності необхідних статистичних даних або за різкої зміни умов діяльності, передбачає залу-

⁴ Р. Крючков, 'Риск в праве: генезис, понятие и управление' (автореф. дис. канд. юрид. наук, Нижний Новгород 2011) 19.

⁵ Д. Горячкина, 'Теоретико-методологические основы управления рисками в предпринимательской деятельности' (2012) 1 Юридическая наука и правоохранительная практика 64.

чення висококваліфікованих суб'єктів професійної оціночної діяльності й орієнтацію на їхні висновки; *розрахунково-аналітичний* – базується на теоретичній моделі розвитку підприємництва, потребує великого обсягу знань і кваліфікації розробників, значних матеріальних витрат, а отже, є прийнятним лише для великих підприємств, хоч є найбільш вірогідним і точним.

Ціну ризику (ЦР) у найзагальнішому вираженні можна визначити як різницю між очікуваним (запланованим без урахування ризику) прибутком від певного підприємницького проекту (*По*) та прибутком із імовірним ризиком (*Пр*), тобто за формулою: $ЦР = По - Пр$.

Правова оцінка ризику полягає у визначенні якісних і кількісних параметрів ризиків (до, після чи під час розвитку ризикової ситуації) та може бути: *попередньою* (здійснюється суб'єктом ризику до моменту його настання та прийняття), *оперативною* (аналізується ситуація ризику в її розвитку), *здійснюваною постфактум* (після настання ризикової ситуації та прийняття в її умовах рішення). Первинно юридична оцінка визначає наявність припущення про ризиковий характер діяльності, закріпленого в правових нормах. При реалізації права оцінка ризику зумовлює правові можливості управління ризиками. При притягненні до юридичної відповідальності за скоєння правопорушення, пов'язаного з ризиковою поведінкою, оцінка ризику дає змогу визначити обґрунтованість (розумність) поведінки суб'єкта правопорушення. Комплексність оцінки визначає причинно-наслідкові зв'язки між ризиком і можливими (чи такими, що настали) юридичними наслідками.

О. Корабльов виокремлює, до прикладу, чотири групи *способів зниження ризиків*, заснованих на: попередженні, передачі, розподілі та компенсації ризику. Автор пропонує розглядати ці групи як взаємодоповнювані напрями правового впливу, спрямовані на зменшення ризику та його мінімізацію. При цьому термін “зменшення” означає зниження ймовірності настання несприятливих подій, що, у підсумку, впливає на ймовірність настання ризику. Термін “мінімізація” більше відноситься до наслідків, його призначення – зменшення можливих збитків⁶. А. Бушев, зі свого боку, під *мінімізацією ризику* пропонує розуміти вжиття комплексу різноманітних заходів, спрямованих, з одного боку, на усунення або зниження до економічно прийняттого стану, міри впливу несприятливих обставин, які перешкоджають задоволенню майнового інтересу, а з другого – використання сприятливих обставин, можливостей для найбільш ефективного та повного задоволення інте-

⁶ О Кораблев, ‘Риск в предпринимательской деятельности’ (автореф дис канд юрид наук, Российский государственный институт интеллектуальной собственности 2010) 15.

ресу⁷. Під мінімізацією та розподілом ризиків пропонується розуміти також не лише досягнення певних кількісних показників у майновій сфері відповідного суб'єкта підприємництва, а й якісні прояви цих категорій (зниження ризику через інтереси немайнового характеру, за наслідками вжиття заходів щодо захисту інформації, ділової репутації тощо)⁸.

Мінімізуючи ризик, зацікавлена особа впливає на ситуацію невизначеності результату з метою досягнення найбільш позитивного ефекту як від власної поведінки, так і від поведінки інших осіб, з якими вона взаємодіє. *Розподіл ризиків* необхідно здійснювати з урахуванням таких умов: попередня згода на ризик; інформованість про наслідки поведінки та можливі прояви ризику; співрозмірна компенсація у разі відсутності згоди сторін; співвідношення об'єктивного та суб'єктивного ризиків; ступінь зацікавленості однієї особи у поведінці іншого учасника взаємодії; ступінь контролю над ризиковою ситуацією та обставинами, інша можливість впливати на прояви ризику; становище сторін у переговорах, їхня залежність один від одного; ступінь взаємного впливу на прийняття рішень та ін.⁹. До *способів справедливого розподілу ризиків* пропонується відносити: конструкцію юридичної особи; встановлення вини як обов'язкової умови притягнення до відповідальності при загальному правилі безвинної відповідальності; обмеження обсягу відповідальності розмірами реальних збитків; покладення збитків на особу, що не є стороною у зобов'язанні; встановлення черговості виконання зобов'язань; розподіл негативних наслідків ризику серед боржників; покладення наслідків ризику на одну зі сторін у зобов'язанні; державну реєстрацію прав (права власності та інших речових прав, прав на результати інтелектуальної власності, засоби індивідуалізації тощо); вимоги щодо форми угод, якими опосередковується перехід права (повна письмова форма, нотаріальне посвідчення, державна реєстрація тощо). У правовій літературі наголошується на необхідності розробки та обґрунтування критеріїв реалізації принципу справедливого, імперативно-диспозитивного розподілу ризиків у підприємстві¹⁰. Таких критеріїв сьогодні можна виокремити два: економічної доцільності та соціальної значущості (полягає в захисті соціально значущого інтересу, покладенні несприятливих майнових наслідків ризику на більш сильну сторону в зобов'язанні, ле-

⁷ А Бушев, 'К вопросу о правовой доктрине рисков' в Попондопуло В и Скворцов О (ред), *Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права: сборник научных статей* (Волтерс Клувер 2005) 124.

⁸ А Власова, 'Гражданско-правовые средства регулирования риска предпринимательской деятельности' (2007) 6 Нотариус 28.

⁹ Бушев (н 7) 136-7.

¹⁰ А Мартиросян, 'Категория риска в гражданском праве Российской Федерации' (автореф дис канд юрид наук, 2014) 8.

жить в основі обов'язкового страхування, обмеження відповідальності тощо).

Що ж до правових засобів (сукупності правових приписів (інструментів) та форм правореалізаційної практики) зниження ризиків, то серед учених немає єдиної думки з приводу них, усталеного (стандартизованого) їх переліку. Так, на думку одних учених, правові засоби складаються із норм права, правовідносин, юридичних фактів, договорів, заходів заохочення, пільг, мір покарання, заборон¹¹. Другі вчені поділяють правові засоби на основні – договірні, позадоговірні зобов'язання, та допоміжні – “вина” і “відповідальність”, презумпції та фікції, а також юридичні конструкції (юридичні особи, наприклад)¹². Третя група вчених у поняття правових засобів включає суб'єктивні права, обов'язки, а також акти реалізації прав та обов'язків¹³. І насамкінець, четверта група пропонує для зниження ризику в підприємстві використовувати: а) правові засоби конкретизації та застосування правових приписів, що визначають цілі, правову природу, зміст регулювання (нормативні та ненормативні засоби); б) правові засоби опису; в) організаційно-управлінські засоби (регламенти, стандарти)¹⁴.

Таким чином, можна зробити висновок, що право виступає універсальним засобом правового управління ризиками і діє двояким шляхом: стабілізує ситуацію вибору (наприклад, між правомірним і неправомірним ризиком), або ж, навпаки, збагачує вибір суб'єкта різними варіантами, диверсифікує ризики, надає свободу в прийнятті ризику.

Для того щоб дійти згоди з основних питань управління ризиками в підприємстві було розроблено міжнародні стандарти – спеціальні нормативні документи, безпосередньо присвячені тому, як впровадити управління ризиками в практику господарювання.

Історія стандартизації у сфері управління ризиками почалася в 1995 р. із виходом національного стандарту “AS/NZS 4360 – Управління ризиком”, який був розроблений організацією “Стандарти Австралії/Стандарти Нової Зеландії”¹⁵. Відповідно до цього документа під управлінням ризиками розуміється сукупність культури, процесів і структур, спрямована на використання сприятливих можливостей у разі одночасного управління загрозами. Положення Стандарту AS/NZS 4360 мають на

¹¹ К Шундиків, ‘Юридические средства реализации правовой политики’ (1997) 4 Правоведение 149.

¹² Б Пугинский, *Правовые средства обеспечения эффективности производства* (Юридическая литература 1980) 112-3.

¹³ А Малько, ‘Правовые средства как общетеоретическая проблема’ (1999) 2 Правоведение 7.

¹⁴ О Кораблев, ‘Правовые средства снижения риска в предпринимательской деятельности’ [2009] 7(14) Евразийский юридический журнал <http://www.eurasiainfo.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1919:2013-03-11-11-17-57&catid=218:2013-03-11-11-13-07&Itemid=1> дата обращения 20 Апрель 2018.

¹⁵ Risk management AS/NZS 4360:2004. Standards Australia/Standards New Zealand <https://www.ucop.edu/enterprise-risk-management/_files/as_stdrds4360_2004.pdf> accessed 20 April 2018.

меті: 1) створити надійну базу щодо прийняття ризикових рішень і планування; 2) ідентифікувати перспективи і небезпеки; 3) отримати вигоду від невизначеності підприємницького середовища; 4) побудувати систему управління, орієнтовану на попередження потенційних проблем; 5) ефективно розподіляти та використовувати ресурси; 6) покращувати антикризове управління і скорочувати збитки й витрати на управління ризиком, включаючи витрати на страхування; 7) зміцнювати довіру зацікавлених сторін; 8) удосконалювати корпоративне управління; 9) відповідати нормам чинного законодавства.

Широке поширення набув також Довідник з управління проектами (*Project Management Body of Knowledge*), розроблений Інститутом управління проектами (*Project Management Institute*)¹⁶. Відповідно до цього документа планування управління ризиками спрямоване на те, щоб визначити порядок здійснення дій, пов'язаних з управлінням ризиками інвестиційного проекту. Ідентифікація ризиків – це процес визначення ризиків, які можуть впливати на інвестиційний проект, і фіксація їх основних характеристик. Якісний аналіз ризиків дає змогу розставити пріоритети між ризиками шляхом оцінки та складання ймовірності виникнення ризиків і впливу з метою досягнення цілей інвестиційного проекту. Кількісний аналіз ризиків проводиться щодо найбільш пріоритетних ризиків, які найбільшою мірою чинять вплив на інвестиційний проект. Моніторинг та управління ризиками передбачає розгляд процесу застосування планів реагування на ризики, стеження за виявленими ризиками, контролю залишкових, ідентифікації нових й оцінки ефективності процесу регулювання ризиків.

Крім того, серед міжнародних стандартів управління ризиками слід назвати такі документи: 1) стандарт “Управління ризиками організацій. Інтегрована модель”, який розробив у 2004 р. Комітет спонсорських організацій комісії Тредвея (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*, далі – *COSO*)¹⁷; 2) стандарт, розроблений у 2002 р. Федерацією Європейських Асоціацій Ризик-менеджерів (далі – *FERMA (Federation of European Risk Management Associations)*)¹⁸; 3) стандарт ISO 31000 “Управління ризиками організацій. Інтегрована модель” (далі – *ISO 31000*)¹⁹, прийнятий у 2009 р.

¹⁶ A guide to the project management body of knowledge (PMBOK® guide). 2000 Project Management Institute, Inc. Pennsylvania USA. 216 <<http://www.cs.bilkent.edu.tr/~cagatay/cs413/PMBOK.pdf>> accessed 20 April 2018.

¹⁷ Enterprise Risk Management – Integrated Framework <<https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary.pdf>> accessed 20 April 2018.

¹⁸ FERMA – A Risk Management Standard <<https://ru.scribd.com/document/162189059/FERMA-A-Risk-Management-Standard>> accessed 20 April 2018.

¹⁹ Risk Management Standards and ISO 31000 <http://www.strategicagroup.com/includes/pdf/Anra_Position_Paper.pdf> accessed 20 April 2018.

Відповідно до стандарту *COSO* процес управління ризиками складається із таких етапів: визначення внутрішнього середовища; постановки цілей; ідентифікації ризикових подій; оцінки ризику; реагування на ризик; засобів контролю; інформації та комунікацій; моніторингу. Оцінка ризиків здійснюється шляхом аналізу ймовірності їх виникнення та впливу і дає змогу визначити, які заходи щодо їх подолання необхідно вжити. До засобів контролю можна віднести відповідну політику і процедури, розроблені та встановлені з метою забезпечення гарантій того, що компанія ефективно й своєчасно реагуватиме на причини виникнення ризику.

Стандарт управління ризиками *FERMA* розглядає ризик-менеджмент як основу стратегічного управління компанією, що полягає в ідентифікації ризиків та управлінні ними. Стандарт пропонує такі етапи управління ризиками: визначення стратегічних цілей організації; оцінка ризиків; складання звіту про ризики; прийняття рішення щодо управління ризиками; реалізація заходів з управління ризиками; складання повторного звіту про ризики; моніторинг ризиків. Оцінка ризиків повинна здійснюватися відповідно до таких критеріїв: облікова політика; собівартість продукції; соціально-економічні питання; регулятивні вимоги; очікування акціонерів та інших зацікавлених осіб; екологічні аспекти тощо. Така оцінка ризику вимагається, щоб прийняти рішення про значущість ризиків для компанії та їх впливу на неї, а також з'ясувати, які заходи потрібно вживати для управління кожним конкретним ризиком. Ефективність управління ризиками залежить передусім від способів контролю, а також своєчасного оповіщення про всі зміни в програмі управління ризиками організації.

Відповідно до стандарту *ISO 31000* процес менеджменту ризику повинен бути невід'ємною частиною менеджменту, вбудовуватися у діяльність і процедури, відповідати бізнес-процесам організації. Процес управління ризиками включає в себе такі види діяльності: встановлення контексту (зовнішнє і внутрішнє середовище організації та мета діяльності з управління ризиком); оцінка ризику; обробка ризику; комунікації та консультації; моніторинг та аналіз.

В Україні серед національних стандартів можна виокремити ДСТУ *IEC/ISO 31010:2013* “Керування ризиком. Методи загального оцінювання ризику”, затверджений наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 11 грудня 2013 р. № 1469 “Про прийняття національних стандартів України та пробних національних стандартів України, гармонізованих з міжнародними та європейським стандартами, затвердження національних стандартів України, змін до національ-

них стандартів України, скасування національних стандартів України та нормативних документів в Україні”²⁰, а також ДСТУ ISO 31000:2014 “Менеджмент ризиків. Принципи та керівні вказівки”, затверджений наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 30 грудня 2014 р. № 1494 “Про прийняття європейських та міжнародних нормативних документів як національних стандартів України, змін до національних стандартів України, скасування національних стандартів України та міждержавних стандартів в Україні”²¹.

Однак, незважаючи на прийняття цих стандартів, в Україні не створено належної законодавчої бази для ефективного управління ризиками. Зумовлено це передусім тим, що зазначені національні стандарти не враховують положення нормативно-правових актів України, які регулюють окремі сторони діяльності організацій при здійсненні процесів ризик-менеджменту, а також культуру менеджменту, яка сформувалася у нашій країні.

У цих стандартах на міжнародному рівні висвітлено сучасний правовий підхід до визначення поняття “економічного (підприємницького) ризику”. Так, згідно з досить відомим стандартом управління ризиками Міжнародної організації зі стандартизації Австралії та Нової Зеландії (AS/NZS 4360/1995, AS/NZS 4360/2004, ISO 31000/2009, ISO/IEC 51:1999, ISO/IEC 73:2002, ISO/IEC 73:2009), ризик – це поєднання можливості виникнення збитків і тяжкості, заподіюваної шкоди (ISO/IEC 51:1999); поєднання ймовірності події та її наслідків (ISO/IEC 73:2002); ймовірності впливу випадкової події на цілі підприємництва (AS/NZS 4360/2004); вплив невизначеності на цілі (ISO/IEC 73:2009).

У правовій літературі загалом *управління ризиком* визначається як активна, цілеспрямована діяльність учасника правових відносин, спрямована на визначення (оцінку) ступеня ймовірності (можливості) реалізації ризику та обрання ефективних способів попередження негативних наслідків від такої реалізації, а в разі реалізації ризику – на справедливий розподіл негативних наслідків між учасниками правових відносин²².

²⁰ Про прийняття національних стандартів України та пробних національних стандартів України, гармонізованих з міжнародними та європейським стандартами, затвердження національних стандартів України, змін до національних стандартів України, скасування національних стандартів України та нормативних документів в Україні: наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 11 грудня 2013 р. № 1469. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ME131799.html (дата звернення: 20.04.2018).

²¹ Про прийняття європейських та міжнародних нормативних документів як національних стандартів України, змін до національних стандартів України, скасування національних стандартів України та міждержавних стандартів в Україні: наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 30 грудня 2014 р. № 1494. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ME141679.html (дата звернення: 20.04.2018).

²² О Андреева, ‘Ризик у договірних зобов’язаннях’ (автореф дис канд юрид наук, Київський національний університет імені Тараса Шевченка 2015) 6.

У контексті досліджуваної проблематики заслуговує на увагу визначення управління ризиками суб'єкта господарювання, запропоноване Комітетом організацій – спонсорів Комісії Тредвея, – це процес, який здійснюється радою директорів, адміністрацією та кадровими працівниками, що являє собою стратегічний напрям діяльності у межах всього суб'єкта господарювання, покликаний ідентифікувати потенційні події, які можуть вплинути на його діяльність, та орієнтований на прийняття максимально допустимого рівня ризику з метою забезпечення достатньої впевненості у досягненні цілей функціонування суб'єкта господарювання²³.

Характерно, що правова перспектива управління ризиками, як правило, розглядається як метод захисту суб'єктів господарювання, як певний стратегічний план для уникнення потенційних загроз. Однак управління ризиками не передбачає один лише захист. Управління ризиками насамперед дає змогу їх контролювати.

Зазвичай пропонується такий *алгоритм (принципи) управління ризиком (ризиками) для отримання раціонального співвідношення витрат та доходів*²⁴:

1. Слід виявити значущі цінності (інтереси, потреби тощо), які потребують захисту та охорони, а також ті несприятливі обставини (вчинки, події тощо), котрі потенційно можуть являти собою загрозу для цих цінностей.

2. Необхідно оцінити ймовірність (ризик) настання несприятливих обставин (загрози), а також ступінь їх негативного впливу на охоронювану цінність (наслідки впливу). Співвідношення ймовірності та негативності впливу на цінність визначає інтенсивність вжиття заходів із мінімізації ризику. Чим вищою є ймовірність та негативний вплив, тим активніше (швидше, інтенсивніше) мають вживатися заходи протидії (мінімізації ризику). Вченням про управління ризиками у прикладному аспекті рекомендується встановлювати кількісні (вимірювані) показники прояву ризикової обставини, при досягненні яких мають наставати певні наслідки (наприклад, при простроченні оплати з боку боржника у стільки-то днів – додаткове письмове повідомлення про порушення зобов'язання, проведення переговорів, звернення в суд тощо). У правових моделях поведінки кількісні економічні показники знаходять своє вираження у вигляді, наприклад, строків вчинення будь-яких дій, нормативів формування фондів та ін.

²³ Kevin Johnson and Zane Swanson, 'Quantifying Legal Risk: A Method for Managing Legal Risk' (2007) 1 Management Accounting Quarterly 20.

²⁴ Бушев (н 7) 139-140.

3. Слід визначити коло заходів, що зазвичай успішно застосовуються у подібних ситуаціях (наприклад, припинення ризикової діяльності, прийняття ризику тощо). За відсутності методів, що є спеціальними для конкретної ситуації, та (або) до їх виявлення, аналітичним шляхом обирати загальні заходи мінімізації ризиків: встановлення контролю над розвитком ситуації, збір додаткової інформації, перерозподіл ризиків між зацікавленими особами, створення резервного (компенсаційного) фонду, диверсифікації функцій із прийняття рішення, зміцнення “слабкої ланки”, введення процедур узгодження взаємоспівомованих інтересів та ін.

4. Вибір конкретних заходів повинен враховувати їхню виконувальність і витратність (величина всіх витрат зацікавленої особи на протидію (дотримання обраних моделей поведінки) повинна бути нижчою за вартість охоронюваної цінності або витрат на її відновлення).

Висновки. Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що світова і вітчизняна практика демонструє активний розвиток як теоретичних, так і практичних аспектів ризик-менеджменту. В умовах турбулентності сучасних міжнародних і національних ринків, ускладнення діяльності суб’єктів господарювання дослідження теоретико-методологічних основ, прикладних аспектів, а також розробка практичних рекомендацій щодо вдосконалення процесу управління ризиками у вітчизняних організаціях є запорукою забезпечення стабільного й ефективного функціонування всього економічного сектору країни, а також опосередковуваних ними соціально-економічних відносин у суспільстві.

Управління ризиками в господарському праві є діяльністю суб’єктів господарювання, спрямованою на аналіз, прогнозування та оцінку ймовірності настання ризику в умовах невизначеності з вибором превентивних заходів з метою мінімізації можливих майнових втрат, а у разі їх виникнення – розподілу тягаря несення таких втрат між учасниками господарських правовідносин. Управління ризиками здійснюється у такій послідовності: 1) проведення комплексу заходів, спрямованих на збір та аналіз інформації про можливі ризики, прогнозування ризиків та (або) ризикових ситуацій в умовах невизначеності; 2) вибір господарсько-правових засобів мінімізації ризиків та (або) їх негативних наслідків; 3) ліквідація причин і наслідків ризиків.

Начасі розробка вітчизняних стандартів управління ризиками, які ґрунтувалися б на міжнародному досвіді, використовували адаптовану термінологію (зокрема, поняття ризику у підприємстві, економічного ризику тощо), а також враховували особливості економічної ситуації в Україні.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. A guide to the project management body of knowledge (PMBOK® guide). 2000 Project Management Institute, Inc. Pennsylvania USA. 216 <<http://www.cs.bilkent.edu.tr/~cagatay/cs413/PMBOK.pdf>> accessed 20 April 2018 (in English).
2. Enterprise Risk Management – Integrated Framework <<https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary.pdf>> accessed 20 April 2018 (in English).
3. FERMA – A Risk Management Standard <<https://ru.scribd.com/document/162189059/FERMA-A-Risk-Management-Standard>> accessed 20 April 2018 (in English).
4. Risk management AS/NZS 4360:2004. Standards Australia/Standards New Zealand <https://www.ucop.edu/enterprise-risk-management/_files/as_stdrrs4360_2004.pdf> accessed 20 April 2018 (in English).
5. Risk Management Standards and ISO 31000 <http://www.strategicagroup.com/includes/pdf/Anra_Position_Paper.pdf> accessed 20 April 2018 (in English).
6. Pro pryiniattia natsionalnykh standartiv Ukrainy ta probnykh natsionalnykh standartiv Ukrainy, harmonizovanykh z mizhnarodnymy ta yevropeiskym standartamy, zatverdzhennia natsionalnykh standartiv Ukrainy, zmin do natsionalnykh standartiv Ukrainy, skasuvannia natsionalnykh standartiv Ukrainy ta normatyvnykh dokumentiv v Ukraini [On the Adoption of the National Standards of Ukraine and the Trial National Standards of Ukraine Harmonized with the International and European Standards, on the Approval of the National Standards of Ukraine, Amendments to the National Standards of Ukraine and Abolition of the National Standards of Ukraine and Regulatory Documents in Ukraine]: nakaz Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy [Order of the Ministry of Economic Development and Trade of Ukraine] vid 11 hrudnia 2013 r. № 1469. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ME131799.html (accessed: 20.04.2018) (in Ukrainian).
7. Pro pryiniattia yevropeiskyykh ta mizhnarodnykh normatyvnykh dokumentiv yak natsionalnykh standartiv Ukrainy, zmin do natsionalnykh standartiv Ukrainy, skasuvannia natsionalnykh standartiv Ukrainy ta mizhderzhavnykh standartiv v Ukraini [On the Adoption of the European and International Regulatory Documents as the National Standards of Ukraine, Amendments to the National Standards of Ukraine and Abolition of the National Standards of Ukraine and Interstate Standards in Ukraine]: nakaz Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy [Order of the Ministry of Economic Development and Trade of Ukraine] vid 30 hrudnia 2014 r. № 1494. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ME141679.html (accessed: 20.04.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

8. Puginskiy B, *Pravovye sredstva obespecheniya effektivnosti proizvodstva [Legal Means for Ensuring Efficient Production]* (Yuridicheskaya literatura 1980) (in Russian).

Journal articles

9. Adler M and Dumas B, 'Exposure to Currency Risk: Definition and Measurement' (1984) 13 Financial Management 41 (in English).
10. Dionne G, 'Risk Management: History, Definition, and Critique' (2013) 16 Risk Management and Insurance Review 147 (in English).

11. Johnson K and Swanson Z, 'Quantifying Legal Risk: A Method for Managing Legal Risk' (2007) 1 Management Accounting Quarterly 20 (in English).
12. Bushev A, 'K voprosu o pravovoy doktrine riskov' ['On the Issue of the Legal Doctrine of Risks'] v Popondopulo V i Skvortsov O (red), *Aktual'nye problemy nauki i praktiki kommercheskogo prava: sbornik nauchnykh statey* [Challenging Issues of Science and Practice of Commercial Law] (Volters Kluver 2005) 124 (in Russian).
13. Goryachkina D, 'Teoretiko-metodologicheskie osnovy upravleniya riskami v predprinimatel'skoy deyatel'nosti' ['Theoretical and Methodological Bases of Risk Management in Business'] (2012) 1 Yuridicheskaya nauka i pravookhranitel'naya praktika 64 (in Russian).
14. Korablev O, 'Pravovye sredstva snizheniya riska v predprinimatel'skoy deyatel'nosti' ['Legal Means for Reduction of Risk in Business'] [2009] 7(14) Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal <http://www.eurasialegal.info/index.php?option=com_content&view=article&id=1919:2013-03-11-11-17-57&catid=218:2013-03-11-11-13-07&Itemid=1> accessed 20 April 2018 (in Russian).
15. Kryuchkov R, 'Pravovoe upravlenie riskami: ponyatie i sushchnost' yavleniya' ['Legal Risk Management: the Concept and Essence of the Phenomenon'] (2015) 6 Vestnik KGU im N A Nekrasova 153 (in Russian).
16. Mal'ko A, 'Pravovye sredstva kak obshcheteoreticheskaya problema' ['Legal Means as a General Theoretical Issue'] (1999) 2 Pravovedenie 7 (in Russian).
17. Shundikov K, 'Yuridicheskie sredstva realizatsii pravovoy politiki' ['Legal Means of Legal Policy Implementation'] (1997) 4 Pravovedenie 149 (in Russian).
18. Vlasova A, 'Grazhdansko-pravovye sredstva regulirovaniya riska predprinimatel'skoy deyatel'nosti' ['Means Available under Civil Law to Regulate the Risk of Entrepreneurial Activity'] (2007) 6 Notarius 28 (in Russian).

Thesis abstracts

19. Andreieva O, 'Ryzik u dohovirnykh zoboviazanniakh' ['Risk in Contractual Obligations'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Kyivskiy natsionalnyi universytet imeni Tarasa Shevchenka 2015) (in Ukrainian).
20. Korablev O, 'Risk v predprinimatel'skoy deyatel'nosti' ['Risk in Business'] (avtoref dis kand yurid nauk, Rossiyskiy gosudarstvennyy institutu intellektual'noy sobstvennosti 2010) (in Russian).
21. Kryuchkov R, 'Risk v prave: genesis, ponyatie i upravlenie' ['Risk in Law: Genesis, Concept and Management'] (avtoref dis kand yurid nauk, 2011) (in Russian).
22. Martirosyan A, 'Kategoriya riska v grazhdanskom prave Rossiyskoy Federatsii' ['Category of Risk in the Civil Law of the Russian Federation'] (avtoref dis kand yurid nauk, 2014) (in Russian).

Viktorii Reznikova
Ruslan Stefanchuk

BUSINESS RISK ASSESSMENT AND MANAGEMENT

ABSTRACT. Research of risk as a phenomenon came to the forefront as a crucial issue in the last century as an outcome of rapid development of the market economy. Risk is inherent in each market process, and thus risk management is an integral element of efficient management of any organization. In this regard, it becomes increasingly

important to consider risk assessment in the context of law and to improve the mechanism of risk management, including through legal means.

The purpose of the article is to highlight the legal and economic aspects of risk assessment and to clarify the specifics of risk management in terms of law.

The author describes the nature of risk as a phenomenon, examines the legal and economic aspects of risk assessment, analyzes the specifics of risk management by legal means, and also characterizes the main regulations and international standards applicable to risk assessment and management. It is proved that law is a universal means of legal risk management because it stabilizes the situation of choice (for example, between lawful and unlawful risk), or, on the contrary, enriches and expands the choice available to those who face some risk by offering a variety of options, and also diversifies the risks and provides the freedom of accepting the risk (the right to risk). Within the framework of economic law, risk management is defined as a business entity's activity aimed at analyzing, forecasting and assessing of the probability of risk occurrence under conditions of uncertainty with the choice of preventive measures for the purpose of minimizing possible property losses, and if they occur – for the purpose of distributing the burden of such losses among the participants of economic relations.

The author comes to the conclusion that so far Ukraine has not established an appropriate legal framework for efficient risk management, as national standards do not take into account the provisions of laws and statutory instruments of Ukraine which regulate certain aspects of an entity's risk management processes, as well as the management culture which has been formed in our country. Therefore, today it is crucial to develop the national risk management standards which would be based on international experience, use an adapted terminology and take account of the specifics of the economic situation in Ukraine.

KEYWORDS: risk; risk assessment; risk management; legal risk management.



Ольга Турченко

кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри конституційного,
міжнародного і кримінального права
Донецького національного університету
імені Василя Стуса
(м. Вінниця, Україна),
turchenko@donnu.edu.ua

УДК 341.232.1+349.6

ЕКОЛОГІЧНА БЕЗПЕКА ТА СТАЛИЙ РОЗВИТОК: КОРЕЛЯЦІЙНА ЗАЛЕЖНІСТЬ

АНОТАЦІЯ. Визнання факту, що природа планети – це не тільки фізичне середовище існування людства, джерело ресурсів для матеріального виробництва, об'єкт естетичного ставлення людини, а й передусім основа існування життя у всьому його різноманітті, є причиною включення екологічної безпеки до системи всеохоплюючої безпеки.

Метою статті є аналіз сформованих у доктрині з урахуванням положень міжнародних актів підходів до розуміння поняття “екологічна безпека”, обґрунтування взаємозв'язку і взаємозалежності екологічної безпеки та сталого розвитку.

У результаті проведеного дослідження автор доходить висновку, що забезпечення загальної безпеки загалом й екологічної безпеки зокрема безпосередньо пов'язано з переходом до сталого розвитку, відповідно, поняття безпеки ґрунтується на концепції сталого розвитку.

Звідси, з одного боку, безпека як благо в сталому розвитку набуває комплексного характеру певної гарантованої комфортності людського існування, а з другого – виступає змістовним виміром сталого розвитку. В онтологічному аспекті це означає, що безпека – певна доцільна відстань між людством і природою, яка забезпечує їхній цивілізаційний діалог.

Узагальнюючою характеристикою стану системи, яка змістовно пов'язується з її безпекою, є індикатор, величина якого в синергетичному відношенні визначається рівнем збалансованості інтересів компонентів, а в антропоцентричному – рівнем збалансованості соціально-економічної та техногенно-екологічної безпеки.

Навіть у межах моделі несталого розвитку необхідним є досягнення певного рівня стабільності і безпеки, для того щоб можна було здійснити перехід до сталого розвитку.

Перехід до сталого розвитку можливий лише в глобальному масштабі, у злагоджено-когерентному режимі всіх об'єктів і суб'єктів безпеки.

Ключові слова: сталий розвиток; безпека; екологічна безпека; кореляційний зв'язок.

Сьогодні світова спільнота все чіткіше усвідомлює залежність між сталим розвитком, економічною стабільністю і безпекою загалом й екологічною безпекою зокрема. Ще у 1999 р. у річній доповіді про роботу Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) “Запобігання воєн і лих: глобальний виклик зростаючих масштабів” Генеральний секретар ООН зазначив:

Справедливий і сталий розвиток є однією із необхідних умов забезпечення безпеки, проте забезпечення мінімальних стандартів безпеки, зі свого боку, є однією з передумов розвитку. Прагнення вирішити одне завдання у відриві від іншого не має великого сенсу¹.

Відомий білоруський учений та державний діяч С. Шушкевич зазначав, що людству потрібно боятися в новому сторіччі трьох речей: забруднення, перенаселення і неосвіченості². Екологічна загроза сьогодні займає перше місце серед тих, що очікує людство вже незабаром. Проблема природного середовища, що завжди була актуальною, нині є не тільки проблемою забезпечення матеріальними ресурсами суспільного виробництва, а й важливим фактором збереження умов життєзабезпечення населення планети, зокрема і проблем соціальної справедливості³.

У наш час традиційні форми господарювання без належного врахування екологічного складника призвели до значного виснаження невідновлюваних природних ресурсів, деградації природного середовища і спровокували розвиток небезпечних глобальних процесів. Науково-технічна діяльність людини спричинила трансформацію простих економічних, екологічних систем у більш складні, так звані соціально-еколого-економічні системи, які складаються із трьох тісно взаємопов'язаних підсистем: екологічної, економічної та соціальної.

При цьому питання охорони навколишнього середовища, економічні та соціальні питання не можуть розглядатися ізольовано, вони мають бути інтегровані⁴, стан кожної із підсистем виступає і як умова, і як наслідок розвитку та функціонування двох інших підсистем⁵.

Лауреат Нобелівської премії з економіки Дж. Стігліц, будучи головним економістом Світового банку, зауважував, що за результатами опитувань людей із різних країн світу на першому місці в списку проблем

¹ К Аннан, *Предотвращение войн и бедствий: глобальный вызов растущих масштабов: Годовой доклад о работе ООН за 1999 год* (2000) 17.

² В Загорський та А Ліпенцев та Є Борщук, ‘Глобальна екологічна проблема в системі національної безпеки’ (2011) 1 Вісник Національної академії державного управління при Президентів України 79.

³ Там само.

⁴ С Кравченко та А Андрусевич та Дж Бонайн, *Актуальні проблеми міжнародного права навколишнього середовища* (Видавничий центр ЛНУ імені І Франка 2002) 29.

⁵ П Олдак, *Общие начала биосоциальных исследований. Теория взаимосвязи общественного производства и окружающей сферы* (НГУ 1977) 5.

(поряд із цілком зрозумілою стурбованістю відсутністю доходу і недостатнім урахуванням думки людей з життєво важливих питань) були відсутність безпеки і вразливість⁶.

Відповідно до піраміди потреб А. Маслоу безпека перебуває в її основі, посідаючи наступний за безпосередніми фізіологічними потребами щабель. Саме двоєдиність “безпека – сталий розвиток” утворює реальність і можливість сталого розвитку як такого⁷.

Глобалізація екологічних проблем, сукупна ентропія, що має тенденцію до збільшення, посилення еколого-економічного взаємозв'язку, що базується на єдності природної та господарської підсистем макроекономічної системи будь-якого ієрархічного рівня обумовлюють необхідність пошуку нових моделей економіки, які враховували б відтворювальні можливості біосфери, давали змогу звести до спільного знаменника біофізичні та вартісні критерії збереження природного капіталу планети⁸, і, відповідно, актуальність цієї статті та перспективи подальшого дослідження проблем сталого розвитку, екологічної безпеки, екологічного підприємництва.

Що стосується ступеня наукової розробки цієї тематики, то здебільшого питання сталого розвитку вивчалися представниками економічних, біологічних, екологічних наук, хоча мають місце й дослідження представників юридичної науки.

Теоретичні основи сталого розвитку суспільства, еколого-економічні та фінансові аспекти формування механізму та реалізації цього напрямку у своїх працях досліджували як вітчизняні, так і зарубіжні економісти-науковці, а саме: Є. Борщук, З. Герасимчук, Л. Гринів, Б. Данилишин, С. Дорогунцов, В. Кравців, Л. Мельник та ін. Багато наукових праць присвячено розширенню цієї проблематики, системному осмисленню принципів, здобутків і тенденцій із правової точки зору, правовим питанням прогресивного розвитку людства в межах забезпечення сталого розвитку країн та виконання концепції сталого розвитку міжнародної спільноти, серед них праці таких учених, як Т. Гартлі, О. Білорус, Г. Бувайлик, М. Буроменський, О. Висоцький, В. Денисов, О. Задорожній, О. Урсул та ін.

Окрім досліджень із теорії сталого розвитку, теоретичним підґрунтям для розробки основ інституційного забезпечення стимулювання сталого розвитку можуть стати ідеї представників класичної інституціональної

⁶ Джозеф Стиглиц, ‘Расширение нашего понимания уязвимости’ в Доклад о человеческом развитии 2014. Обеспечение устойчивого прогресса человечества: Уменьшение уязвимости и формирование жизнестойкости (Весь Мир 2014) <<http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr14-summary-ru.pdf>> дата обращения 30 Апрель 2018.

⁷ А Урсул и А Романович, ‘Концепция устойчивого развития и проблема безопасности’ (Цифровая библиотека по философии) <<http://filosof.historic.ru/books/item/f00/s00/z0000706/>> дата обращения 30 Апрель 2018.

⁸ Л Гринів, *Екологічна економіка* (Магнолія 2006, 2010) 46.

теорії та нової інституціональної теорії – Г. Адамса, Дж. Б'юкенена молодшого, Т. Веблена, О. Вільямсона, Р. Коуза, В. Мітчелла, Р. Нельсона, Д. Норта, Р. Олсона, Дж. Ходжсона; ідеї вчених, що займалися теорією мотивації – С. Адамса, К. Герцберга, Е. Лоулера, Д. МакГрегора, Д. МакКлелланда, А. Маслоу, Л. Портера, Б. Скіннера, М. Туган-Барановського.

Дослідженню правової природи, проблемам забезпечення екологічної безпеки присвячені праці багатьох вітчизняних та зарубіжних учених, серед яких можна виокремити праці: В. Андрейцева, Г. Анісімової, Г. Балюк, А. Бобкової, М. Бринчука, І. Бригадира, Ю. Вовка, А. Гетьмана, О. Гулак, В. Єгізарова, Б. Єрофєєва, А. Качинського, О. Колбасова, В. Костицького, М. Краснової, Н. Малишевої, М. Малишко, В. Мунтяна, В. Носіка, В. Попова, Г. Серова, Н. Титової, М. Фролова, Ю. Шемшученка, М. Шульги та ін.

Однак, незважаючи на достатньо велику кількість теоретичних та практичних розробок у цій сфері, єдиного підходу до визначення сутності поняття сталого розвитку, екологічної безпеки, їх взаємозв'язку та взаємозалежності не вироблено, відсутні також і чіткі механізми, критерії їх забезпечення, єдині критерії визначення загроз у сфері екологічної безпеки, сталого розвитку.

Мета дослідження полягає в аналізі сформованих у доктрині з урахуванням положень міжнародних актів підходів до розуміння поняття сталого розвитку та екологічної безпеки, обґрунтуванні взаємозв'язку і взаємозалежності екологічної безпеки та сталого розвитку.

Саме у взаємодії суспільства і природи проявилось те протиріччя, яке вважається основним у взаємодії сучасної цивілізації з природою – соціоприродне протиріччя між зростаючими потребами світової спільноти і неможливістю біосфери забезпечити ці потреби⁹. Вирішення цієї суперечності означає необхідність ведення господарської та іншої діяльності людини в межах екологічної ємності екосистем, а людства загалом – у межах цієї ж ємності біосфери. Поняття “несучої ємності екосистем”, як зазначає А. Урсул¹⁰, відображає можливість безпечного прогресивного розвитку систем всередині визначеного певним чином “коридору безпеки”, тоді як за його межами такий тип розвитку не гарантований, оскільки він стає небезпечним і нестійким. Власне, це і є перехід до сталого розвитку в окремо взятому “екосистемному масштабі”, коли будуть гармонійно поєднуватися адаптуюча й адаптивна види діяльності, що має привести до співрозвитку (кoeволюції) природи і суспільства.

⁹ В Лисин и Ю Юсфин, *Ресурсо-экологические проблемы XXI века и металлургия* (Высшая школа 1998) 11.

¹⁰ А Урсул, 'Проблемы безопасности и устойчивого развития: эволюционный подход и междисциплинарные перспективы' (2014) 5 Вопросы безопасности <http://e-notabene.ru/nb/article_14221.html> дата обращения 5 Май 2018.

Проведення у 1972 р. у Стокгольмі Конференції ООН з проблем навколишнього середовища і створення Програми ООН з навколишнього середовища (ЮНЕП), функції якої були визначені резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 2997 (XXVII) від 15 грудня 1972 р.¹¹, ознаменували зміну підходів до вирішення екологічних проблем, які стали стримувати соціально-економічний розвиток. У Декларації, проголошеній Конференцією ООН з проблем навколишнього середовища, зазначалося:

Людина має основне право на свободу, рівність та сприятливі умови життя у довкіллі, якість якого дає змогу проводити гідне та процвітаюче життя, і несе головну відповідальність за охорону та покращення навколишнього середовища на благо нинішнього та майбутніх поколінь¹².

Як зазначає Ю. Шемшученко, після Стокгольмської конференції ООН з навколишнього середовища (1972 р.) людство у правовій сфері перейшло з концепції “охорони природи” до концепції “охорони навколишнього середовища”¹³.

У 1980-х роках стали говорити про екорозвиток, розвиток без руйнування, про необхідність сталого розвитку екосистем. Всесвітня стратегія охорони природи, прийнята в 1980 р., вперше в міжнародному документі містила згадку про сталий розвиток. Друга її редакція отримала назву “Турбота про планету Земля – Стратегія сталого життя” і була опублікована у жовтні 1991 р. У ній наголошується, що розвиток повинен базуватися на збереженні живої природи, захисті структури, функцій та різноманітності природних систем Землі, від яких залежать біологічні види¹⁴.

Вперше на міжнародному рівні ця концепція була впроваджена Доповіддю Міжнародної комісії з навколишнього середовища і розвитку (Комісія Брундтланд, названа так ім'ям її голови, прем'єр-міністра Норвегії Гро Гарлем Брундтланд) “Наше спільне майбутнє”, підготовленою 1987 р. і в тому ж році схваленою Генеральною Асамблеєю ООН. У Доповіді сталий розвиток визначається як “розвиток, який задовольняє потреби нинішнього покоління без завдання шкоди здатності майбутніх поколінь задовольняти свої власні потреби”¹⁵.

¹¹ Institutional and financial arrangements for international environmental cooperation <[https://undocs.org/en/A/RES/2997\(XXVII\)](https://undocs.org/en/A/RES/2997(XXVII))> accessed 3 May 2018.

¹² Декларация Конференции Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды, принята Конференцией Организации Объединенных Наций по проблемам окружающей человека среды, Стокгольм, 1972 <http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declarathenv.shtml> дата обращения 3 Май 2018.

¹³ Ю Шемшученко, ‘Екологічна Конституція Землі: від ідеї до практичного втілення’ (2007) 9 Вісник НАН України 5.

¹⁴ *Забота о Земле. Стратегия устойчивого существования: резюме* (Глан (Швейцария) 1991) 34.

¹⁵ Report of the World Commission on Environment and Development “Our Common Future” 1987 UN Doc. A/42/47 (1987) <<http://habitat.igc.org/open-gates/wced-ocf.htm>> accessed 3 May 2018.

Зі свого боку Хартія підприємницької діяльності в інтересах сталого розвитку. Принципи природоохоронної політики (прийнята на 64-й сесії виконавчого комітету Міжнародної торгової палати 27 листопада 1990 р.) у п. 3 передбачала необхідність продовжувати вдосконалення корпоративної політики, програм та практики екологізації всієї діяльності з урахуванням технічного розвитку, наукового обґрунтування, інтересів споживачів і надій суспільства, використовуючи законодавче регулювання як початкову основу; домагатися використання однакових екологічних критеріїв на міжнародному рівні¹⁶.

На історичній Конференції ООН з навколишнього середовища і розвитку “Саміт Землі”, або “Конференція Ріо” (1992 р., Ріо-де-Жанейро (Бразилія)) був прийнятий “Порядок денний на XXI століття” (“Агенда-21”) – програма дій для всіх країн світу щодо забезпечення сталого розвитку з урахуванням балансу між соціальною справедливістю, економічним зростанням і вирішенням екологічних проблем на глобальному рівні. Програма охоплює практично всі аспекти діяльності, спрямованої на збереження життя і всесвітній довготривалий розвиток. Важливо зазначити, що “Порядок денний на XXI століття” (“Агенда-21”) не заперечує інтенсивний економічний розвиток, а стверджує, що “сталий розвиток” – це спосіб подолання бідності і протидії руйнуванню природного життєвого довкілля¹⁷.

Основоположні принципи справедливого, стійкого і мирного глобального суспільства в XXI ст. сформульовані в Хартії Землі¹⁸, офіційно визнаній 16 жовтня 2003 р. Генеральною Конференцією ЮНЕСКО (Резолюція 32C/COM.III/DR.1). У Хартії наголошується на взаємозалежності світу, на взаємній відповідальності всіх, як один перед одним, так і перед усім живим та майбутніми поколіннями; відповідно, затверджується чотири взаємопов’язані принципи сталого розвитку¹⁹.

Необхідність зміни нестійких моделей виробництва і споживання за допомогою екологізації повного життєвого циклу продукції, збереження і раціонального використання природно-ресурсної бази економічного і соціального розвитку з застосуванням екосистемного підходу зазначена також у Політичній декларації та в Плані виконання рішень Всесвітнього саміту зі сталого розвитку (Йоганнесбург, 2002 р.).

¹⁶ Хартія підприємницької діяльності в інтересах устійчивого розвитку. Принципи природоохоронної політики, принята на 64 сессии исполнительного комитета Международной торговой палаты 27 ноября 1990 года <<http://www.ecolife.ru/info/docum/glob-5.shtml>> дата обращения 3 Май 2018.

¹⁷ Ю Туниця та Е Семенов та Т Туниця, ‘Фактори глобалізації і стратегія сталого розвитку’ (2004) Вісник НАН України 13.

¹⁸ Международная Хартія Земли <http://www.newlineclub.net/downloads/eci/winter%20school/materials/earth%20charter/Mezhdunarodny_sovet_ECI.pdf> дата обращения 3 Май 2018.

¹⁹ Там само.

У пунктах 9 і 10 Підсумкового документа Всесвітнього саміту 2005 р. (Резолюція Генеральної Асамблеї ООН A/RES/60/1) наголошується, що:

<...> розвиток, мир і безпека і права людини є взаємопов'язаними, розвиток сам по собі є центральною метою і що сталий розвиток в його економічному, соціальному та екологічному аспектах є одним із основних елементів у діяльності всієї системи Організації Об'єднаних Націй²⁰.

У 2011 р., розвиваючи положення Глобального зеленого нового курсу, Програма ООН з довкілля (ЮНЕП) присвятила свою нову доповідь “Навстріч ‘зеленій економіці’: шлях до сталого розвитку та викоріненню бідності” аргументації на користь інвестування 2 % світового внутрішнього валового продукту в “озеленення” десяти найважливіших секторів економіки з метою істотної зміни характеру розвитку та спрямування потоків державних і приватних інвестицій на ефективне використання ресурсів та зменшення викидів парникових газів²¹.

У Доповіді Генерального секретаря Підготовчої конференції ООН зі сталого розвитку (Друга сесія 7 і 8 березня 2011 р.) у п. 58 передбачається концепція екоефективності – раціонального використання природних ресурсів у виробництві – як один зі стандартних елементів більшості визначень “зеленої економіки”:

Екоефективність є концепцією фірмового рівня, яка була сформульована виходячи з ділової логіки – процес вдосконалення виробничих систем здійснюється лише за умови того, що це сприяє збільшенню чистого прибутку фірми²².

20–22 червня 2012 р. у Ріо-де-Жанейро відбулася Конференція ООН зі збалансованого розвитку (Конференція “Ріо+20”), у заключному документі якої “Майбутнє, якого ми прагнемо” підтверджений курс на сталий розвиток і на забезпечення побудови економічно, соціально та екологічно збалансованого майбутнього для планети, для нинішнього і майбутніх поколінь²³.

²⁰ Resolution adopted by the General Assembly on 16 September 2005 [without reference to a Main Committee (A/60/L.1)] 60/1. 2005 World Summit Outcome <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/62/PDF/N0548762.pdf?OpenElement>> accessed 5 May 2018.

²¹ ‘Навстречу “зеленой” экономике: пути к устойчивому развитию и искоренению бедности – обобщающий доклад для представителей властных структур: доклад ЮНЕП, 2011 г.’ (*United Nations Environment Programme*) <www.unep.org/greenecopomy> дата обращения 5 Май 2018.

²² ‘Цель и темы Конференции Организации Объединенных Наций по устойчивому развитию: доклад Генерального секретаря 2011’ <<https://undocs.org/ru/A/CONF.216/PC/7>> дата обращения 5 Май 2018.

²³ ‘Будущее, которое мы хотим’ (Конференция Организации Объединенных наций по устойчивому развитию, Бразилия, Рио-де-Жанейро, 20-22 июня 2012 г.) <https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-1-1_russian.pdf> дата обращения 5 Май 2018.

У документі підтверджується необхідність подальшого просування ідеї збалансованого розвитку на всіх рівнях та інтеграції його економічної, соціальної та екологічної складових і врахування їх взаємозв'язку. На Конференції було ухвалено також рішення встановити всеохоплюючий і прозорий міжурядовий процес збалансованого розвитку, відкритий для всіх зацікавлених сторін, починаючи з 67-го засідання Генеральної Асамблеї ООН²⁴.

На 70-й сесії Генеральної Асамблеї ООН 25 вересня 2015 р. було прийнято Резолюцію “Перетворення нашого світу: Порядок денний в галузі сталого розвитку на період до 2030 року” (A/RES/70/1), що встановлює 17 цілей і 169 завдань у галузі сталого розвитку²⁵, які мають комплексний і неподільний характер та забезпечують збалансованість всіх трьох компонентів сталого розвитку: економічного, соціального та екологічного. У пункті 9 Порядку вказується:

<...> нам бачиться світ, у якому кожна країна реалізує можливості для поступального, всеохоплюючого і сталого економічного зростання і гідної роботи для всіх. Світ, у якому моделі споживання та виробництва і використання усіх природних ресурсів <...> носять раціональний характер. Світ, в якому демократія, дієве управління (*good governance*) і верховенство права (*rule of law*), а також сприятливі умови на національному та міжнародному рівнях є невід’ємною частиною сталого розвитку, включаючи поступальне і всеосяжне економічне зростання, соціальний розвиток, охорону навколишнього середовища та ліквідацію злиднів і голоду <...>²⁶.

Що стосується поняття “сталий розвиток”, то визначення сталого розвитку (“*sustainable development*”) з’явилося у Доповіді Комісії Брундтланд 1987 р.: ‘Людство здатне надати розвитку сталий довготривалий характер, для того щоб він відповідав потребам нинішнього покоління, не позбавляючи майбутні покоління можливості задовольняти свої власні потреби’ (п. 27)²⁷. При цьому треба зазначити, що практично всі документи, прийняті під егідою ООН, виходять саме з такого визначення сталого розвитку, роблячи акцент на провідній ролі людини і взаємозв’язку поколінь.

²⁴ Будущее, которое мы хотим (н 23).

²⁵ Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development: Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015 [without reference to a Main Committee (A/70/L.1)] 70/1. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement>> accessed 5 May 2018.

²⁶ Там само.

²⁷ Report of the World Commission on Environment and Development “Our Common Future” 1987 UN Doc. A/42/47 (1987) <<http://habitat.igc.org/open-gates/wced-ocf.htm>> accessed 5 May 2018.

Ольга Турченко

Якщо говорити про наукову літературу, то, як зазначає А. Вебер, при всьому різноманітті визначень сталого розвитку більшість із них сходиться у тому, що йдеться про такий розвиток,

<...> який не підриває природних і соціальних умов для нормального, здорового життя людей сьогодні і в майбутньому; це довгострокова мета, що передбачає вирішення безлічі економічних, екологічних, соціальних та управлінських завдань у комплексі²⁸.

Із цієї позиції концепція сталого розвитку є фактично продовженням концепції ноосфери, сформульованої В. Вернадським. Продовжуючи дослідження С. Подолинського з “економіки Космосу”, В. Вернадський наголошував, що стійке співіснування людської економіки та біосфери можливе тільки за умови збереження біофізичної (регуляторної) функції останньої з одночасним коригуванням масштабів господарської діяльності людей у межах природних систем. У щоденнику 1931 р. він зазначав:

Ми переживаємо не кризу, що хвилює слабкі душі, а найбільший перелом у житті людства, що відбувається один раз у тисячоліття, переживаємо наукові досягнення, рівних яким не бачили довгі покоління наших предків. <...> Ми тільки починаємо усвідомлювати могутність вільної наукової думки, найбільшої творчої сили *homo sapiens*, людської вільної особистості, величного нам відомого прояву космічної сили, царство якого попереду. Воно цим шляхом неочікувано швидко до нас наближається²⁹.

Термін і поняття “екологічна безпека” виникли і сформулювалися порівняно нещодавно – наприкінці 80-х років минулого століття у процесі осмислення негативних наслідків впливу діяльності людини на довкілля Землі.

Ідеологічним підґрунтям процесу формування концепції екологічної безпеки стали теорії представників філософських і природничих наук про двоєдиність Природи і Бога (Піфагор, Спіноза, Г. Сковорода), підпорядкованість людини природним і божим законам (Г. Гегель, Ф. Бекон), про Землю як самовідновлюваний живий надорганізм (Дж. Хаттон, Є. Короленко), залежність біосфери від сонячної активності (Ф. Енгельс, О. Чижевський), про фотосинтез і біологічну енергію (Ф. Паолетті, К. Тімірязєв), біосферу і ноосферу (В. Вернадський, Т. де Шарден), біо-

www.pravoua.com.ua

²⁸ А Вебер, ‘Появиться ли у России стратегия устойчивого развития?’ (1999) 10 Обозреватель – Observer.

²⁹ В Вернадский, *Биосфера и ноосфера* (Айрис-пресс 2012).

мораль (П. Кропоткін), біоенергію як природну продуктивну силу і джерело життєдіяльності людини (С. Подолінський).

Щодо досліджень міжнародної екологічної безпеки як складової всеохоплюючої безпеки, то необхідно відзначити П. Саразена, який на першій Міжнародній конференції з охорони природи (листопад 1913 р., м. Берн) висловив переконання у нагальній потребі запровадження всесвітньої охорони природи за допомогою взаємопов'язаних заходів на національному і міжнародному рівнях³⁰, В. Василенко з його документальними розробками “Екологічна безпека як елемент всеохоплюючої системи міжнародної безпеки” наголошував, що створення ефективної системи міжнародної безпеки як інструменту збереження довкілля Землі є пріоритетом серед пріоритетів міжнародної безпеки, важливішим навіть від проблеми роззброєння і військово-політичної безпеки³¹.

Проведені автором раніше дослідження питань всеохоплюючої безпеки, сталого розвитку, екологічного підприємництва дають можливість зробити висновок, що, незважаючи на різноманітність підходів до визначення екологічної безпеки, вона [екологічна безпека], як правило, трактується у взаємозв'язку з елементами сталого розвитку.

Як правило, автори трактують екологічну безпеку або через “сукупність дій, процесів”, “діяльність”, або через “стан”. При чому, як зазначає К. Бутова³², саме визначення безпеки через певний стан є превалюючим як в міжнародних актах і в актах національного права, так і в юридичній та інших науках. Наведемо декілька прикладів.

Так, наприклад, Г. Серов під екологічною безпекою розуміє:

<...> стан захищеності життєво важливих інтересів особи, суспільства і держави у процесі взаємодії суспільства і природи від загроз: а) з боку природних об'єктів, властивості яких змінені забрудненням, засміченням внаслідок антропогенної діяльності (виникнення аварій, катастроф, здійснення тривалої господарської, військової та інших видів діяльності) чи навмисно з метою екологічних диверсій, агресії або ж природних явищ та стихійного лиха; б) обумовлених знищенням, пошкодженням або виснаженням природних ресурсів (загроза незабезпечення суспільства і держави природними ресурсами)³³.

³⁰ Conférence Internationale pour de la Natur, Berne, 17-19 November 1913, Recueil des Procès-Verbaux, 25-26.

³¹ В Василенко, ‘Генега, зміст і шляхи реалізації концепції міжнародної екологічної безпеки’ в *Екологічна Конституція Землі. Методологічні засади* (РВВ НЛТУ України 2011) 62.

³² Е Бутова, ‘Экологическая безопасность в системе национальной безопасности: проблемы современного понимания’ (2016) 6 Вопросы безопасности 98 <http://e-notabene.ru/nb/article_21573.html> дата обращения 5 Май 2018.

³³ Г Серов, *Правовое регулирование экологической безопасности при осуществлении промышленных и иных видов деятельности* (Ось-89 1998) 33.

А. Качинський визначає екологічну безпеку так:

<...> стан навколишнього середовища, при якому стає неможливим погіршення екологічного стану і виникнення небезпеки для здоров'я людей, компонент національної безпеки, що забезпечує захищеність життєво важливих інтересів людини, суспільства, довкілля та держави від реальних чи потенційних загроз, які створюються антропогенними чи природними чинниками відносно навколишнього середовища³⁴.

А. Махмуд розглядає її через:

<...> стан, за якого всі складові природного оточення, за рахунок балансування взаємовпливів природних, технічних і соціальних систем, формування природо-культурного середовища, є оптимальними для нормального функціонування і розвитку людської цивілізації³⁵.

О. Гулак розуміє екологічну безпеку як:

<...> такий стан та умови навколишнього природного середовища, при якому співіснування природи і людини не шкодить, а сприяє забезпеченню екологічної рівноваги, попереджає виникненню небезпек для здоров'я людей та гарантує захист навколишнього середовища³⁶.

Треба погодитися із думкою фахівців³⁷, що найбільш широке визначення екологічної безпеки дає в цьому контексті В. Андрейцев:

Екологічна безпека як юридична категорія – це складова національної і транснаціональної безпеки, тобто такий стан розвитку суспільних правовідносин і відповідних їм правових зв'язків, за яких системою правових норм, інших державно-правових і соціальних засобів гарантується захищеність права громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля, забезпечується регулювання здійснення екологічно небезпечної діяльності і запобігання погіршенню стану довкілля та інших наслідків, небезпечних для життя і здоров'я особи, суспільства і держави, яка потребує чіткої конституціоналізації в чинному законодавстві³⁸.

³⁴ А Качинський, *Екологічна безпека України: системний аналіз перспектив покращення* (НІСД 2001).

³⁵ А Махмуд, 'Екологічна безпека як предмет політики міжнародного співробітництва' (автореф дис канд політ Наук, Ін-т держави і права ім В М Корецького НАН України 2000) 7.

³⁶ О Гулак, 'До питання правового регулювання забезпечення екологічної безпеки в Україні' (2016) 2 *Міжнародний науковий журнал* 146.

³⁷ І Бригадир, 'Щодо визначення екологічної безпеки як правової категорії' (2010) 4 *Форум права* 112 <<http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10bivjpk.pdf>> дата звернення 5 Травень 2018.

³⁸ В Андрейцев, *Право екологічної безпеки* (Знання-Прес 2002) 38.

Щодо інших підходів. Так, Н. Реймерс вважає, що екологічна безпека – це ‘сукупність дій, станів і процесів, які прямо або опосередковано не призводять до істотних збитків (або загроз таких збитків) природному середовищу, окремим людям і людству загалом’³⁹, відповідно, вона може бути розглянута в глобальних, регіональних, локальних й умовно точкових межах, зокрема й у межах держав і будь-яких їх підрозділів.

І. Дедю характеризує екологічну безпеку як будь-яку діяльність людини, за винятком шкідливого впливу на навколишнє середовище⁴⁰.

Деякі дослідники розглядають цю категорію у декількох аспектах. Так, М. Бринчук виділяє три аспекти: по-перше, як один із основних принципів природокористування та охорони навколишнього природного середовища; по-друге, як синонім охорони навколишнього природного середовища, оскільки стан, що відповідає сприятливому навколишньому середовищу, є показником екологічної безпеки; по-третє, як найважливішу мету і завдання діяльності з поновлення і зберігання сприятливого стану навколишнього середовища⁴¹.

Дж. Брюнне та С. Туп тлумачать її у двох розуміннях: перше включає попередження і врегулювання конфліктів, пов’язаних із нестачею або погіршенням стану ресурсів; друге стосується збереження екологічного балансу, необхідного для забезпечення ресурсної достатності життєзабезпечуючих систем⁴².

Достатньо дискусійно трактують екологічну безпеку В. Загорський, А. Ліпенцев та Є. Борщук. На їхню думку:

Екологічна безпека – це сукупність природних, соціальних та інших умов, що забезпечують безпечне життя і діяльність населення, яке проживає на певній території і водночас це процес забезпечення захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства, природи, держави і всього людства від реальних або потенційних загроз, що створюються антропогенним чи природним впливом на навколишнє середовище⁴³.

При цьому, як вони вважають, термін “екологічна безпека” є масштабним й охоплює різні види діяльності людини⁴⁴.

Оригінальним, але занадто вузьким і таким, що вже не відповідає сучасним реаліям, вбачається визначення В. Лущика й А. Бокова, які під

³⁹ Н Реймерс, *Природопользование: словарь-справочник* (Россия молодая 1994).

⁴⁰ Мазаракі А., *Економічна безпека України в умовах глобалізаційних викликів* (Київський національний торговельно-економічний унт 2010).

⁴¹ М Бринчук, ‘Обеспечение экологической безопасности как правовая категория’ (2008) 9 Государство и право 41.

⁴² J Brunneeand S Toope, ‘Environmental Security and Freshwater Resources: A Case for International Ecosystem Law’ (1994) 5 Yearbook of Int. Env. Law 46.

⁴³ Загорський та Ліпенцев та Борщук (н 2) 85.

⁴⁴ Там само.

Ольга Турченко

екологічною безпекою розуміють 'узагальнену систему оцінювання екологічного стану об'єктів навколишнього середовища і виявлення змін, які можуть викликати погіршення цього стану, з метою їх попередження та усунення'⁴⁵.

Невдалим уявляється також тлумачення екологічної безпеки через систему гарантій екологічної безпеки (В. Костюченко, А. Бохан). Екологічна безпека – це 'вічна цінність людського суспільства, яке ґрунтується на певній системі гарантій екологічної безпеки співіснування природи і людини'⁴⁶.

Методологічно помилковим вбачається також визначення екологічної безпеки через систему її забезпечення. Так, наприклад, О. Колбасов охарактеризовує екологічну безпеку через:

<...> систему заходів, спрямованих на знищення загроз масовій загибелі людей у результаті такої несприятливої антропогенної зміни стану навколишнього середовища на планеті, при якій людина як біологічний вид позбавляється можливості існувати⁴⁷.

Цікавим із точки зору взаємозв'язку зі сталим розвитком є визначення, надане у 1999 р. М. Хильком:

Екологічна безпека – це сукупність певних властивостей навколишнього середовища і створюваних цілеспрямованою діяльністю людини умов, при яких з урахуванням економічних, соціальних факторів і науково обґрунтованих допустимих навантажень на об'єкти біосфери утримується на мінімально можливому рівні ризику антропогенний вплив на навколишнє середовище і негативні зміни, які відбуваються в ньому, забезпечується збереження здоров'я життєдіяльності людей і виключаються віддалені наслідки цього впливу для нинішнього і наступних поколінь⁴⁸.

При цьому пізніше, у 2017 р. у підручнику "Екологічна безпека України" автор вже визначає екологічну безпеку одночасно через:

<...> сукупність дій та комплекс відповідних заходів, процесів, які забезпечують екологічний баланс на планеті та в різних її регіонах на рівні, до якого людина може адаптуватися фізично, без збитків (політичних, соціально економічних) <...>, будь-яку діяльність людини, що виклю-

⁴⁵ В Боков и А Лушик, *Основы экологической безопасности* (СОНАТ 1998).

⁴⁶ В Костюченко, 'Еколого-економічна безпека в контексті національного суверенітету' (2013) 1 Вісник Житомирського державного технологічного університету. Сер.: Економічні науки 262.

⁴⁷ О Колбасов, 'Концепция экологической безопасности (юридический аспект)' (1988) 12 Советское государство и право 48.

⁴⁸ М Хилько, *Екологічна політика* (Абрис 1999).

чає згубний вплив на екологічне середовище та не порушує баланс природних або змінених людиною природних компонентів середовища і процесів, що зумовлює тривале або необмежене в часі існування певної екосистеми <...>, та як стан сталої і динамічної рівноваги функціонування системи “природа-суспільство”, що характеризується, з одного боку, захищеністю природного середовища від руйнівного антропогенного впливу і здатністю до самовідтворення екосистем, з іншого, – захищеністю суспільства від екологічних загроз і стихійних лих, забезпеченням здорових природних умов його життєдіяльності⁴⁹.

Узагальнюючою характеристикою стану системи, яка змістовно пов’язується з її безпекою, є індикатор, величина якого в синергетичному відношенні визначається рівнем збалансованості інтересів компонентів, а в антропоцентричному – рівнем збалансованості соціально-економічної та техногенно-екологічної безпеки.

Більшість систем міжнародних екологічних індикаторів включають три блоки показників: екологічні індикатори впливу на навколишнє середовище; індикатори якісного стану під час цього рівня впливу; індикатори покращення сучасного стану навколишнього середовища або регулювання впливу⁵⁰.

Наприклад, Організацією економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР/OECD) був введений спеціальний індикатор аналізу екологічної політики та оглядів еколого-економічного розвитку країн – індекс декаплінгу. В економічних дослідженнях ефект декаплінгу розглядається як ефективний інструмент для встановлення взаємозв’язку між економічним зростанням, його деструктивним впливом на навколишнє середовище і використанням природних ресурсів. Дефініція “декаплінг” розкриває явище “полярного” розвитку (протилежність наряду розвитку) двох або більше об’єктів системи. Зокрема, дослідники зазначають, що декаплінг є стратегічною основою руху до екологічно стійкої економіки, дає змогу розмежувати темпи зростання добробуту людей, з одного боку, і споживання ресурсів і впливу на навколишнє середовище – з другого. Явище декаплінгу проявляється за менших темпів росту антропогенного тиску на навколишнє природне середовище від темпів росту економічного розвитку за той самий період⁵¹. У такий спосіб досягнення соціального та економічного прогресу має базуватися на відносно низьких темпах ресурсоспоживання і зменшенні деградації навколишнього

⁴⁹ Микола Хилько, *Екологічна безпека України: навчальний посібник* (2017) 22, 38.

⁵⁰ Н Караєва та Л Левченко та Я Трохименко, ‘Аналіз підходів до формування систем індикаторів сталого розвитку’ (2011) 7 Управління розвитком складних систем 126.

⁵¹ О Тур, ‘Ефект декаплінгу, як основа еколого-орієнтованого розвитку України’ в Хлобистов Є (наук ред), *Сталий розвиток та екологічна безпека суспільства: теорія, методологія, практика* (ДУ “ІЕПСР НАН України”, ІПРЕД НАН України, СумДУ, НДІ СРП 2011) 335-9.

середовища. Тобто економічне зростання буде досягнуто завдяки такій кількості природних ресурсів екосистеми, за якої антропогенний тиск не перевищуватиме її асиміляційної здатності⁵².

Інтерес являє собою система індикаторів, запропонована С. Дорогунцовим та О. Ральчуком. На їхню думку, індикатор сталого розвитку, власне як безпеки, зумовлюється одночасною дією групи взаємопов'язаних чинників – антропність, системна ієрархічність, тривалість, прагматичність та синергізм.

Антропність означає існування певної бажаної (нормативної) для людини властивості – блага (безпеки), і намагання мати це благо на відповідному рівні. Розуміння цивілізаційного сталого розвитку вносить у бачення безпеки істотне доповнення – вона стає двовекторною. Перший вектор охоплює всі щаблі піраміди потреб людини (від фізіологічних до потреб росту), реалізує цивілізаційне забезпечення людства з його переважно штучним існуванням і змістовно відповідає філософській категорії позитивної “свободи для” і тому є, по суті, “безпекою для”, а за призначенням споживання – соціально-економічною безпекою.

Безпека безпосередньо не використовується, але слугує “оболонкою” для чогось іншого, яке вже може використовуватися. Звідси соціально-економічна безпека уособлює цивілізаційну стійку нерівновагу сучасного людства щодо природи, гарантує можливість нових форм буття соціуму за умов споживання тільки штучних засобів його забезпечення⁵³.

Другий вектор стосується переважно природного начала цивілізації, це вектор обмеження та регулювання власного саморуйнівного потенціалу культури. Він кореспондується із негативною “свободою від” і має відповідати “безпеці від”, а за цільовим призначенням необхідних заходів – техногенно-екологічній безпеці. Відповідно до чинника системної ієрархічності безпека – це цільовий результат, який необхідно отримувати в певній системі на всіх рівнях. Тривалість означає спроможність системи протягом певного значного періоду часу підтримувати доцільний рівень безпеки, враховуючи умови необхідності та достатності тривалості. Прагматичність пов'язується з тим, що безпека як індикатор сталого розвитку є, по суті, оцінкою існуючого чи можливого стану системи з позицій здорового глузду. Синергетичний чинник у кожний момент часу використовує стан безпеки для формування наступного безпечного стану⁵⁴.

⁵² Б Данилишин та О Веклич, ‘Ефект декаплінгу як фактор взаємозв'язку між економічним зростанням і тиском на довкілля’ (2008) 5 Вісник НАН України 12.

⁵³ С Дорогунцов та О Ральчук та А Федорищева, *Безпека розвитку і безпека стабільності – відповідь на виклики глобалізації* (Знання 2004).

⁵⁴ С Дорогунцов та О Ральчук, ‘Сталий розвиток – цивілізаційний діалог природи і культури’ (2001) 10 Вісник Національної академії наук України 16.

При цьому системно-синергетичний характер забезпечення безпеки через перехід до сталого розвитку не виключає протиріч між основними його складовими, і загальне рішення припускає, що на різних етапах такого переходу на пріоритетне місце буде висуватися яка-небудь одна з них.

Висновки. Проведений аналіз дає змогу зробити висновок, що забезпечення загальної безпеки безпосередньо пов'язано з переходом до сталого розвитку, відповідно, поняття безпеки ґрунтується на концепції сталого розвитку.

“Сталий розвиток” – комплексне поняття, і реалізувати його у будь-якій окремо взятій галузі неможливо. Це можна здійснити лише за умови системного взаємозв'язку між усіма блоками (економічним, соціальним, демографічним, культурологічним, технологічним, технічним, транспортним, екологічним, безпековим тощо) кожної геосоціосистеми.

Звідси, з одного боку, безпека як благо в сталому розвитку набуває комплексного характеру певної гарантованої комфортності людського існування, а з другого – виступає змістовним виміром сталого розвитку. В онтологічному аспекті це означає, що безпека загалом, екологічна безпека зокрема – певна доцільна відстань між людством і природою, яка забезпечує їхній цивілізаційний діалог.

Навіть у межах моделі несталого розвитку необхідним є досягнення певного рівня стабільності й безпеки, для того щоб можна було здійснити перехід до сталого розвитку.

Перехід до сталого розвитку можливий лише в глобальному масштабі, у злагоджено-когерентному режимі всіх об'єктів і суб'єктів безпеки.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Conférence Internationale pour de la Natur, Berne, 17-19 November 1913, Recueil des Procès-Verbaux, 25-26 (in English).
2. Institutional and financial arrangements for international environmental cooperation <[https://undocs.org/en/A/RES/2997\(XXVII\)](https://undocs.org/en/A/RES/2997(XXVII))> accessed 3 May 2018 (in English).
3. Report of the World Commission on Environment and Development “Our Common Future” 1987 UN Doc. A/42/47 (1987) <<http://habitat.igc.org/open-gates/wced-ocf.htm>> accessed 5 May 2018 (in English).
4. Report of the World Commission on Environment and Development “Our Common Future” 1987 UN Doc. A/42/47 (1987) <<http://habitat.igc.org/open-gates/wced-ocf.htm>> accessed 3 May 2018 (in English).
5. Resolution adopted by the General Assembly on 16 September 2005 [without reference to a Main Committee (A/60/L.1)] 60/1. 2005 World Summit Outcome <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/62/PDF/N0548762.pdf?OpenElement>> accessed 5 May 2018 (in English).

6. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development: Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015 [without reference to a Main Committee (A/70/L.1)] 70/1. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement>> accessed 5 May 2018 (in English).
7. Mezhdunarodnaya Khartiya Zemli [The International Earth Charter] <http://www.newlineclub.net/downloads/eci/winter%20school/materials/earth%20charter/Mezhdunarodny_sovet_ECI.pdf> accessed 3 May 2018 (in Russian).
8. Deklaratsiya Konferentsii Organizatsii Ob"edinennykh Natsiy po problemam okruzhayushchey cheloveka sredy, prinyata Konferentsiey Organizatsii Ob"edinennykh Natsiy po problemam okruzhayushchey cheloveka sredy [The Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment Adopted by the United Nations Conference on the Human Environment], Stokgol'm, 1972 <http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declarathenv.shtml> accessed 3 May 2018 (in Russian).
9. Khartiya predprinimatel'skoy deyatel'nosti v interesakh ustoychivogo razvitiya. Printsipy prirodookhrannoy politiki [Business Charter for Sustainable Development. The Environmental Management Policy Principles Adopted at the 64th Session of the Executive Board of the International Chamber], prinyata na 64 sessii ispolnitel'nogo komiteta Mezhdunarodnoy torgovoy palaty 27 noyabrya 1990 goda <<http://www.ecolife.ru/info/docum/glob-5.shtml>> accessed 3 May 2018 (in Russian).

Bibliography

Authored books

10. Andreitsev V, *Pravo ekologichnoi bezpeky [The Right to Environmental Security]* (Znannia-Pres 2002) (in Ukrainian).
11. Annan K, *Predotvrashchenie voyn i bedstviy: global'nyy vyzov rastushchikh masshtabov: Godovoy doklad o rabote OON za 1999 god [Preventing War and Disaster: a Growing Global Challenge 1999 Annual Report on the Work of the Organization]* (2000) (in Russian).
12. Bokov V i Lushchik A, *Osnovy ekologicheskoy bezopasnosti [Fundamentals of Environmental Security]* (SONAT 1998) (in Russian).
13. Dorohuntsov S ta Ralchuk O ta Fedoryshcheva A, *Bezpeka rozvytku i bezpeka stabilnosti – vidpovid na vyklyky hlobalizatsii [Development Security and Stability Security – Responding to Globalization Challenges]* (Znannia 2004) (in Ukrainian).
14. Hryniv L, *Ekologichna ekonomika [Ecological Economy]* (Mahnoliia 2006, 2010) (in Ukrainian).
15. Kachynskiy A, *Ekologichna bezpeka Ukrainy: systemnyi analiz perspektyv pokrashchennia [Environmental Security of Ukraine: System Analysis of Prospects for Improvement]* (NISD 2001) (in Ukrainian).
16. Khylo M, *Ekologichna bezpeka Ukrainy: navchalnyi posibnyk [Environmental Security of Ukraine]* (2017) (in Ukrainian).
17. Khylo M, *Ekologichna polityka [Environmental Policy]* (Abrys 1999) (in Ukrainian).
18. Kravchenko S ta Andrusyevych A ta Bonain Dzh, *Aktualni problemy mizhnarodnoho prava navkolyshnoho seredovyscha [Pressing Issues of International Environmental Law]* (Vydavnychiy tsentr LNU imeni I Franka 2002) (in Ukrainian).
19. Lisin V i Yusfin Yu, *Resurso-ekologicheskie problemy XXI veka i metallurgiya [Resource- and Environment-Related Problems of the XXI century and Metallurgy]* (Vysshaya shkola 1998) (in Russian).
20. Mazaraki A, *Ekonomichna bezpeka Ukrainy v umovakh hlobalizatsiinykh vyklykiv [Economic Security of Ukraine in the Context of Globalization Challenges]* (Kyivskiy natsionalnyi torhivno-ekonomichnyi unt 2010) (in Ukrainian).

21. Oldak P, *Obshchie nachala biosotsial'nykh issledovaniy. Teoriya vzaimosvyazi obshchestvennogo proizvodstva i okruzhayushchey sfery [General Principles of Biosocial Research. Theory of Interrelation of Social Production and Environment]* (NGU 1977) (in Russian).
22. Serov G, *Pravovoe regulirovanie ekologicheskoy bezopasnosti pri osushchestvlenii promyshlennykh i inykh vidov deyatel'nosti [Legal Regulation of Environmental Security in the Exercise of Industrial and Other Activities]* (Os'-89 1998) (in Russian).
23. Vernadskiy V, *Biosfera i noosfera [Biosphere and Noosphere]* (Ayris-press, 2012) (in Russian).
24. Zabota o Zemle. *Strategiya ustoychivogo sushchestvovaniya: rezyume [Taking Care of the Earth. Sustainable Living Strategy: Summary]* (Glan (Shveytsariya) 1991) (in Russian).

Edited books

25. Stiglits Dz, 'Rasshirenie nashogo ponimaniya uyazvimosti' ['Expanding Our Understanding of Vulnerability'] v *Doklad o chelovecheskom razviti 2014. Obespechenie ustoychivogo progressa chelovechestva: Umen'shenie uyazvimosti i formirovanie zhiznestoykosti [Human Development Report 2014. Sustaining Human Progress: Reducing Vulnerabilities and Building Resilience]* (Ves' Mir 2014) <<http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr14-summary-ru.pdf>> data obrashcheniya 30 April 2018 (in Russian).
26. Tur O, 'Efekt dekaplinhu, yak osnova ekolo-ho-oriientovanoho rozvytku Ukrainy' ['Decoupling Effect as the Basis of Eco-Oriented Development of Ukraine'] v Khlobystov Ye (nauk red), *Stalyi rozvytok ta ekolohichna bezpeka suspilstva: teoriia, metodolohiia, praktyka [Sustainable Development and Environmental Security of Society: Theory, Methodology, Practice]* (DU "IEPSR NAN Ukrainy", IPREED NAN Ukrainy, SumDU, NDI SRP 2011) (in Ukrainian).
27. Vasylenko V, 'Geneza, zmist i shliakhy realizatsii kontseptsii mizhnarodnoi ekolohichnoi bezpeky' ['Genesis, Contents and Ways of Implementation of the International Environmental Security Concept'] v *Ekolohichna Konstytutsiia Zemli. Metodolohichni zasady [The Ecological Constitution of the Earth. Methodological Bases]* (RVV NLTU Ukrainy 2011) (in Ukrainian).

Dictionary

28. Reymers N, *Prirodopol'zovanie: slovar'-spravochnik [Environmental Management: Reference Dictionary]* (Rossiya molodaya 1994) (in Russian).

Journal articles

29. Brunnee J and Toope S, 'Environmental Security and Freshwater Resources: A Case for International Ecosystem Law' (1994) 5 Yearbook of Int. Env. Law 46 (in English).
30. Brinchuk M, 'Obespechenie ekologicheskoy bezopasnosti kak pravovaya kategoriya' ['Environmental Security Assurance as a Category of Law'] (2008) 9 Gosudarstvo i pravo 41 (in Russian).
31. Bryhadyr I, 'Shchodo vyznachennia ekolohichnoi bezpeky yak pravovoi katehorii' ['On Defining Environmental Security as a Category of Law'] (2010) 4 Forum prava 112 <<http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10bivjpk.pdf>> accessed 5 May 2018 (in Ukrainian).
32. Butova E, 'Ekologicheskaya bezopasnost' v sisteme natsional'noy bezopasnosti: problemy sovremennogo ponimaniya' ['Environmental Security in the National Security System: Modern Interpretation Issues'] (2016) 6 Voprosy bezopasnosti 98 <http://e-notabene.ru/nb/article_21573.html> accessed 5 May 2018 (in Russian).
33. Danylyshyn B ta Veklych O, 'Efekt dekaplinhu yak faktor vzaiemozviazku mizh ekonomichnym zrostanniam i tyskom na dovkillia' ['Decoupling Effect as a Factor of the Interrelation between Economic Growth and Environmental Pressure'] (2008) 5 Visnyk NAN Ukrainy 12 (in Ukrainian).

34. Dorohuntsov S ta Ralchuk O, 'Stalyi rozvytok – tsyvilizatsiyni dialoh pryrody i kultury' ['Sustainable Development – Civilizational Dialogue of Nature and Culture'] (2001) 10 Visnyk NAN Ukrainy 16 (in Ukrainian).
35. Hulak O, 'Do pytannia pravovoho rehuliuвання zabezpechennia ekolohichnoi bezpeky v Ukraini' ['On the Issue of Legal Regulation of Environmental Security Assurance in Ukraine'] (2016) 2 Mezhdunarodnyi nauchnyi zhurnal 146 (in Ukrainian).
36. Karaieva N ta Levchenko L ta Trokhymenko Ya, 'Analiz pidkhodiv do formuvannia system indyikatoriv staloho rozvytku' ['Analysis of Approaches to the Setup of Sustainable Development Indicator Systems'] (2011) 7 Upravlinnia rozvytkom skladnykh system 126 (in Ukrainian).
37. Kolbasov O, 'Kontseptsiya ekologicheskoy bezopasnosti (yuridicheskyy aspekt)' ['Environmental Security Concept (Legal Aspect)'] (1988) 12 Sovetskoe gosudarstvo i pravo 48 (in Russian).
38. Kostiuchenko V, 'Ekoloho-ekonomichna bezpeka v konteksti natsionalnoho suverenitetu' ['Environmental and Economic Security in the Context of National Sovereignty'] (2013) 1 Visnyk Zhytomyrskoho derzhavnogo tekhnolohichnoho universytetu. Ser.: Ekonomichni nauky 262 (in Ukrainian).
39. Shemshuchenko Yu, 'Ekolohichna Konstytutsiia Zemli: vid idei do praktychnoho vtilennia' ['The Ecological Constitution of the Earth: from Idea to Practical Implementation'] (2007) 9 Visnyk NAN Ukrainy 5 (in Ukrainian).
40. Tunytsia Yu ta Semeniuk E ta Tunytsia T, 'Fakторы hlobalizatsii i stratehiia staloho rozvytku' ['Globalization Factors and Sustainable Development Strategy'] (2004) Visnyk NAN Ukrainy 13 (in Ukrainian).
41. Ursul A, 'Problemy bezopasnosti i ustoychivogo rozvitiya: evolyutsionnyy podkhod i mezhdistsiplinarnye perspektivy' ['Security and Sustainable Development Issues: an Evolutionary Approach and Interdisciplinary Prospects'] (2014) 5 Voprosy bezopasnosti <http://e-notabene.ru/nb/article_14221.html> accessed 5 May 2018 (in Russian).
42. Veber A, 'Poyavitsya li u Rossii strategiya ustoychivogo rozvitiya?' ['Will Russia Have a Sustainable Development Strategy?'] (1999) 10 Obozrevatel – Observer (in Russian).
43. Zahorskyi V ta Lipentsev A ta Borshchuk Ye, 'Hlobalna ekolohichna problema v systemi natsionalnoi bezpeky' ['Global Environmental Challenge in the National Security System'] (2011) 1 Visnyk Natsionalnoi akademii derzhavnogo upravlinnia pry Prezydentovi Ukrainy 79 (in Ukrainian).

Websites

44. Ursul A i Romanovich A, 'Kontseptsiya ustoychivogo rozvitiya i problema bezopasnosti' ['Sustainable Development Concept and the Security Issue'] (*Tsifrovaya biblioteka po filosofii*) <<http://filosof.historic.ru/books/item/f00/s00/z0000706/>> accessed 30 April 2018 (in Russian).
45. 'Navstrechu "zelenoy" ekonomike: puti k ustoychivomu rozvitiyu i iskoreneniyu bednosti – obobshchayushchiy doklad dlya predstaviteley vlastnykh struktur: doklad YuNEP, 2011 g.' ['Towards a Green Economy: Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication – Summary Report for Government Representatives. The UNEP Report, 2011'] (*United Nations Environment Programme*) <www.unep.org/greeneconomy> accessed 5 May 2018 (in Russian).

Conference papers

46. 'Budushchee, kotoroe my khotim' ['Future We Want'] (*Konferentsiya Organizatsii Ob"edinennykh natsiy po ustoychivomu rozvitiyu, Braziliya, Rio-de-Zhaneyro, 20-22 iyunya 2012 g.*) <https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-1-1_russian.pdf> accessed 5 May 2018 (in Russian).

47. 'Tsel' i temy Konferentsii Organizatsii Ob'edinennykh Natsiy po ustoychivomu razvitiyu: doklad General'nogo sekretarya, 2011' ['The Goal and Topics of the United Nations Conference on Sustainable Development. Report of the Secretary-General, 2011'] <<https://undocs.org/ru/A/CONF.216/PC/7>> accessed 5 May 2018 (in Russian).

Thesis abstracts

48. Makhmud A, 'Ekolohichna bezpeka yak predmet polityky mizhnarodnoho spivrobitnytstva' ['Environmental Security as a Subject Matter of International Cooperation Policy'] (avtoref dys kand polit Nauk, In-t derzhavy i prava im V M Koretskoho NAN Ukrainy 2000) (in Ukrainian).

Olha Turchenko

ENVIRONMENTAL SAFETY AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT:
CORRELATION DEPENDENCE

ABSTRACT. Given the acknowledgement of the fact that nature of our planet is not just the physical environment where humans exist, the source of resources for material production and the object of human aesthetic attitude, but above all the basis of existence of life in its entire diversity, environmental safety has been included into the system of overall security.

The purpose of the article is to analyze the doctrine-based approaches to the understanding of the concept "environmental safety" with due regard for the provisions of international regulations, and also to provide substantiation of the relationship and interdependence of environmental safety and sustainable development.

Based on the findings of her research, the author concludes that assurance of safety in general and environmental safety in particular is directly related to the transition to sustainable development, and respectively, the concept of safety is based on the concept of sustainable development.

Hence, on the one part, security as a benefit in sustainable development acquires a complex nature of a certain guaranteed comfort of human existence, and on the other part – it is a meaningful measurement of sustainable development. In the ontological aspect this means that safety is a certain reasonable distance between humans and nature which ensures their civilizational dialogue.

The generalizing characteristic of the state of the system which in its substance is related to its safety, is an indicator, the value of which is synergetically determined by the degree of balance between the interests of components, and anthropocentrically – by the degree of balance between socio-economic and technological-environmental safety.

Even within the framework of the unsustainable development model, a certain level of stability and safety should be achieved in order to make the transition to sustainable development.

The transition to sustainable development is possible only on the global scale, in a coherent regime when all security objects and subjects are in concord.

KEYWORDS: sustainable development; safety; environmental safety; correlational relationship.

III. Економічна діяльність та її правове забезпечення у сучасних ринкових умовах



Анастасія Попова

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри господарського права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(м. Київ, Україна)
avropova@meta.ua

УДК 346.56:346.7

РИНКИ НЕБАНКІВСЬКИХ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ ТА ЇХ ІНСТРУМЕНТИ

АНОТАЦІЯ. Необхідність посилення ролі ринків небанківських фінансових послуг як невід'ємної частини фінансової системи країни зумовлює актуальність цієї статті. Ринки небанківських фінансових послуг функціонують і постійно розвиваються, що зумовлює доцільність дослідження цієї економіко-правової категорії та її інструментів.

Метою статті є аналіз існуючих в економічній і правовій доктрині визначень понять “фінансовий ринок”, “ринок фінансових послуг” і “ринок небанківських фінансових послуг”, а також дослідження співвідношення таких категорій, як “фінансові інструменти”, “фінансові ресурси” і “фінансові активи”.

Запропоновано власне визначення і класифікацію ринків небанківських фінансових послуг.

З огляду на відсутність єдиного підходу до співвідношення фінансового ринку і ринків фінансових послуг, з'ясовано, що: ринок фінансових послуг є частиною, сегментом або самостійною підсистемою фінансового ринку; фінансовий ринок і ринок фінансових послуг мають складний взаємозв'язок, але не включають один одного; поняття “ринок фінансових послуг” є ширшим за поняття “фінансовий ринок”; ці поняття є синонімами.

У результаті проведеного аналізу доктринальних і законодавчих понять запропоновано визначати ринки небанківських фінансових послуг як сегмент фінансового ринку, що складається із системи економіко-правових відносин, які виникають між небанківськими організаціями та іншими учасниками ринку небанківських фінансових послуг щодо надання фінансових послуг (крім банківських), спрямовані на формування і використання власних та (або) залучених фінансових активів у сфері суспільного виробництва, та підлягають державному регулюванню. Пропонується також поділити ринки небанківських фінансових послуг на: ринок послуг із залу-

© Анастасія Попова, 2018

чення фінансових активів із зобов'язанням щодо подальшого їх повернення; ринок послуг із фінансового лізингу; ринок послуг із надання коштів у позику, зокрема й на умовах фінансового кредиту; ринок послуг із надання гарантій та поручительств; ринок страхових послуг; ринок послуг з адміністрування недержавних пенсійних фондів; фондовий ринок; ринок послуг із факторингу; ринок послуг з адміністрування фінансових активів для придбання товарів у групах; ринок послуг з управління майном для фінансування об'єктів будівництва та (або) здійснення операцій з нерухомістю; ринок послуг із довірчого управління фінансовими активами.

Авторка дійшла висновку, що фінансові активи – це особливий вид майна суб'єктів господарювання (кошти, цінні папери, боргові зобов'язання та право вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів), який є об'єктом фінансової послуги.

Ключові слова: фінансовий ринок; ринок фінансових послуг; ринок небанківських фінансових послуг; фінансові інструменти; фінансові ресурси; фінансові активи.

Глобалізація господарських відносин, постійне реформування системи державного регулювання у сфері господарювання негативно впливають на функціонування і розвиток ринків небанківських фінансових послуг. Доцільність зменшення ризиків діяльності суб'єктів господарювання, вирішення проблем розподілу фінансових ресурсів, створення сприятливих умов для інвестування, що забезпечують ринки небанківських фінансових послуг, характеризують безумовну *актуальність цієї статті*.

Дослідження ринків небанківських фінансових послуг як складової фінансового ринку та (або) ринку фінансових послуг здійснювалися в економічних і правових працях таких науковців, як Р. Бачо, К. Клименко, О. Кологойда, К. Масляєва, В. Резнікова, В. Ходаківська, О. Юрчук та ін. Однак більшість наукових праць присвячені розгляду окремих ринків небанківських фінансових послуг, зокрема: страховий ринок досліджувала Н. Пацурія, кредитний ринок – О. Москвічова, В. Опарін та ін.

Загалом ринок небанківських фінансових послуг та його інструменти є предметом переважно економічних досліджень.

Метою дослідження є проаналізувати доктринальні визначення поняття ринків небанківських фінансових послуг, їх видів, інструментів, а також запропонувати власні визначення зазначених категорій.

В умовах ринкової економіки для суб'єктів господарювання основним джерелом вільних грошових коштів для фінансування капіталовкладень є фінансовий ринок.

Фінансовий ринок у загальному вигляді представляє *ринок*, на якому об'єктом купівлі-продажу є різноманітні фінансові інструменти і фінансові послуги. Фінансовий ринок як узагальнене поняття характеризує

велику систему окремих видів фінансових ринків. Зокрема, науковець виділяє такі види фінансових ринків: 1) за видами фінансових активів (інструментів, послуг) розрізняють: страховий, кредитний, валютний, фондовий ринки, ринок золота; 2) за періодом обігу фінансових активів (інструментів): ринок грошей і ринок капіталу; 3) залежно від організаційної форми функціонування: організований (біржовий) ринок і неорганізований (позабіржовий) ринок; 4) за регіональною ознакою: місцевий, регіональний, національний, міжнародний ринки; 5) за умовами обігу фінансових інструментів: первинний і вторинний ринки¹. Деякі вчені фінансовий ринок визначають як *сукупність суспільно-економічних відносин*, що виникають із приводу купівлі і продажу фінансових активів, за допомогою яких здійснюється передача фінансових ресурсів від тих, хто має їх надлишок (інвесторів), до тих, хто відчуває їхній дефіцит (емітентів фінансових активів)². Фінансовий ринок також розглядається як *організована або неформальна система торгівлі* фінансовими інструментами. Фінансовий ринок призначено для встановлення безпосередніх контактів між покупцями та продавцями фінансових ресурсів³. У контексті фінансового посередництва В. Резнікова фінансовий ринок визначає як *механізм*, який зводить продавців фінансових активів із їх покупцями, забезпечує виникнення й функціонування господарських зв'язків між ними, сприяє обміну фінансовими активами, а також як сукупність фінансових інститутів, які забезпечують ефективний перерозподіл фінансових ресурсів від донорів (інвесторів) до реципієнтів⁴.

У сучасній науковій літературі відсутнє єдине розуміння ринку фінансових послуг, про що свідчить різноплановість підходів до його визначення.

За економічною природою ринок фінансових послуг – це динамічна високоорганізована система економіко-правових відносин, пов'язаних із купівлею-продажем (випуском, обігом) фінансових послуг (активів) згідно із заявленим попитом і наявними пропозиціями, а також сукупність фінансових інститутів, які забезпечують усі аспекти взаємовідносин учасників⁵.

Слід зазначити, що:

<...> у сучасному розумінні ринки фінансових послуг є механізмом торгівлі фінансовими активами, обов'язковими ознаками якого є наявність

¹ И Бланк, *Основы финансового менеджмента* (Ника-Центр 1999) 185, 187-195.

² В Базилевич, 'Розвиток фінансового ринку у сучасних умовах' [2009] 12(169) *Фінанси України* 5.

³ М Дмитриев и С Кошечкин, *Финансирование и финансовые аспекты экологии: учебное пособие* (ННГАСУ 2002) 11.

⁴ В Резнікова, 'Теоретичні проблеми регулювання посередництва у сфері господарювання України' (дис д-ра юрид наук, Київський національний університет імені Тараса Шевченка 2011) 376-77.

⁵ О Юрчук, 'Банківська діяльність на ринку фінансових послуг' (автореф дис канд екон наук, 2010) 15.

правил торгівлі, професійних учасників ринку – фінансових установ і розвинутої ринкової інфраструктури, що забезпечує мінімальні витрати й максимальну надійність здійснення угод⁶.

Із позицій теорії господарського права ринок фінансових послуг – це господарські відносини, що виникають між фінансовими посередниками та іншими суб'єктами господарювання щодо розподілу фінансових ресурсів, купівлі-продажу тимчасово вільних грошових коштів і цінних паперів⁷.

Відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг”:

Ринки фінансових послуг – це сфера діяльності учасників ринків фінансових послуг з метою надання та споживання певних фінансових послуг. До ринків фінансових послуг належать професійні послуги на ринках банківських послуг, страхових послуг, інвестиційних послуг, операцій з цінними паперами та інших видах ринків, що забезпечують обіг фінансових активів⁸.

Проблемним є питання співвідношення і підпорядкованості понять “фінансовий ринок” і “ринок фінансових послуг”. Із цього приводу у науковій літературі існує декілька позицій. Так, одні автори вважають ці поняття синонімами та визначають фінансовий ринок (ринок фінансових послуг) як узагальнену назву тих ринків, де проявляються попит і пропозиція на різні фінансові активи (фінансові послуги), як сукупність усіх фінансових активів країни, що є сферою реалізації фінансових активів і фінансових відносин між продавцями та покупцями цих активів⁹. Інші науковці висловлюють точку зору, що поняття “ринок фінансових послуг” є ширшим за поняття “фінансовий ринок”. Зокрема, як вважає В. Опарін, ці два явища мають складний взаємозв'язок. Вони не включаються один до одного, оскільки мають різне призначення і різні сфери. При цьому сфера одного ширша, ніж іншого. Водночас науковець зазначає, що більш узагальнюючим є ринок фінансових послуг і більша частина фінансового ринку належить до нього. Послуги з фінансового посередництва у більшій своїй частині належать до ринку фінансових послуг, при цьому до фінансового ринку можуть і не відноситись. Виняток становлять операції купівлі-продажу фінан-

⁶ Віталій Опришко (ред), *Господарське право: підручник* (КНЕУ 2011) 67.

⁷ Резнікова (н 4) 379.

⁸ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12 липня 2001 р. № 2664-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 1. Ст. 1.

⁹ В Ходаківська та В Беляєв, *Ринок фінансових послуг: теорія і практика: навчальний посібник* (ЦУЛ 2002) 19.

сових ресурсів, які можуть здійснюватися безпосередньо між продавцем і покупцем, наприклад, придбання акцій інвестором безпосередньо в емітента. Подібні операції є складовою функціонування фінансового ринку, але не належать до ринку фінансових послуг, оскільки послуга як така відсутня. Водночас різноманітні операції банків із векселями (авалювання, акцептування, інкасування), операції з перевідступлення боргу (факторинг, форфейтинг) відносять до ринку фінансових послуг, але вони не належать до фінансового ринку¹⁰. Існує також точка зору, згідно з якою ринок фінансових послуг є частиною, сегментом або самостійною підсистемою фінансового ринку. Так, ринок фінансових послуг – це самостійний структурний елемент фінансового ринку, який опосередковує процес трансформації фінансових ресурсів в інвестиційний капітал шляхом взаємодії фінансових посередників із прямими учасниками фінансових операцій – власниками й реципієнтами фінансових ресурсів і ґрунтується на оформлених відповідно до чинного законодавства договорах про надання фінансових послуг і принципах економічної доцільності¹¹. Фінансовий ринок включає в себе різноманітні сегменти (валютний ринок, ринок цінних паперів, кредитний ринок та ринок фінансових послуг)¹².

Висловлюються також позиції, що фінансовий ринок і ринок фінансових послуг мають складний взаємозв'язок, але не включаються один до одного¹³, і необґрунтовано їх визначати як складові чи однозначні поняття, оскільки кожна з них характеризує певне поле різноманітних видів діяльності у фінансовій сфері¹⁴.

З огляду на це, у спеціальній літературі ринок небанківських фінансових послуг розглядається як складова фінансового ринку або ринку фінансових послуг.

Так, С. Юрій розглядає ринок небанківських фінансових послуг як структурний елемент ринку фінансових послуг, який є органічною складовою фінансової системи держави, що вирізняється як організаційною (зовнішньою) формою прояву, так і інституційною (внутрішнім змістовим наповненням) специфікою¹⁵.

¹⁰ В Опарін, *Фінанси (загальна теорія): навчальний посібник* (2-ге вид, доп і перероб, КНЕУ 2002).

¹¹ К Масляєва, *Господарсько-правове забезпечення функціонування ринку фінансових послуг України: монографія* (ФІШН 2010) 33.

¹² Ж Лисенко, 'Фінансовий ринок України – стан, тренди та напрями розвитку' (2014) 6 *Ефективна економіка* <<http://www.economy.nauka.com.ua/?op=1&z=3126>> дата звернення 5 Травень 2018.

¹³ О Кологойда, *Господарсько-правове регулювання фондкових відносин в Україні: монографія* (Ліра-К 2015) 16.

¹⁴ П Юхименко, *Теорія фінансів: підручник* (Федосов В ред, Центр учбової літератури 2010) 17.

¹⁵ С Юрій та О Луцишин, 'Ринок фінансових послуг як інституційна основа ринкової економіки' (2010)

11 Фінанси України 48.

Деякі економісти розглядають ринок небанківських фінансових послуг як невід'ємний елемент (сегмент) фінансового ринку¹⁶.

Категорія “ринок небанківських фінансових послуг” з'явилася у результаті поділу ринків фінансових послуг залежно від того, чи надається фінансова послуга банківськими чи небанківськими організаціями.

Хотілося б звернути увагу на відповідність назви ринку його змісту, оскільки критерієм, за яким виділяють ринки небанківських фінансових послуг, є суб'єкт таких послуг – надаються небанківськими організаціями. З огляду на це, такий ринок доцільніше називати ринком фінансових послуг небанківських організацій. У свою чергу назві “ринки небанківських фінансових послуг” більше відповідає інший критерій – характеристика фінансових послуг, що надаються суб'єктами ринку. Тобто до ринків небанківських фінансових послуг належать ринки, на яких надаються всі фінансові послуги, крім банківських, що відповідно до ст. 47 Закону України “Про банки і банківську діяльність”¹⁷ дозволяється надавати виключно банкам.

В економічній літературі традиційно ринок небанківських фінансових послуг визначають через систему економічних відносин між небанківськими фінансовими установами щодо розподілу та перерозподілу фінансових ресурсів¹⁸. Ринок небанківських фінансових послуг також розглядають як один із механізмів залучення, розподілу і перерозподілу фінансових ресурсів¹⁹.

Серед ринків небанківських фінансових послуг виділяють ринок кооперативного кредитування (суб'єктами якого є кредитні спілки та інші кредитні установи); ринок страхових послуг; ринок недержавних пенсійних послуг; ринок лізингових послуг²⁰.

Ринки небанківських фінансових послуг також поділяються за ознаками послуг, що надаються, зокрема: на страховому ринку – це послуги щодо страхування відповідальності, майна тощо; на кредитному – послуги кредитних спілок, ломбардів, лізингових компаній та ін.

¹⁶ Р Бачо, ‘Державне регулювання ринків небанківських фінансових послуг України: ретроспективний аналіз’ [2014] 4(47) Теорія та практика державного управління 186; К Клименко та І Колосов, ‘Напрями реформування державного регулювання ринку небанківських фінансових послуг в Україні’ [2017] 2(79) Ринок фінансових послуг 99.

¹⁷ Про банки і банківську діяльність: Закон України від 7 грудня 2000 р. № 2121-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 5-6. Ст. 30.

¹⁸ О Конарівська, ‘Формування і реалізація стратегії економічного розвитку ринку небанківських фінансових послуг’ [2015] 1(69) Вісник Національного університету водного господарства та природокористування Серія “Економіка” 218.

¹⁹ Клименко та Колосов І (н 16) 99.

²⁰ В Левченко, ‘Ринок небанківських фінансових послуг України: поточний стан і перспективи розвитку’ в *Збірник наукових праць ДВНЗ “Українська академія банківської справи НБУ”* (Українська академія банківської справи Національного банку України 2010) 379-393.

Зокрема, кредитний ринок розглядають як специфічну сферу грошового та (або) фінансового ринків²¹, як певний механізм взаємодії між суб'єктами ринку²².

Н. Пацурія, досліджуючи страховий ринок і ринок страхових послуг, слушно не ототожнює ці категорії. За визначенням авторки:

Ринок страхових послуг – це система особливих економіко-правових відносин щодо надання страхових послуг між суб'єктами страхової діяльності та учасниками страхових відносин у сфері господарювання, що виникають з приводу задоволення потреб заінтересованих осіб у захисті своїх майнових інтересів, за рахунок страхових фондів, які формуються шляхом сплати страхових платежів на підставі закону або договору страхування та підлягають державному регулюванню²³.

Зазначені класифікації ринків небанківських фінансових послуг є неповними, оскільки відображають лише окремі його складові.

На підставі аналізу чинного законодавства залежно від виду небанківської фінансової послуги пропонуємо поділити ринки небанківських фінансових послуг на: ринок послуг із залучення фінансових активів із зобов'язанням щодо наступного їх повернення; ринок послуг із фінансового лізингу; ринок послуг із надання коштів у позику, зокрема й на умовах фінансового кредиту; ринок послуг із надання гарантій та поручительств; ринок страхових послуг; ринок послуг з адміністрування недержавних пенсійних фондів; фондовий ринок; ринок послуг із факторингу; ринок послуг з адміністрування фінансових активів для придбання товарів у групах; ринок послуг з управління майном для фінансування об'єктів будівництва та (або) здійснення операцій із нерухомістю відповідно; ринок послуг із довірчого управління фінансовими активами.

Ринок небанківських фінансових послуг як складова фінансового ринку опосередковує рух реальних фінансових ресурсів, об'єктом обміну на ньому виступають фінансові активи, які є однією з форм реалізації фінансових інструментів²⁴.

У чинному законодавстві Україні термін “фінансові ресурси” використовується досить часто, але у кожному випадку відсутнє його тлумачення. Щодо визначення сутності фінансових ресурсів серед учених

²¹ В Опарін, *Фінансова система України (теоретико-методологічні аспекти): монографія* (КНЕУ 2005) 150; О Москвічова, ‘Державне регулювання кредитних послуг в умовах банківської кризи’ (дис канд економ наук, Львівський національний університет імені Івана Франка 2014) 14.

²² С Маслова та О Опалов, *Фінансовий ринок: навчальний посібник* (Каравела 2004) 27.

²³ Н Пацурія, *Страхові правовідносини у сфері господарювання: проблеми теорії і практики: монографія* (Аспект-Поліграф 2013) 84-5.

²⁴ Базилевич (н 2) 5.

і практиків також немає єдиної позиції. Сформувався два основні підходи до визначення складу фінансових ресурсів, зокрема фінансових ресурсів підприємств. Згідно з першим, фінансові ресурси – це кошти (фонди, накопичення, нагромадження, доходи), наявні у розпорядженні підприємств. Зокрема, фінансовими ресурсами підприємства називають грошові кошти, що перебувають у розпорядженні підприємства на постійній або тимчасовій основі. Фінансові ресурси є капіталом у грошовій формі, а активи відображають капітал у його речовій (матеріальній або нематеріальній) формі²⁵. У свою чергу О. Василик і К. Павлюк характеризують фінансові ресурси як грошові нагромадження і доходи (грошові фонди), що створюються у процесі розподілу, перерозподілу й використання валового внутрішнього продукту для забезпечення задоволення суспільних потреб²⁶. Представники другого підходу висловлюють думку щодо фінансових ресурсів у формі, відмінній від грошової. Так, В. Опарін визначає, що фінансові ресурси – це сума коштів, спрямованих в основні та оборотні засоби підприємства²⁷. Н. Остап'юк та О. Процюк у своєму дослідженні злочинів у сфері господарської діяльності відповідно до Кримінального кодексу України пояснюють особливу увагу до цього виду засобів господарювання тим, що саме фінансові ресурси у переважній більшості є джерелом здобуття підприємством усіх інших видів ресурсів і саме наявність грошових коштів є ознакою ліквідності підприємства та вказує на рівень платоспроможності. Вони пропонують визначати фінансові ресурси підприємства як грошові кошти або їхні еквіваленти в різних формах, якими володіє підприємство та які можуть бути спрямовані на виконання різних зобов'язань²⁸.

Фінансові ресурси також розглядаються як 'сукупність цільових фондів грошових ресурсів держави, необхідних для її функціонування'²⁹.

Одним із дискусійних питань у науковій літературі є співвідношення понять "фінансові інструменти", "фінансові ресурси" і "фінансові активи". У зв'язку з цим доцільним вважається з'ясування правової сутності кожної із зазначених вище категорій.

Такий суто економічний термін, як "фінансовий інструмент", знайшов своє закріплення передусім у бухгалтерському законодавстві. Так, відповідно до наказу Міністерства фінансів України "Про затвердження Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 13 'Фінансові інструменти'"

²⁵ В Шелудько, *Фінансовий менеджмент: підручник* (2-ге вид стер, Знання 2013) 21-2.

²⁶ О Василик, *Теорія фінансів: підручник* (НІОС 2000) 74; К Павлюк, *Фінансові ресурси держави: монографія* (НІОС 1997) 24.

²⁷ Опарін (н 10) 79.

²⁸ Н Остап'юк та О Процюк, 'Фінансові ресурси як предмет злочину: економіко-правовий аналіз' [2014] 2(14) *Фінансовий простір* 125.

²⁹ А Зюнькін, *Фінансове право: Опорний конспект лекцій* (3-тє вид доп, МАУП 2003) 11.

(далі – П(С)БО 13), ‘фінансовий інструмент – це контракт, який одночасно приводить до виникнення (збільшення) фінансового активу в одного підприємства і фінансового зобов’язання або інструмента власного капіталу в іншого’ (п. 4); ‘фінансові інструменти в бухгалтерському обліку поділяються на фінансові активи, фінансові зобов’язання, інструменти власного капіталу і похідні фінансові інструменти’ (п. 5)³⁰. Проте стандарти обліку в Україні і світі мають певні розбіжності, які поширюються й на поняття фінансових інструментів, їх класифікацію. У зв’язку з цим доречно зазначити про положення міжнародних стандартів фінансової звітності (далі – МСФЗ). Основними МСФЗ, що регулюють облік та обіг фінансових інструментів, є Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 32 (далі – МСБО 32) “Фінансові інструменти: розкриття і подання”³¹ та Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 39 (далі – МСБО 39) “Фінансові інструменти: визнання та оцінка”³². Відповідно до § 11 МСБО 32 ‘фінансовий інструмент – це будь-який контракт, який приводить до виникнення фінансового активу у одного суб’єкта господарювання та фінансового зобов’язання або інструмента капіталу у іншого суб’єкта господарювання’³³. При цьому варто зауважити, що йдеться про ті договірні відносини, на підставі яких виникають саме зобов’язання фінансового характеру. З точки зору емітента фінансові інструменти поділяються на: фінансові активи (*financial assets*); фінансові зобов’язання (*financial liabilities*); інструменти власного капіталу (згідно з термінологією МСБО – пайові інструменти (*equity instruments*)). Основною відмінністю від П(С)БО 13 є те, що похідні фінансові інструменти не виділяються окремо, а входять до складу фінансових активів суб’єкта господарювання. Відповідно до § 11 МСБО 32:

Фінансовий актив – це будь-який актив, що є: а) грошовими коштами; б) інструментом власного капіталу іншого суб’єкта господарювання; в) контрактним правом: і) отримувати грошові кошти або інший фінансовий актив від іншого суб’єкта господарювання, або ii) обмінювати фінансові інструменти з іншим суб’єктом господарювання за умов, які є потенційно сприятливими, або г) контрактом, розрахунки за яким здійснюватимуться або можуть здійснюватися власними інструментами капіталу суб’єкта господарювання та який є: і) непохідним інструментом, за який суб’єкт господарювання зобов’язаний або може бути зобов’я-

³⁰ Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 13 “Фінансові інструменти”: наказ Міністерства фінансів України від 30 листопада 2001 р. *Офіційний вісник України*. 2001. № 52.

³¹ Фінансові інструменти: розкриття і подання: Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 32 (МСБО 32) від 1 січня 2012 р. http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_029 (дата звернення: 05.05.2018).

³² Фінансові інструменти: визнання та оцінка: Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 39 від 1 січня 2012 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_015 (дата звернення: 05.05.2018).

³³ Фінансові інструменти: розкриття і подання (п. 31).

заний отримати змінну кількість власних інструментів капіталу, або ii) похідним інструментом, розрахунки за яким здійснюватимуться або можуть здійснюватися іншим чином, ніж обміном фіксованої суми грошових коштів або іншого фінансового активу на фіксовану кількість власних інструментів капіталу³⁴.

Визначення фінансового інструмента також надається у п. 20 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”:

Фінансові інструменти – цінні папери, строкові контракти (ф’ючерси), відсоткові строкові контракти (форварди), строкові контракти на обмін (на певну дату в майбутньому) у разі залежності ціни від відсоткової ставки, валютного курсу або фондового індексу (відсоткові, курсові чи індексні свопи), опціони, що дають право на купівлю або продаж будь-якого із зазначених фінансових інструментів, у тому числі тих, що передбачають грошову форму оплати (курсіві та відсоткові опціони)³⁵.

Розглянемо проблему доктринального визначення фінансового інструмента на основі різних дефініцій, що наводяться у літературі. Так, фінансові інструменти визначають як: різноманітні види ринкового фінансового продукту; документи, що підтверджують грошові зобов’язання або вкладення у капітал емітента, мають грошову вартість і можуть обернутися на фінансовому ринку³⁶; різноманітні фінансові документи³⁷. Існує думка, згідно з якою фінансові інструменти також визначаються як документи, які, по-перше, підтверджують факт укладення разової цивільно-правової угоди відповідно і на умовах, визначених в організаційному договорі, а по-друге, встановлюють конкретні кількісні параметри укладеної угоди (тобто конкретизують умови цього разового правовідношення). Такі угоди (своп, форвард, розрахунковий форвард, репо), зафіксовані у письмовій формі на практиці професійних учасників ринку, отримали назву “фінансові інструменти”³⁸. У свою чергу В. Суторміна зазначає, що за допомогою діяльності фінансових інститутів фінансові фонди перетворюються у капітал і можуть інвестуватися у фінансові активи, тобто у фінансові інструменти³⁹. Таким чином, авторка ототожнює ці категорії (фінансові інструменти і фінансові

³⁴ Фінансові інструменти: розкриття і подання (н 31).

³⁵ Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 31. Ст. 268.

³⁶ А Загородній та Г Вознюк, *Фінансово-економічний словник* (Знання 2007) 365.

³⁷ Ходаківська та Беляєв (н 9) 23.

³⁸ Н Семилютіна, *Российский рынок финансовых услуг (формирование правовой модели)* (Волтерс Клувер 2005) 45.

³⁹ В Суторміна, *Правовое обеспечение функционирования финансового рынка в Украине* (Национальная академия управления 1999) 4.

активи). Деякі науковці стверджують, що фінансовий інструмент – це результат здійснення фінансового продукту в процесі комерційних взаємовідносин учасників фінансових ринків. А під фінансовим продуктом розуміють певну споживчу вартість, що характеризується суттєвими властивостями фінансів, зумовлює попит і пропозицію учасників ринку і відповідно призначена як товар для купівлі-продажу. Фінансові продукти в процесі їхньої реалізації виступають в якості фінансових інструментів – особливого фінансового товару⁴⁰.

З огляду на чинне законодавство, одним зі складових елементів фінансових інструментів є фінансові активи. Сьогодні як у нормативно-правових актах, так і в науковій літературі відсутнє єдине розуміння цього терміна. Певні законодавчі визначення фінансових активів вже наводилися у процесі аналізу інших категорій ринку небанківських фінансових послуг.

Поняття фінансового активу досліджується не лише як економічна чи категорія фінансового і банківського права, а й як приватноправова категорія. Деякі науковці визначають фінансові активи як специфічні неречові активи, що являють собою законні вимоги власників цих активів на отримання певного, як правило, грошового доходу в майбутньому, і за допомогою яких здійснюється передавання фінансових ресурсів від інвесторів, до споживачів інвестицій⁴¹. Інші дослідники фінансові активи, в основі яких лежить певний грошовий капітал, пропонують розглядати як 'засоби накопичення вартості, тобто об'єкти, що мають споживчу та мінову вартість і, знаходячись у власності конкретних суб'єктів, здатні приносити їм в майбутньому прибуток або інші доходи'⁴². Фінансові активи також відносять до категорії нематеріальних активів, що опосередковують відносини між кредитором і боржником та є правами вимоги кредитора до боржника щодо здійснення певного виконання (як правило, в грошовій формі) у майбутньому⁴³.

Висновки. Проаналізувавши зазначені вище наукові підходи й основні ознаки ринків небанківських фінансових послуг, можна дати таке визначення цьому поняттю: *ринки небанківських фінансових послуг* – це сегмент фінансового ринку, що складається із системи економіко-правових відносин, які виникають між небанківськими організаціями та іншими учасниками ринку небанківських фінансових послуг щодо надання фінансових послуг (крім банківських), спрямовані на формування і ви-

⁴⁰ А Фельдман, *Производные финансовые инструменты: учебник* (Финансы и статистика 2003) 8.

⁴¹ Шелудько, *Фінансовий ринок: підручник* (2-ге вид стер, Знання 2008) 29.

⁴² Масляева (н 11) 24.

⁴³ О Виговський, 'Поняття та сутність фінансовий активів як приватноправової категорії' (2015) 7-8 Юридика Україна 56.

користання власних та (або) залучених фінансових активів у сфері суспільного виробництва, та підлягають державному регулюванню.

Ґрунтуючись на загальних положеннях теорії господарського права і на основі аналізу чинного законодавства, можемо запропонувати розглядати *фінансові активи* як особливий вид майна суб'єктів господарювання (кошти, цінні папери, боргові зобов'язання та право вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів), який є об'єктом фінансової послуги.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Finansovi instrumenty: rozkryttia i podannia: Mizhnarodnyi standart bukhhaltenskoho obliku 32 (MSBO 32) [Financial Instruments: Disclosures and Submissions: International Accounting Standard 32 (IAS 32)] vid 1 sichnia 2012 r. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_029 (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
2. Finansovi instrumenty: vyznannia ta otsinka: Mizhnarodnyi standart bukhhaltenskoho obliku 39 [Financial Instruments: Recognition and Measurement: International Accounting Standard 39] vid 1 sichnia 2012 r. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_015 (accessed: 05.05.2018) (in Ukrainian).
3. Polozhennia (standart) bukhhaltenskoho obliku 13 "Finansovi instrumenty" [Accounting Provision (Standard) 13 "Financial Instruments"]: nakaz Ministerstva finansiv Ukrainy [Order of the Finance Ministry of Ukraine] vid 30 lystopada 2001 r. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*. 2001. № 52 (in Ukrainian).
4. Pro banky i bankivsku diialnist [About Banks and Banking]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 7 hrudnia 2000 r. № 2121-III. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2001. № 5-6. St. 30 (in Ukrainian).
5. Pro finansovi posluhy ta derzhavne rehuliuвання ryнкiv finansovykh posluh [On Financial Services and the State Regulation of Financial Services Markets]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 12 lypnia 2001 r. № 2664-III. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2002. № 1. St. 1 (in Ukrainian).
6. Pro tsinni papery ta fondovyi rynek [On Securities and the Stock Market]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 23 liutoho 2006 r. № 3480-IV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2006. № 31. St. 268 (in Ukrainian).

Authored books

7. Blank I, *Osnovy finansovogo menedzhmenta [Fundamentals of Financial Management]* (Nika-Tsentr 1999) (in Ukrainian).
8. Dmitriev M i Koshechkin S, *Finansirovanie i finansovye aspekty ekologii: uchebnoe posobie [Financing and Financial Aspects of the Environmental Science: Textbook]* (NNGASU 2002) (in Russian).
9. Fel'dman A, *Proizvodnye finansovye instrumenty: uchebnik [Derivative Financial Instruments: Textbook]* (Finansy i statistika 2003) (in Russian).
10. Khodakivska V ta Bieliaiev V, *Rynek finansovykh posluh: teoriia i praktyka: navchalnyi posibnyk [Financial Services Market: Theory and Practice]* (TsUL 2002) (in Ukrainian).

11. Kolohoida O, *Hospodarsko-pravove rehuliuвання fondovykh vidnosyn v Ukraini: monohrafiia* [Regulation of Stock Relations in Ukraine under Economic Law: Monograph] (Lira-K 2015) (in Ukrainian).
12. Masliaieva K, *Hospodarsko-pravove zabezpechennia funktsionuvannia rynku finansovykh posluh Ukrainy: monohrafiia* [Support of Functioning of Ukraine's Financial Services Market under Economic Law: Monograph] (FShN 2010) (in Ukrainian).
13. Maslova S ta Opalov O, *Finansovyi rynek: navchalnyi posibnyk* [Financial Market: Training Manual] (Karavela 2004) (in Ukrainian).
14. Oparin V, *Finansova systema Ukrainy (teoretyko-metodolohichni aspekty): monohrafiia* [Financial System of Ukraine (Theoretical and Methodological Aspects): Monograph] (KNEU 2005) (in Ukrainian).
15. Oparin V, *Finansy (zahalna teoriia): navchalnyi posibnyk* [Finance (General Theory): Training Manual] (2-he vyd, dop i pererob, KNEU 2002) (in Ukrainian).
16. Patsuriia N, *Strakhovi pravovidnosyny u sferi hospodariuvannia: problemy teorii i praktyky: monohrafiia* [Insurance Legal Relations in the Economic Activity Sector: Issues of Theory and Practice: Monograph] (Aspekt-Polihraf 2013) (in Ukrainian).
17. Pavliuk K, *Finansovi resursy derzhavy: monohrafiia* [Financial Resources of the State: Monograph] (NIOS 1997) (in Ukrainian).
18. Semilyutina N, *Rossiyskiy rynek finansovykh uslug (formirovanie pravovoy modeli)* [The Russian Market of Financial Services (Shaping of a Legal Model)] (Volters Kluver 2005) (in Russian).
19. Sheludko V, *Finansovyi menedzhment: pidruchnyk* [Financial Management: Textbook] (2-he vyd, ster, Znannia 2013) (in Ukrainian).
20. Sheludko V, *Finansovyi rynek: pidruchnyk* [Financial Market: Textbook] (2-he vyd, ster, Znannia 2008) (in Ukrainian).
21. Sutormina V, *Pravovoe obespechenie funktsionirovaniya finansovogo rynku v Ukraine* [Legal Support of Functioning of the Financial Market in Ukraine] (Natsional'naya akademiya upravleniya 1999) (in Russian).
22. Vasylyk O, *Teoriia finansiv: pidruchnyk* [Theory of Finance: Textbook] (NIOS 2000) (in Ukrainian).
23. Zahorodnii A ta Vozniuk H, *Finansovo-ekonomichni slovnyk* [Dictionary of Finance and Economics] (Znannia 2007) (in Ukrainian).
24. Ziunkin A, *Finansove pravo: Opornyi konspekt leksii* [Financial Law: Basic Notes of Lectures] (3-tie vyd, dop, MAUP 2003) (in Ukrainian).

Edited books

25. Levchenko V, 'Rynek nebankivskykh finansovykh posluh Ukrainy: potochnyi stan i perspektyvy rozvytku' ['Non-Bank Financial Services Market of Ukraine: Current Situation and Development Prospects'] v *Zbirnyk naukovykh prats DVNZ "Ukrainska akademiia bankivskoi spravy NBU"* [Collection of Scientific Works of the "Ukrainian Academy of Banking of the NBU"] (Ukrainska akademiia bankivskoi spravy Natsionalnoho banku Ukrainy 2010) (in Ukrainian).
26. Opryshko V (red), *Hospodarske pravo: pidruchnyk* [Economic Law: Textbook] (KNEU 2011) (in Ukrainian).
27. Yukhymenko P, *Teoriia finansiv: pidruchnyk* [Theory of Finance: Textbook] (Fedosov V red, Tsentр uchbovoi literatury 2010) (in Ukrainian).

Journal articles

28. Bacho R, 'Derzhavne rehuliuвання ryнкiv nebankivskykh finansovykh posluh Ukrainy: retrospektyvnyi analiz' ['State Regulation of Non-Bank Financial Services Markets

- in Ukraine: a Retrospective Analysis'] [2014] 4(47) Teoriia ta praktyka derzhavnoho upravlinnia 186 (in Ukrainian).
29. Bazylevych V, 'Rozvytok finansovoho rynku u suchasnykh umovakh' ['Development of the Financial Market under Modern Conditions'] [2009] 12(169) Finansy Ukrainy 5 (in Ukrainian).
 30. Klymenko K ta Kolosov I, 'Napriamy reformuvannia derzhavnoho rehuliuвання rynku nebankivskykh finansovykh posluh v Ukraini' ['Areas for Reforms of the State Regulation of the Non-Bank Financial Services Market in Ukraine'] [2017] 2(79) Rynok finansovykh posluh 99 (in Ukrainian).
 31. Konarivska O, 'Formuvannia i realizatsiia stratehii ekonomichnoho rozvytku rynku nebankivskykh finansovykh posluh' ['Formation and Implementation of the Economic Development Strategy for the Non-Bank Financial Services Market'] [2015] 1(69) Visnyk Natsionalnoho universytetu vodnoho hospodarstva ta pryrodokorystuvannia Seriia "Ekonomika" 218 (in Ukrainian).
 32. Lysenko Zh, 'Finansovi rynek Ukrainy – stan, trendy ta napriamy rozvytku' ['Financial Market of Ukraine: Current Situation, Trends and Development Targets'] (2014) 6 Efektyvna ekonomika <<http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=3126>> accessed 5 May 2018 (in Ukrainian).
 33. Ostapiuk N ta Protsiuk O, 'Finansovi resursy yak predmet zlochyynu: ekonomiko-pravovyi analiz' ['Financial Resources as a Target of Crime: Economic and Legal Analysis'] [2014] 2(14) Finansovi prostir 125 (in Ukrainian).
 34. Vyhovskyi O, 'Poniattia ta sutnist finansovi aktyviv yak pryvatnopravovoi katehorii' ['The Concept and Essence of Financial Assets as a Category under Private Law'] (2015) 7-8 Yurydychna Ukraina 56 (in Ukrainian).
 35. Yurii S ta Lutsyshyn O, 'Rynok finansovykh posluh yak instytutsiina osnova rynkovoї ekonomiky' ['Financial Services Market as the Institutional Basis of a Market Economy'] (2010) 11 Finansy Ukrainy 48 (in Ukrainian).

Thesis abstracts

36. Yurchuk O, 'Bankivska diialnist na rynku finansovykh posluh' ['Banking in the Financial Services Market'] (avtoref dys kand ekon nauk, 2010) (in Ukrainian).

Dissertations

37. Moskvichova O, 'Derzhavne rehuliuвання kredytnykh posluh v umovakh bankivskoi kryzy' ['State Regulation of Loan Services in the Situation of a Banking Crisis'] (dys kand ekonom nauk, Lvivskiy natsionalnyi universytet imeni Ivana Franka 2014) (in Ukrainian).
38. Rieznikova V, 'Teoretychni problemy rehuliuвання poserednytstva u sferi hospodariuvannia Ukrainy' ['Theoretical Issues of Regulating Mediation in the Economic Activity Sector of Ukraine'] (dys d-ra yuryd nauk, Kyivskiy natsionalnyi universytet imeni Tarasa Shevchenka 2011) (in Ukrainian).

MARKETS OF NON-BANK FINANCIAL SERVICES
AND THEIR INSTRUMENTS

ABSTRACT. Our article ensues from the need for enhancement of the role played by non-bank financial services markets as an integral part of our country's financial system. The markets of non-bank financial services are functioning and constantly developing, and this necessitates a research into this economic and legal category and its instruments.

The purpose of the article is to analyze the definitions such concepts as "financial market", "financial services market" and "non-bank financial services market" existing in the economic and legal doctrine, as well as to study the correlation of such categories as "financial instruments", "financial resources" and "financial assets".

The author proposes own definition and classification of non-bank financial services markets.

Given that currently no unified approach exists regarding the correlation of the financial market with the financial services markets, it is established that the financial services market is a part, a segment or a standalone subsystem of the financial market; the financial market and the financial services market are interrelated in a complex manner, but are not included into each other; the concept of "financial services market" is broader than the concept of "financial market"; these concepts are synonymous.

As a result of the analysis of doctrinal and legislative concepts made by the author, it is proposed to define the markets of non-bank financial services as a segment of the financial market consisting of a system of economic and legal relations which arise between non-bank organizations and other participants of the non-bank financial services market in the context of financial services rendered (except banking services), and which are aimed at forming and using of own and/or raised financial assets in the social production domain and which are subject to regulation by the State. It is also proposed to divide the markets of non-bank financial services into the market of services for raising financial assets under an obligation of their subsequent repayment; the market of financial leasing services; the market of money lending services, including under the terms of a financial loan; the market of services of providing guarantees and sureties; the market of insurance services; the market of non-state pension funds administration; the stock market; the market of factoring services; the market of financial assets administration for purchase of goods by groups; the market of property management services for financing of construction projects and/or real estate transactions; the market of financial assets trust management.

The author came to the conclusion that financial assets are a special type of business entity's property (money, securities, debt obligations and the right of debt claim which are not classified as securities) which is the object of a financial service.

KEYWORDS: financial market; market of financial services; market of non-bank financial services; financial instruments; financial resources; financial assets.



Віталій Олюха

доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри конституційного, міжнародного
та приватного права Криворізького факультету
Національного університету “Одеська юридична академія”
(м. Кривий Ріг, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3339-1154>
advokat_vo@ukr.net

УДК 346.1

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АУТСОРСИНГУ

АНОТАЦІЯ. Сучасним засобом організації структурної моделі підприємства є аутсорсинг. Проте позитивно впливати на показники економічної діяльності суб'єкта господарювання він може лише за умови належної підготовки бізнес-проекту щодо нього, зокрема й такої важливої складової, як господарсько-правове забезпечення запровадження аутсорсингу. На законодавчому рівні регулювання аутсорсингу практично відсутнє. Звідси – необхідність окреслення доцільних інструментів правового регулювання аутсорсингових відносин на мікроекономічному рівні.

Метою статті є визначення та сутнісна характеристика найбільш доцільних правових засобів у механізмі господарсько-правового регулювання аутсорсингових відносин вітчизняних корпорацій.

Встановлено, що аутсорсинг поділяється на договірний та інституційно-договірний. Наведено аргументи на користь господарсько-правової природи договору аутсорсингу та заперечено наявність у ньому елементів цивільних або трудових договорів. Запропоновано авторське бачення його змісту.

Також розглянуто й інші господарсько-правові засоби, що забезпечують оптимізаційний вплив аутсорсингу: господарсько-управлінські акти індивідуальної дії, локальні акти, інституційні засоби у формі корпоратизації. Визначені органи в акціонерному товаристві та товаристві з обмеженою відповідальністю, які мають право приймати рішення щодо запровадження аутсорсингу, та окреслено їх компетенцію у цьому питанні. Можливим інституційним варіантом створення підприємства-аутсорсера є виокремлення певного структурного підрозділу та передання йому за розподільним балансом частини майна, прав та обов'язків корпорації.

Автор доходить висновку, що в процесі запровадження аутсорсингу підприємство-замовник та новоутворені підприємства-аутсорсери можуть об'єднатись в асоціацію або утворити холдингову групу. У решті видів об'єднань правовий зв'язок між його членами не відповідає суті аутсорсингових зв'язків, а тому автором заперечено можливість використання таких конструкцій в аутсорсингових відносинах.

Локальні акти можуть встановлювати регулювання відносин зі збереження комерційної таємниці, безпечного виконання робіт, пропускового режиму, організації взаємодії між персоналом замовника та аутсорсера. Хоча вони й допоміжні, але є

© Віталій Олюха, 2018

Віталій Олоха

важливими господарсько-правовими засобами для належного запровадження аутсорсингу.

Ключові слова: аутсорсинг; договір аутсорсингу; аутсорсингові відносини; господарсько-правові засоби; локальні акти.

Одним із інструментів управління підприємством, що здатен знизити трансакційні витрати та на цій основі підвищити прибутковість господарської діяльності, є аутсорсинг. Також його застосування дає змогу сконцентруватись на виконанні основного виду господарської діяльності, передавши певні непрофільні функції спеціалізованому підприємству. Проте позитивний ефект від встановлення аутсорсингових відносин у діяльності господарюючого суб'єкта можливий тільки за умови належної підготовки економічної складової проекту, розробки всіх етапів переходу до нової системи, а також правильне обрання відповідних правових засобів, що забезпечують такі процеси. Останні є його важливою частиною з огляду на практичну відсутність регламентації таких відносин на законодавчому рівні. Навіть у кодифікованих актах – Господарському кодексі України (далі – ГК України)¹ та Цивільному кодексі України (далі – ЦК України)² такий базовий правовий інструмент для встановлення аутсорсингових відносин, як договір аутсорсингу, не згадується. Тому розуміння можливостей господарсько-правового забезпечення аутсорсингових відносин є необхідним як для розвитку теорії господарського права, так і з суто практичних міркувань. Наведене й обумовлює актуальність цієї статті.

Незважаючи на значну кількість наукових статей щодо поняття договору аутсорсингу (С. Вавженчук, М. Єфименко, А. Згама, Р. Майданик, О. Полякова, С. Резніченко, А. Фадеев), залишаються невизначеними сутність договору аутсорсингу, а також регулюючі можливості інших господарсько-правових засобів щодо аутсорсингу на мікроекономічному рівні.

Метою дослідження є окреслення та загальна характеристика найбільш доцільних правових засобів у механізмі господарсько-правового регулювання аутсорсингових відносин вітчизняних корпорацій, а також виділення видів аутсорсингу.

За своєю економічною сутністю аутсорсинг полягає у передачі підприємством певної виробничої діяльності (повністю чи частково) або бізнес-процесів (ведення бухгалтерського, кадрового обліку та підбору персоналу, логістика, юридичне супроводження діяльності підприємства,

www.pravoua.com.ua

¹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 16.04.2018).

² Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: zakon.rada.gov.ua/go/435-15 (дата звернення: 16.04.2018).

консалтинг, настроювання та оптимізація системного програмного забезпечення, ведення комп'ютерних баз даних, обслуговування комп'ютерної техніки та мереж, забезпечення безпеки й охорони, оформлення митних процедур, клінінг, діяльність колл-центрів, доставка-відправлення кореспонденції тощо) не своїм штатним працівникам, а зовнішній компанії (аутсорсеру).

Вчені-економісти виокремлюють такі види аутсорсингу: повний, частковий, проміжний, трансформаційний, реструктуризаційний аутсорсинг, спільне підприємство, створення нової компанії³. Фактично, використовуючи як критерій поділу суб'єктний склад виконавця аутсорсингових робіт, а точніше темпоральний показник щодо нього, їх всі можна звести у дві великі групи – передача бізнес-процесів і виробничих функцій підприємству: а) яке вже існує; б) спеціально створеному для реалізації проекту. Як правило, у першому випадку підприємство не створює свої структурні підрозділи або ліквідує їх, а у другому – тільки ліквідує. Хоча можливі й інші варіанти: нестворення власних структурних підрозділів; збереження структурного підрозділу зі скороченням його функцій.

На нашу думку, правовими інструментами, здатними забезпечити процес запровадження аутсорсингу, є господарський договір, господарсько-управлінські акти індивідуальної дії, локальні акти, інституційні засоби у формі корпоратизації.

Наслідком перетворень при запровадженні аутсорсингу є реструктуризація суб'єкта господарювання. Така можливість прямо визначена у ч. 3 ст. 64 ГК України⁴, згідно з якою підприємство самостійно визначає свою організаційну структуру, встановлює чисельність працівників і штатний розпис. При цьому в першому випадку основу правового оформлення аутсорсингових відносин становить господарський договір, а у другому необхідно спочатку створити новий суб'єкт господарювання, а вже потім укласти договір. Зрозуміло, що для обох груп правовим засобом, що безпосередньо породжує аутсорсингові відносини, є договір. Тому першу групу можна назвати договірним аутсорсингом, а другу – інституційно-договірним.

³ К Горова, 'Визначення основних підходів до класифікації аутсорсингу на сучасному етапі економічного розвитку' [2014] 18(1) Економічний аналіз 14; А Саїнчук, 'Аутсорсинг: види, класифікаційні ознаки та форми. Класифікація аутсорсингових процесів' <<http://journals.urau.ua/urss/article/view/41029/37360>> дата звернення 16 Квітень 2018; О Микола, 'Аналіз та класифікація форм аутсорсингу' (2010) 37 Економічний простір 211; Н Пирець та Г Дугінець, 'Аутсорсинг як чинник сприяння міжнародній інтеграції України у світову економіку' (2008) 1 Проблемы развития внешнеэкономических связей и привлечение иностранных инвестиций: региональный аспект 203; І Поповиченко, 'Аутсорсинг як інструмент підвищення конкурентоспроможності підприємства в сучасних економічних умовах' (2010) 31 Науковий вісник Ужгородського університету Економіка 177.

⁴ Господарський кодекс України (н 1).

Як слушно зазначають О. Беляневич та А. Мягкий, відносини, що виникають у процесі управління поточною діяльністю за участю органів товариства та його структурними підрозділами, є внутрішньогосподарськими управлінськими⁵. Виконання функціональних обов'язків структурними підрозділами якісно та в строк, а також координація їхньої діяльності як єдиного цілого в інтересах всього підприємства забезпечується органами управління запровадженням та підтриманням відносин контролю-підпорядкування у межах внутрішньогосподарських відносин.

Запровадження аутсорсингу вимагає зовсім іншого підходу до організації взаємодії з контрагентом, адже юридично між самостійними суб'єктами господарювання жорсткий ієрархічний зв'язок встановити складно. Інтерес підприємства, що замовляє виконання роботи, надання послуги на умовах аутсорсингу, полягає у тому, щоб уникнути зайвих витрат, пов'язаних зі створенням власного структурного підрозділу, а отримати переваги, притаманні внутрішньогосподарським відносинам, – безперервність, оперативність, контрольованість виконання завдань тощо. Тобто йдеться про збереження керованості бізнес-процесами підприємства та переведення управління на якісно новий рівень. Також необхідно забезпечити взаємодію між персоналом незалежних суб'єктів господарювання.

Однією з основних ознак суб'єктів господарювання у науковій літературі визнається спрямованість діяльності як на задоволення загально-суспільних потреб, так і “власних” господарських потреб, та (або) господарських потреб інших суб'єктів господарювання⁶. На нашу думку, для аутсорсингового підприємства ця ознака має специфічний прояв, оскільки на першому місці для нього має бути задоволення потреб саме замовників, із яким воно вступає в аутсорсингові відносини, а не власних потреб, оскільки аутсорсингові відносини мають довготривалий і довірчий характер.

У разі ліквідації структурного підрозділу, функції якого передаються зовнішньому виконавцю, внутрішньогосподарські відносини припиняються. Водночас відносини між підприємством-замовником (“управлінська сторона”) та підприємством-аутсорсером (“зобов'язана сторона”) мають бути встановлені для того, щоб відбулося вирішення зазначених вище завдань запровадження аутсорсингу, і як наслідок – оптимізація господарської діяльності підприємства. Таким чином, договір аутсор-

⁵ О. Беляневич та А. Мягкий, *Корпоративне управління за законодавством України: теоретико-прикладні проблеми* (НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України 2017) 138.

⁶ В. Мілаш, *Господарське право: курс лекцій*, ч. 1 (Право 2008) 83.

сингу (як і будь-який інший господарський договір) має породжувати не тільки майново-господарські, а й організаційно-господарські зобов'язання.

Щодо правової природи договору аутсорсингу, то досі вітчизняні науковці не виробили єдиного підходу. Одні вчені вважають його цивільно-правовим договором⁷. Другі наполягають на його комплексному характері, який містить елементи господарського, цивільного і трудового⁸ або цивільного і трудового⁹. Треті вважають його господарським договором¹⁰. Зокрема, С. Вавженчук відстоює трудовий характер договору аутсорсингу¹¹.

Серед ознак, які дають змогу віднести цей договір до господарсько-правових, А. Згама цілком слушно називає: 1) застосування договору виключно у сфері господарювання; 2) контрагенти є суб'єктами господарювання; 3) юридичний зв'язок між сторонами встановлюється для реалізації господарських цілей¹². А. Фадєєв до перелічених ознак додає таку: сторони договору аутсорсингу здійснюють саме підприємницьку діяльність і дотримуються виключно письмової форми договору¹³. Підтримуючи позицію А. Згами та А. Фадєєва, необхідно додати: аутсорсингові відносини, у яких між сторонами не встановлено господарсько-управлінські зобов'язання, здатні призвести не до оптимізації діяльності підприємства-замовника, а до її збитковості. Можливість господарського договору породжувати організаційно-господарські зобов'язання була показана у наукових працях О. Беяневич (організаційний договір координаційного типу між непідпорядкованими суб'єктами господарювання)¹⁴ та І. Кравець (організаційно-господарський договір)¹⁵. Отже, договір аутсорсингу є правовою формою та засобом організації господарських зв'язків, де в органічному поєднанні встановлюються не тільки майнові, а й організаційні елементи.

⁷ Р Майданик, 'Договірні цивільно-правові конструкції' (2008) 9 Підприємництво, господарство і право 3; М Єфіменко, 'Цивільно-правові аспекти використання аутсорсингу на ринку логістичних послуг в Україні' (2017) 1 Закарпатські правові читання 258.

⁸ М Єфіменко, 'Визначення договору аутсорсингу як однієї з форм взаємодії суб'єктів господарських правовідносин' (2013) 2 Підприємництво, господарство і право 117.

⁹ В Кохан, 'Аутсорсинг і договори, що його опосередковують' (2013) 26 Державне будівництво та місцеве самоврядування 164.

¹⁰ Антоніна Згама, 'Договірні зобов'язання з аутсорсингу: правова природа та деякі проблеми застосування' (2018) 2 Підприємництво, господарство і право 48; Віталій Олюха, 'Аутсорсинг у сфері капітального будівництва' (2013) 11 Підприємництво, господарство і право 105; А Фадєєв, 'Правова природа договору аутсорсингу' (2013) 6 Право і суспільство 110.

¹¹ С Вавженчук, 'Аутсорсинг та аутстафінг: ескіз проблем правового регулювання' <https://revolution.allbest.ru/law/00868203_0.html> дата звернення 16 Квітень 2018.

¹² Згама (н 10).

¹³ Фадєєв (н 10).

¹⁴ О Беяневич, *Господарське договірне право України (теоретичні аспекти)* (Юрінком Інтер 2006) 423-9.

¹⁵ І Кравець, *Правове становище суб'єктів організаційно-господарських повноважень* (Юрінком Інтер 2010) 48.

З огляду на наведені аргументи спірним видається віднесення договору аутсорсингу до цивільно-правових договорів або твердження, що він містить його елементи. Суб'єкт господарювання може укласти договори цивільно-правового характеру з фізичною особою, яка не має статусу підприємця, лише для виконання разових робіт, надання послуг на не-систематичній основі. У протилежному разі такі відносини можуть бути визнані трудовими.

Цікаве обґрунтування на користь можливості віднесення договору аутсорсингу до трудових договорів навів С. Вавженчук. Він вбачає трудові відносини у разі, якщо працівники компанії-наймача здійснюють трудову функцію на виробничих потужностях (території) компанії-замовника або з підпорядкуванням правилам трудового розпорядку останнього, оскільки наявний фактичний допуск до роботи працівника на підприємстві замовника, підпорядкування його правилам внутрішнього трудового розпорядку цього підприємства, обов'язок із забезпечення охорони праці¹⁶. Проте погодитися з цією позицією автора можна тільки частково.

Дійсно, фактичний допуск працівника до роботи навіть без його офіційного оформлення є укладенням трудового договору. Кожен працівник має виконувати правила внутрішнього трудового розпорядку. Підприємство має забезпечити імперативні вимоги законодавства з охорони праці. Але за договором аутсорсингу виконання всіх цих вимог має забезпечити роботодавець, яким щодо осіб, які виконують роботу за трудовим договором, є аутсорсингове підприємство.

Виконання робіт працівниками аутсорсера на території іншого підприємства або на його виробничих потужностях не призводить до виникнення у них трудових відносин ще й із замовником. Допуск працівника до виконання виробничих завдань здійснює аутсорсер, який має видати наряд-допуск, забезпечити необхідними для виконання роботи засобами та організувати її виконання, виплатити заробітну плату. Надання аутсорсеру засобів для виробництва замовник може здійснювати або у межах договору аутсорсингу, або за окремим господарським договором.

Підприємство-замовник приймає локальні акти щодо організації праці. Зокрема, правила внутрішнього трудового розпорядку, акти, що визначають порядок входу-виходу з території підприємства, переміщення, а також щодо безпечного виконання робіт. Безумовно, доволі часто реалізувати умови договору аутсорсингу на території іншого підприємства аутсорсер може тільки організувавши роботу свого персоналу

¹⁶ Вавженчук (н 11).

таким чином, щоб їхня дії (бездіяльність) узгоджувалися зі встановленими замовником правилами. Однак врахувавши їх, аутсорсер самостійно організує працю власного персоналу, для чого приймає власні локальні акти. У договорі аутсорсингу можуть бути узгоджені питання щодо дотримання певних правил персоналом аутсорсера, але це відбувається у межах організаційно-господарських, а не трудових відносин. Умови трудового договору не включаються до договору аутсорсингу, а працівник не є стороною господарського договору аутсорсингу.

До договору аутсорсингу, крім істотних умов договору, обумовлених його типом за багаторівневою класифікацією, доцільно включити й умови про порядок взаємодії між керівництвом та персоналом підприємств-контрагентів, параметри очікуваних результатів і контроль їхньої якості, порядок доведення та узгодження завдань, забезпечення ресурсами, необхідними для виконання договору аутсорсингу, а також безпеки робіт, окреслення конфіденційної інформації та заходи з її збереження, забезпечення прав інтелектуальної власності, відповідальність за порушення зобов'язань тощо.

Отже, договір аутсорсингу є тим господарсько-правовим засобом, який здатен вирішити завдання зі створення трансформованої управлінської моделі й забезпечити перехід від жорстких, ієрархічних, вертикальних зв'язків між відповідними суб'єктами аутсорсингових відносин до горизонтальних, динамічних, гнучких.

Корпорація, що передає на аутсорсинг частину виробничих питань, може опинитися у двох ситуаціях: а) необхідність у певних послугах, роботах виникла, а структурного підрозділу, що може виконати їх, немає; б) структурний підрозділ є, але виникла необхідність його ліквідації та передачі його функцій зовнішньому виконавцю. Однак і в першому, і в другому випадку необхідно прийняти та правильно оформити управлінське рішення.

В акціонерному товаристві рішення про перехід до аутсорсингових відносин може прийняти тільки наглядова рада. Підставу для такого твердження надає Закон України "Про акціонерні товариства", яким до її виключної компетенції віднесено 'вирішення питань про участь товариства у промислово-фінансових групах та інших об'єднаннях' (п. 16 ч. 2 ст. 52); 'про створення та/або участь в будь-яких юридичних особах, їх реорганізацію та ліквідацію' (п. 16¹ ч. 2 ст. 52); і головне – 'про створення, реорганізацію та/або ліквідацію структурних та/або відокремлених підрозділів товариства' (п. 16² ч. 2 ст. 52)¹⁷. Навіть якщо структурного

¹⁷ Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 р. № 514-VI. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/514-17> (дата звернення: 16.04.2018).

підрозділу в корпорації не існує, виконавчий орган акціонерного товариства має спочатку отримати рішення наглядової ради про недоцільність його утворення, а вже потім самостійно укласти договір аутсорсингу.

Для товариства з обмеженою відповідальністю згідно з Законом України “Про господарські товариства”¹⁸ вищим органом управління є загальні збори учасників, до виключної компетенції яких віднесено, зокрема, прийняття рішення про створення, реорганізацію та ліквідацію дочірніх підприємств, затвердження договорів, укладених на суму, що перевищує вказану в статуті товариства, визначення організаційної структури товариства. Хоча остання із перелічених компетенцій може бути передана виконавчому органу як така, що не відноситься до виключної компетенції вищого органу. А тому компетентний орган щодо прийняття рішення про створення або ліквідацію структурних підрозділів у товаристві з обмеженою відповідальністю буде визначатися відповідно до його статуту. З 17 червня 2018 р. (дата набуття чинності Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”)¹⁹ значення статуту для окреслення компетентного до запровадження аутсорсингу органу товариства зростає, адже цим локальним корпоративним актом буде визначатися створення наглядової ради та її компетенція, перелік виключних повноважень загальних зборів учасників.

Вибір конкретного виконавця-аутсорсера, погодження з ним усіх умов майбутнього договору, безпосередня організація взаємовідносин між сторонами, забезпечення виконання договірних зобов'язань покладається на виконавчий орган корпорації. Єдиний виняток, за загальним правилом, – це коли договір аутсорсингу є значним правочином або за своїми ознаками буде правочином із заінтересованістю. У такому разі необхідне рішення приймають загальні збори акціонерів, загальні збори учасників. Таким чином, можна констатувати, що для забезпечення оптимізаційного впливу аутсорсингу необхідним є прийняття сукупності управлінсько-господарських актів індивідуальної дії, а також локальних корпоративних актів.

Створення підприємства-аутсорсера може відбутися шляхом виділу певного структурного підрозділу та передання йому за розподільним балансом частини майна, прав та обов'язків корпорації, з якої здійснюється виділ. Рішення про це будуть приймати загальні збори акціонерів (учасників) відповідно до виду господарського товариства. Також можливим є

¹⁸ Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 р. № 1576-XII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1576-12> (дата звернення: 16.04.2018).

¹⁹ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2275-19> (дата звернення: 16.04.2018).

варіант, коли заінтересований господарюючий суб'єкт виступає засновником підприємства-аутсорсера.

Якщо буде утворено декілька корпорацій, компанія – замовник аутсорсингу може отримати пакет акцій (часток) у відповідному розмірі та на цій основі утворити холдингову групу, що дасть можливість створити додаткові правові важелі для впливу на діяльність аутсорсингових компаній. Як слушно зазначає В. Щербина, відносини залежності є тим критерієм, що дає змогу виокремити холдингові групи з-поміж інших видів господарських об'єднань²⁰. Також для збереження оптимізаційного впливу аутсорсингу на діяльність підприємств можливим є створення асоціації, оскільки такий вид об'єднання передбачає централізацію однієї або кількох виробничих та управлінських функцій, розвитку кооперації виробництва, що притаманне й аутсорсингу.

Використання інших видів об'єднань, на наше переконання, є недоцільним для оптимізаційного впливу на розвиток аутсорсингових відносин із таких міркувань. Консорціум є тимчасовим об'єднанням для досягнення спільної господарської мети, а аутсорсинг, як правило, утворюється для довготривалих економічних відносин. Концерн створюється на основі фінансової залежності з централізацією певних економічних функцій, корпорація також передбачає певну централізацію на основі поєднання виробничих, наукових, комерційних інтересів. Така централізація дуже подібна до залежності, яка існує між органами управління підприємством та його структурними підрозділами, а запровадження аутсорсингу здійснюється для того, щоб забезпечити більш опосередкований вплив на майбутнього контрагента.

Наступним господарсько-правовим засобом, що необхідний для забезпечення запровадження аутсорсингу на якісному рівні, є локальні нормативно-правові акти. У науковій літературі пропонується під локальним нормативно-правовим актом господарського законодавства розуміти документ встановленої форми, назва якого часто визначається законом, виданий компетентним органом господарської організації з дотриманням встановленої процедури, норми якого покликані регулювати внутрішньогосподарські відносини²¹. Локальні акти можуть встановлювати регулювання відносин зі збереження комерційної таємниці, безпечного виконання робіт, пропускового режиму, організації взаємодії між персоналом замовника та аутсорсера тощо. Вони відіграють допоміжну, але все ж важливу роль у забезпеченні оптимізаційного впливу аутсорсингу на діяльність підприємств.

²⁰ В Щербина, *Суб'єкти господарського права: монографія* (Юрінком Інтер 2008) 188.

²¹ О Джуринський, *Джерела господарського права України: монографія* (Ліра-К 2016) 76.

Перспективною для подальших наукових досліджень є розвідка встановлення взаємодії між господарсько-правовими засобами для забезпечення оптимізаційного впливу аутсорсингу на економічну діяльність підприємств.

Висновки. Проведений аналіз господарсько-правових засобів, що забезпечують запровадження аутсорсингу в економічній діяльності підприємств, дає змогу зробити такі висновки.

Залежно від основних видів господарсько-правових засобів забезпечення запровадження аутсорсингу можна виокремити договірний та інституційно-договірний аутсорсинг. За темпоральними показниками щодо аутсорсера можна виділити дві великі групи видів аутсорсингу – передача бізнес-процесів і виробничих функцій підприємству: а) яке вже існує; б) спеціально створеному для реалізації проекту переходу до аутсорсингових відносин.

Господарсько-правові засоби, що забезпечують оптимізаційний вплив аутсорсингу: господарський договір, господарсько-управлінські акти індивідуальної дії, локальні акти, інституційні засоби у формі корпоратизації.

Договір аутсорсингу за своєю природою є господарським договором, оскільки для нього характерні такі ознаки: а) застосовується виключно у сфері господарювання; б) контрагенти є суб'єктами господарювання; в) юридичний зв'язок між сторонами встановлюється для реалізації господарських цілей; г) породжує не тільки майново-господарські (як і будь-який інший господарський договір), а й організаційно-господарські зобов'язання.

В акціонерному товаристві рішення про перехід до аутсорсингових відносин може прийняти тільки наглядова рада, а у товаристві з обмеженою відповідальністю – загальні збори учасників, якщо інше не буде передбачено в статуті товариства, виконавчий орган на основі прийнятого компетентним органом товариства рішення організує процес укладення договору аутсорсингу.

Створення підприємства-аутсорсера може відбутися шляхом виділу певного структурного підрозділу та передання йому за розподільним балансом частини майна, прав та обов'язків корпорації, з якої здійснюється виділ.

У процесі запровадження аутсорсингу підприємство-замовник та новоутворені підприємства-аутсорсери можуть об'єднатися в асоціацію або холдингову групу, а в інших видах об'єднань правовий зв'язок між його членами не відповідає суті аутсорсингових зв'язків, а тому використання таких конструкцій неможливе.

Локальні акти можуть встановлювати регулювання відносин зі збереження комерційної таємниці, безпечного виконання робіт, пропускового режиму, організації взаємодії між персоналом замовника та аутсорсера, що є допоміжними господарсько-правовими засобами.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Hospodarskyi kodeks Ukrainy [The Economic Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 436-IV. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (accessed: 16.04.2018) (in Ukrainian).
2. Pro aktsionerni tovarystva [On Joint Stock Companies]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 17 veresnia 2008 r. № 514-VI. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/514-17> (accessed: 16.04.2018) (in Ukrainian).
3. Pro hospodarski tovarystva [On Economic Companies]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 19 veresnia 1991 r. № 1576-XII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1576-12> (accessed: 16.04.2018) (in Ukrainian).
4. Pro tovarystva z obmezhenoiu ta dodatkovoio vidpovidalnistiu [On Limited Liability Companies and Contributory Liability Companies]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 6 liutoho 2018 r. № 2275-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2275-19> (accessed: 16.04.2018) (in Ukrainian).
5. Tsyvilnyi kodeks Ukrainy [The Civil Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV. URL: zakon.rada.gov.ua/go/435-15 (accessed: 16.04.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

6. Belianevych O ta Miahkyi A, *Korporatyvne upravlinnia za zakonodavstvom Ukrainy: teoretyko-prykladni problemy [Corporate Governance under the Legislation of Ukraine: Theoretical and Application Issues]* (NDI pryvatnoho prava i pidpriemnytstva imeni akademika F H Burchaka NAprN Ukrainy 2017) (in Ukrainian).
7. Belianevych O, *Hospodarske dohovirne pravo Ukrainy (teoretychni aspekty) [The Law of Economic Contracts of Ukraine (Theoretical Aspects)]* (Iurinkom Inter 2006) (in Ukrainian).
8. Dzhurynskyi O, *Dzherela hospodarskoho prava Ukrainy: monohrafiia [Sources of Economic Law of Ukraine: Monograph]* (Lira-K 2016) (in Ukrainian).
9. Kravets I, *Pravove stanovyshche subiektiv orhanizatsiino-hospodarskykh povnovazhen [Legal Status of Entities with Organizational and Economic Powers]* (Iurinkom Inter 2010) (in Ukrainian).
10. Milash V, *Hospodarske pravo: kurs lektsii [Economic Law: a Course of Lectures]*, ch 1 (Pravo 2008) (in Ukrainian).
11. Shcherbyna V, *Subiekty hospodarskoho prava: monohrafiia [Entities under Economic Law: Monograph]* (Iurinkom Inter 2008) (in Ukrainian).

Journal articles

12. Fadiiev A, 'Pravova pryroda dohovoru outsorsynhu' ['Legal Nature of an Outsourcing Contract'] (2013) 6 Pravo i suspilstvo 110 (in Ukrainian).
13. Horova K, 'Vyznachennia osnovnykh pidkhodiv do klasyfikatsii outsorsynhu na suchasnomu etapi ekonomichnoho rozvytku' ['Determining the Main Approaches to the Classification of Outsourcing at the Modern Stage of Economic Development'] [2014] 18(1) Ekonomichnyi analiz 14 (in Ukrainian).
14. Kokhan V, 'Autsorsynh i dohovory, shcho yoho oposeredkovuiut' ['Outsourcing and Its Mediating Contracts'] (2013) 26 Derzhavne budivnytstvo ta mistseve samovriaduvannia 164 (in Ukrainian).
15. Maidanyk R, 'Dohovirni tsyvilno-pravovi konstruktsii' ['Contractual Structures under Civil Law'] (2008) 9 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo 3 (in Ukrainian).
16. Mykolo O, 'Analiz ta klasyfikatsiia form outsorsynhu' ['Analysis and Classification of the Forms of Outsourcing'] (2010) 37 Ekonomichnyi prostir 211 (in Ukrainian).
17. Oliukha V, 'Autsorsynh u sferi kapitalnoho budivnytstva' ['Outsourcing in Capital Construction'] (2013) 11 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo 105 (in Ukrainian).
18. Popovychenko I, 'Autsorsynh yak instrument pidvyshchennia konkurentospromozhnosti pidpriemstva v suchasnykh ekonomichnykh umovakh' ['Outsourcing as a Tool to Enhance an Enterprise's Competitiveness under Modern Economic Conditions'] (2010) 31 Naukovi visnyk Uzhhorodskoho universytetu Ekonomika 177 (in Ukrainian).
19. Pyrets N ta Duhinets H, 'Autsorsynh yak chynnyk spriannia mizhnarodnii intehratsii Ukrainy u svitovu ekonomiku' ['Outsourcing as a Factor Promoting Ukraine's International Integration into the World Economy'] (2008) 1 Problemy razvitiya vneshneekonomicheskikh svyazey i privlechenie inostrannykh investitsiy: regional'nyy aspekt 203 (in Ukrainian).
20. Sainchuk A, 'Autsorsynh: vydy, klasyfikatsiini oznaky ta formy. Klasyfikatsiia outsorsynhovykh protsesiv' ['Outsourcing: Types, Classification Features and Forms. Classification of Outsourcing Processes'] <<http://journals.urau.ua/urss/article/view/41029/37360>> accessed 16 April 2018 (in Ukrainian).
21. Vavzhynchuk S, 'Autsorsynh ta autstaffinh: eskiz problem pravovoho rehuliuвання' ['Outsourcing and Outstaffing: a Sketch of Legal Regulation Issues'] <https://revolution.allbest.ru/law/00868203_0.html> accessed 16 April 2018 (in Ukrainian).
22. Yefymenko M, 'Tsyvilno-pravovi aspekty vykorystannia outsorsynhu na rynku lohistychnykh posluh v Ukraini' ['Civil-Law Aspects of Outsourcing on the Logistics Market of Ukraine. Legal Readings from the Transcarpathia Region'] (2017) 1 Zakarpatski pravovi chytannia 258 (in Ukrainian).
23. Yefymenko M, 'Vyznachennia dohovoru outsorsynhu yak odniiei z form vzaiemodii subiektiv hospodarskykh pravovidnosyn' ['Definition of an Outsourcing Contract as One of the Forms of Interaction of Entities in Relations under Economic Law'] (2013) 2 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo 117 (in Ukrainian).
24. Zghama A, 'Dohovirni zoboviazannia z outsorsynhu: pravova pryroda ta deiaki problemy zastosuvannia' ['Contractual Obligations of Outsourcing: Legal Nature and Some Application Issues'] (2018) 2 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo 48 (in Ukrainian).

Vitalii Oliukha

THE ECONOMIC LAW FRAMEWORK FOR OUTSOURCING

ABSTRACT. Outsourcing is a modern means used to organize an enterprise's structural model. However, its positive influence on the indicators of a business entity's economic activities is possible only provided that a respective business project is properly prepared, including such an important component thereof as the support of outsourcing under economic law. At the legislative level, the regulation of outsourcing is actually lacking. Hence, appropriate instruments for legal regulation of the outsourcing relations at the microeconomic level should be determined.

The purpose of the article is to define and describe the essential characteristics of the most appropriate legal means within the framework of regulation of the outsourcing relations, which are built by domestic corporations, under economic law.

It is established that outsourcing may be divided into contractual and institutional contractual types. The author provides the arguments confirming that an outsourcing contract in its nature falls under economic law, at the same time denying that it has elements of civil or employment contracts. The article also offers the author's vision of its contents.

The article also reviews other means under economic law ensuring the optimizing influence of outsourcing: economic and administrative regulations of individual action, local regulations, and institutional means in the form of corporatization. The author defines the bodies of a joint stock company and a limited liability company which are authorized to make decisions on the introduction of outsourcing, and describes their competence in this regard. As a possible institutional option to establish an outsourced enterprise, a certain structural unit may be detached from the corporation and a part of assets, rights and obligations of the corporation may be transferred to it on the basis of a distribution balance sheet.

The author comes to the conclusion that in the course of making the outsourcing arrangements, the customer enterprise and newly formed outsourced enterprises may be united into an association or may form a holding group. In case of other types of associations, the legal relations between its members are not consistent with the essence of outsourcing relations, and therefore the author denies the possibility of using such structures in the outsourcing relations.

Local regulations may provide for the regulation of relations involving the maintenance of trade secrets, safe performance of works, access control, organization of interaction between the customer's staff and the outsourcer. Although they are auxiliary, they are nevertheless the important means under economic law ensuring appropriate implementation of outsourcing.

KEYWORDS: outsourcing; outsourcing contract; outsourcing relations; means under economic law; local regulations.



Богдан Деревянко

доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри юридичних дисциплін факультету № 2
Донецького юридичного інституту МВС України
(м. Маріуполь, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7408-8285>
DEL2000@i.ua

УДК 346.62(477)

ПРО ПОРІВНЯННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ З ВИДОБУТКОМ КРИПТОВАЛЮТИ (“МАЙНІНГОМ”) ТА ЗДІЙСНЕННЯМ ОПЕРАЦІЙ ІЗ НЕЮ

АНОТАЦІЯ. Метою статті було надання характеристики діяльності з видобутку криптовалюти (“майнінгу”) та здійсненню операцій із нею і визначення можливості визнання їх видами господарської діяльності та пропозиція напрямів подальшого розвитку господарського права і законодавства щодо них. Аналіз діяльності з видобутку криптовалюти (“майнінгу”) та здійснення операцій із нею вказує на значну схожість правового статусу осіб та їхніх груп й організацій, які видобувають (“майнять”) криптовалюту та здійснюють операції з нею. Із п’яти ознак, що характеризують економічну сутність як правосуб’єктне утворення, чотири повною мірою притаманні таким особам та групам, а п’ята ознака має переважно суб’єктивний характер. Показано, що фактично учасники діяльності на ринку криптовалюти мають певну організаційну єдність та визначеність організаційно-правової форми (хоча у більшості випадків і без офіційного її закріплення), майнову відокремленість, сукупність прав та обов’язків у сфері господарювання, несуть відповідальність за результати своєї діяльності. Лише пройти процес легітимації вони не можуть через законодавчі заборони.

Доведено, що діяльність “майнерів” криптовалюти та інших учасників ринку криптовалюти фактично є господарською, оскільки здійснюється у сфері суспільного виробництва і спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. Значна кількість операцій із купівлі-продажу криптовалюти є господарськими і має на меті отримання доходу. У статті зазначено, що офіційне визнання державою законним видом господарської діяльності “майнінгу” криптовалюти та визнання господарськими операцій із її купівлі-продажу у комплексі з покладанням на “майнерів” обов’язку офіційно зареєструватись як суб’єкт підприємницької діяльності, поширенням на всіх учасників відносин на ринку криптовалюти дії законодавства про оподаткування та кримінальної, адміністративної, господарської відповідальності до порушників дасть змогу усунути невизначений або гібридний правовий статус суб’єктів та режим їхньої діяльності, а також наявні прогалини у праві та

© Богдан Деревянко, 2018

законодавстві. Держава отримає додаткові надходження до бюджету та можливість регулювання і контролю окремих операцій із криптовалютою.

Ключові слова: суб'єкт господарювання; господарська діяльність; криптовалюта, “майнінг”; прогалина у праві; ознаки суб'єктів господарювання; біржа криптовалюти; оподаткування.

Сьогодні завдяки комп'ютерній мережі у світі мають обіг понад 650 видів криптовалюти. Криптовалюта з'явилася лише кілька років тому і спочатку використовувалася у комп'ютерних іграх для набуття віртуальних привілеїв у межах гри. Гравець через виконання певних завдань отримував певну суму комп'ютерних “грошей”, за які купував, наприклад, додаткові життя, їжу, паливо, транспортні засоби, зброю тощо, але тільки в межах гри. У матеріальному світі ці “гроші” були нічого не варті. Так само і за класичні гроші з матеріального світу неможливо було набути щось у комп'ютерній грі. Проте все змінилося із появою мережі Інтернет. Спочатку розробники ігор запропонували гравцям за гроші з матеріального світу набувати певні привілеї у своїх іграх. А приблизно з 2008–2009 рр. ситуація змінилася на 180°. У 2008 р. людина чи група осіб або компанія під ім'ям Сатоші (Сатосі) Накамото (*Satoshi Nakamoto*) розробила і на початку 2009 р. запустила комп'ютерну програму, здатну вираховувати або генерувати криптовалюту біткойн (англ. *Bitcoin* або *BTC*). І момент, коли у травні 2010 р. громадянин США Л. Ханеч придбав за 10 тисяч біткойнів дві піци вважається початком використання криптовалюти як грошей чи грошового сурогату. Саме відтоді за електронні гроші стало можливим придбати товар із матеріального світу. До сьогодні у світі (і не в останню чергу в Україні) було проведено мільйони операцій із криптовалютою. Проте правовий режим операцій із криптовалютою в Україні досі однозначно не визначений. З юридичної точки зору найбільш важливими є питання щодо визнання вирахування (емісії, видобутку або “майнінгу”) криптовалюти видом господарської діяльності й запровадження оподаткування доходів від нього, а також щодо забезпечення державного регулювання і контролю за операціями купівлі-продажу товарів, робіт, послуг за одиниці криптовалюти. Важливою для держави є й можливість оподатковувати доходи, отримані від операцій купівлі-продажу та зберігання на віртуальних депозитних рахунках криптовалюти.

Схожі на наведені вище питання ставили перед собою вітчизняні і зарубіжні вчені, намагалися знайти на них відповіді. Серед дослідників останніх років можна назвати українських економістів та юристів, зокрема таких як: І. Брижань, І. Міняйленко, А. Метелиця¹, О. Заруцька,

¹ І Брижань та І Міняйленко та А Метелиця, ‘Роль криптовалюти у розвитку міст майбутнього’ (2018) 21 Глобальні та національні проблеми економіки 572.

Т. Прохорець², В. Компанієць³, О. Маковоз, Т. Передерій⁴, О. Радутний, О. Ганжа⁵, В. Рядінська⁶, К. Ярова⁷ та ін. Нами також було зроблено спробу визначити правовий режим операцій із криптовалютою в Україні⁸. Проте, незважаючи на дослідження, правовий режим операцій із криптовалютою в Україні можна визначити одним негативним, проте поширеним сьогодні словом: він є гібридним. Так постійно тривати не може. Держава повинна однозначно визначитися й або повністю заборонити всі чи деякі операції з криптовалютою та запровадити застосування до порушників жорсткого комплексного покарання; або дозволити всі чи деякі операції з криптовалютою із детальною їх регламентацією та встановленням можливості регулювання певними органами та запровадження оподаткування доходів від таких операцій. У будь-якому разі перед цим потрібно відповісти на запитання: “Чи є операції з криптовалютою фактично господарськими чи ні?”.

Метою дослідження є порівняти господарську діяльність із діяльністю з видобутку криптовалюти (“майнінгу”) та здійснення операцій із нею, визначити, чи можуть вони бути визнані видами господарської діяльності, а також визначити напрями подальшого розвитку господарського права і законодавства щодо них.

Сьогодні ситуація на ринку криптовалюти в Україні нагадує приклад із теорії господарського права, пов'язаний із наявністю і подоланням прогалин у праві. Тобто фактично з'явився новий вид відносин, неврегульований законодавчо. Прогалина може бути усунена за аналогією закону або за аналогією права. Проте у ситуації з криптовалютою усе складніше. Якби суб'єкти господарювання за допомогою новітніх технологій розпочали видобуток корисних копалин на Місяці чи на Марсі, то за відсутності відповідного закону щодо них можна було б застосувати відповідне загальне законодавство про видобуток корисних копалин.

² О Заруцька та Прохорець, ‘Особливості функціонування платіжних систем в Україні’ [2017] 10(50) Молодий вчений 882.

³ В Компанієць, ‘Развитие и будущее экономики на основе цифровых технологий: критическое осмысление’ 2018 (61) Вісник економіки транспорту і промисловості 36.

⁴ О Маковоз та Т Передерій, ‘Блокчейн як запорука валютної безпеки’ [2018] 1(12) Східна Європа: економіка, бізнес та управління 359.

⁵ О Радутний та О Ганжа, ‘Криптовалюта як нова дотична фінансового і кримінального права’ в Гетьман А та Кучерявенко М та Латковська Т та інші (редкол), *Воронівські читання (Співвідношення матеріального та процесуального в регулюванні фінансових відносин): матеріали міжнародно-науково-практичного конференції (м Чернівці, 4-5 жовтня 2017 р.)* (Асоціація фінансового права України 2017) 166.

⁶ В Рядінська, ‘Фінансово-правова природа Bitcoin та їх обіг в умовах правової невизначеності’ в Гетьман А та Кучерявенко М та Пришва Н та інші (редкол), *Воронівські читання (Фінансове право: сучасний стан та перспективи): матеріали міжнародно-науково-практичного конференції (м Київ, 5 жовтня 2016 р.)* (Асоціація фінансового права України 2016) 204.

⁷ К Ярова, ‘Криптовалюта: визначення правового статусу в Україні’ [2017] 10(50) Молодий вчений 1117.

⁸ Б Дерев'янюк, ‘Ризики здійснення операцій з криптовалютою (біткойнами) громадян і суб'єктів господарювання України’ (2017) 3 Форум права: електронне наукове фахове видання 33; Б Дерев'янюк та О Туркот, ‘Про визнання видобутку (“майнінгу”) криптовалюти видом господарської діяльності’ (2018) 1 Економіка та право.

А операції з криптовалютою хоч і проводяться на Землі, проте не в межах реального, а в межах віртуального, комп’ютерного світу. І там розробниками програм функціонування кожного виду криптовалюти вже у самій програмі запуснені певні правила, які, серед іншого, враховують і досягнення світової правової науки – господарсько-, адміністративно-, цивільно-правової. Зокрема, правила реєстрації угоди на ринку криптовалюти (наприклад, купівлі-продажу криптовалюти за класичну валюту) мають схожість із правилами оформлення договору, укладеного під час торгів на товарній біржі. Тобто ці угоди не підлягають нотаріальному засвідченню. На товарній біржі угоди (біржові операції) реєструються на самій біржі не пізніше наступного за здійсненням угоди дня. Угоди з купівлі-продажу криптовалюти або будь-якого товару, роботи, послуги за криптовалютою реєструються автоматично комп’ютерною програмою протягом кількох годин після їх укладення. Ще одним важливим правилом на ринку обігу криптовалюти є неможливість скасування укладеної угоди. Ця вимога є більш жорсткою, ніж вимоги до абсолютної більшості господарських договорів, які в судовому порядку можна визнати недійсними, а отже, держава своїм невизнанням операцій із криптовалютою й одночасною відсутністю покарання для тих, хто їх здійснює, створила прогалину у праві.

Розробити і запустити програму обігу криптовалюти може будь-який програміст чи група самотужки або під керівництвом держави чи суб’єкта господарювання.

Програми обігу криптовалюти поділяються на дві групи. Найбільш поширеними є програми, що передбачають поступове вирахування (емісію, генерування, “майнінг”) нових одиниць криптовалюти. У цьому разі програмою передбачається поступова або стрибкоподібна емісія додаткових одиниць криптовалюти до моменту досягнення певної максимальної їх кількості, також закладеної програмою. Така програма має схожість із “фінансовою пірамідою”, але лише в частині того, що емісія здійснюється за формулою, побудованою на основі геометричної прогресії. Проте, якщо за “фінансової піраміди” емісія цінних паперів здійснюється у геометричній прогресії на зростання, то емісія криптовалюти здійснюється за формулою геометричної прогресії на вибування. Так, програма найбільш поширеного виду криптовалюти – біткойну передбачає емісію до приблизно 2032–2033 рр. 42 млн одиниць криптовалюти.

Програми другої групи обігу криптовалют передбачають одноразову емісію одиниць криптовалюти. Тобто весь обсяг одиниць криптовалюти емітується одночасно із запуском програми. Таку криптовалютою не можна вирахувати (“майнити”). Її вартість залежить виключно від співвід-

ношення попиту та пропозиції на неї. Але видів такої криптовалюти значно менше, ніж криптовалют, що емітується. Схожість обох видів програм обігу криптовалюти із “фінансовою пірамідою” полягає лише у можливості появи необмеженої кількості нових видів криптовалюти. Основним тут є питання, чи буде новий вид криптовалюти користуватися попитом.

Криптовалюти, програми яких передбачають емісію додаткових одиниць, дають змогу окремим особам або організаціям здійснювати їх “майнінг”. Ця операція полягає у програмуванні достатньо складного та енерговитратного комп’ютерного обладнання на вирахування (генерацію, емісію) нових одиниць криптовалюти. Таким видом діяльності займається значна кількість українських індивідуальних програмістів та організацій, які не афішують свою діяльність. При цьому за законодавством їх буцімто немає, а отже, податки вони не сплачують, проте і на допомогу та захист держави у разі протиправних дій правоохоронних органів чи сторонніх осіб стосовно себе розраховувати не можуть.

За чинним законодавством України обіг криптовалюти як платіжного засобу є забороненим. Це випливає зі ст. 32 Закону України “Про Національний банк України”, згідно із якою “грошовою одиницею України є гривня, що дорівнює 100 копійкам; випуск та обіг на території України інших грошових одиниць і використання грошових сурогатів як засобу платежу забороняються”⁹. Керуючись цією нормою, а також положеннями ст. 99 Конституції України, ст. 192 Цивільного кодексу України, ст. 3 Закону України “Про платіжні системи та переказ коштів в Україні” та ст. 3 Декрету Кабінету Міністрів України “Про систему валютного регулювання і валютного контролю” Національний банк України ще 10 листопада 2014 р. видав роз’яснення, в якому визнав біткойн як грошовий сурогат, який не має забезпечення реальною вартістю і не може використовуватися фізичними та юридичними особами на території України як засіб платежу, оскільки це суперечить нормам українського законодавства¹⁰.

Отже, викладене підтверджує як гібридний статус “майнерів” криптовалюти, так і гібридний режим операцій із нею. Невизначеність законодавця штучно створила прогалину у праві. Через відсутність покарання до осіб, які здійснюють “майнінг” криптовалюти або виконують операції з нею, останні фактично отримують якісь матеріальні здобутки, проте не сплачують жодних податків. Через відсутність нормативного

⁹ Про Національний банк України: Закон України від 20 травня 1999 р. № 679-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 29. Ст. 238.

¹⁰ Роз’яснення щодо правомірності використання в Україні “віртуальної валюти/криптовалюти” Bitcoin: Роз’яснення Національного банку України від 10 листопада 2014 р. (*Національний банк України*, 10 Листопад 2014) <https://www.bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=11879608> дата звернення 5 Травень 2018.

дозволу на цю діяльність, тобто через відсутність визнання “майнінгу” криптовалюти видом господарської діяльності та невизнання операцій із криптовалютою господарськими угодами та договорами, навіть особи та організації, які мають намір легалізуватися і пройти процедуру легітимації, цього не роблять.

Фактично видобуток криптовалюти (“майнінг”) є видом господарської діяльності, який сьогодні не визнаний і не легалізований державою. Від цього страждає переважно саме держава. Ситуація виглядає аналогічною тій, що склалася у сфері ігрного бізнесу України. До його заборони суб’єкти цього бізнесу сплачували податки за достатньо високими ставками, отримували ліцензію та набували торговий патент. Після заборони ігрного бізнесу значна частина його суб’єктів не припинила цей бізнес. Однак тепер він є нелегальним, а отже – суб’єкти ігрного бізнесу доходи отримують не менші (можливо, і більші, оскільки у них стало менше конкурентів), аніж раніше, проте не сплачують жодних податків чи платежів. Можна сказати, що зараз фактично суб’єкти ігрного бізнесу мають “податкові канікули”. Так само можна сказати, що фактично мають “податкові канікули” і суб’єкти господарювання та особи, які проводять операції з криптовалютою¹¹. Нами вже пропонувалося визнати “майнінг” криптовалюти видом господарської діяльності й оподатковувати та ліцензувати його¹². І саме для цього треба вирішити питання щодо визнання “майнінгу” криптовалюти видом господарської діяльності.

У частині 1 ст. 3 “Господарська діяльність та господарські відносини” Господарського кодексу України зазначено:

Під господарською діяльністю у цьому Кодексі розуміється діяльність суб’єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність¹³.

На основі наведеного визначення одразу складно відповісти, чи відповідає йому “майнінг” криптовалюти чи операції з нею.

По-перше, здійснювати операції із криптовалютою повинні суб’єкти господарювання. Із фактичних “майнерів” сьогодні частина вже має статус суб’єктів господарювання, здійснюючи дозволені види підприємництва або рідше – некомерційної господарської діяльності. Інша частина, зокрема індивідуальні особи – “майнери” у разі легалізації операцій із

¹¹ Дерев’янко та Туркот (н 8).

¹² Там само.

¹³ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18-22. Ст. 144.

видобутку та купівлі-продажу криптовалюти зареєструються як суб'єкти підприємницької діяльності (далі – СПД).

У теорії господарського права та на практиці давно сформувалися ознаки, що у сукупності характеризують економічну сутність суб'єкта господарювання як правосуб'єктне утворення: організаційна єдність; майнова відокремленість; легітимність існування як суб'єкта господарювання; наявність господарських прав та обов'язків; відповідальність за результати господарювання¹⁴. Розглянемо їх ретельніше.

1. *Організаційна єдність*. Сьогодні цю ознаку суб'єкта господарювання більш точно формулюють як наявність єдиної назви та визначеність організаційно-правової форми суб'єкта господарювання. Ця ознака вказує на наявність у суб'єкта господарювання єдиної назви та єдиного центру управління, тобто єдиного керівного органу. При цьому не заборонено функціонування внутрішньоструктурних підрозділів, утворених за територіальною, функціональною чи іншою ознакою із безпосередніми колегіальними чи одноособовими керівниками. Фактично діючі групи “майнерів” мають певну організаційну структуру і підпорядкованість одноособовому чи колегіальному органу керівництва. Можна зазначити, що переважна більшість українських “майнерів” являють собою невеликі фактичні організації у складі кількох осіб, що не мають офіційного статусу суб'єкта господарювання, проте за правовим статусом мають значну схожість із товариством з обмеженою відповідальністю або виробничим кооперативом.

2. *Майнова відокремленість*. Ця ознака передбачає наявність у суб'єкта господарювання майна, необхідного для здійснення господарської діяльності. Майно може перебувати на одному з основних правових режимів – на праві власності, господарського відання чи оперативного управління. Крім того, суб'єкт господарювання може користуватися майном на основі укладених договорів оренди, лізингу, концесії. Діяльність “майнерів” з огляду на свою технологічну специфіку повинна здійснюватися у приміщенні з певними фізико-хімічними характеристиками. Крім цього, саме обладнання, необхідне для “майнінгу” криптовалюти, є достатньо коштовним та енерговитратним, а також займає багато місця. Індивідуальна особа або суб'єкт господарювання, який не займається “майнінгом”, проте здійснює операції на біржах криптовалюти, повинен як мінімум мати комп'ютер, за яким проводить як мінімум кілька годин на добу. Тобто за цим показником учасники ринку криптовалюти не відрізняються від повноцінних суб'єктів господарювання, які діють

¹⁴ М Шелухін та інші, *Господарське право: навчальний посібник у схемах і таблицях* (Центр навчальної літератури 2006) 219.

в інших галузях та сферах суспільного виробництва, оскільки мають майно (часто достатньо коштовне), необхідне для здійснення діяльності.

3. *Легітимність існування як суб'єкта господарювання.* Ця ознака передбачає необхідність суб'єкта господарювання відповідати певним вимогам, визначеним державою, пройти певні процедури легітимації й отримати визнання як повноправного учасника господарської діяльності у правовому полі України. Саме цю ознаку можна вважати “вузьким місцем” для “майнерів” та гравців на ринку криптовалюти, оскільки через офіційну заборону операцій із криптовалютою ті з них, хто не здійснює іншої професійної господарської діяльності, не може офіційно зареєструватись як суб'єкт господарювання. Проте у разі зняття заборони значна їх частина легітимізується й отримує статус повноцінного суб'єкта господарювання, а якщо характеризувати ще вужче – СПД.

4. *Наявність господарських прав та обов'язків.* Уся сукупність прав та обов'язків у сфері господарювання становить повний обсяг господарської компетенції суб'єкта господарювання. “Майнери” криптовалюти та гравці на ринку криптовалюти фактично вже мають певний обсяг прав та обов'язків. Вони відкривають ID-гаманці лише за умови укладення договору приєднання із фірмою-надавачем послуг із розміщення гаманця, яка часто є зареєстрованою в офшорній зоні. Ці договори більшою мірою передбачають можливість односторонньої зміни їх умов фірмою – надавачем послуг із розміщення гаманця¹⁵. Крім цього, всі операції з криптовалютою підпорядковуються правилам, визначеним розробником програми з емісії та обігу певної криптовалюти. Зокрема, ці правила передбачають незворотність операцій, анонімність операцій і водночас загальнодоступність інформації про проведені операції у мережі Інтернет тощо. Тобто певний обсяг господарської компетенції учасники ринку криптовалюти мають уже зараз. У разі легалізації операцій із криптовалютою компетенція повноцінних суб'єктів господарювання значно зросте як у частині прав, так і в частині обов'язків.

5. *Відповідальність за результати господарювання.* Ця ознака стимулює суб'єктів господарювання сумлінно виконувати свої зобов'язання, що виникають на основі закону та договору, за недотримання яких передбачає, застосування санкцій до порушників. Учасники ринку криптовалюти, навіть не будучи суб'єктами господарювання, можуть нести відповідальність. Проте сьогодні це більшою мірою відповідальність перед контрагентами. У разі легалізації операцій із криптовалютою відповідальність “майнерів” криптовалюти та гравців на біржах криптовалюти буде наставати частіше. Зокрема, з'являться додаткові зобов'я-

¹⁵ Дерев'яно (н 8) 35.

зання перед державою і, відповідно, відповідальність за їх невиконання чи неналежне виконання.

Таким чином, із п'яти ознак, що характеризують економічну сутність як правосуб'єктне утворення, лише одна (більшою мірою суб'єктивна) сьогодні не притаманна українським учасникам ринку криптовалюти. А отже, у разі зняття у законодавстві заборони на здійснення операцій із криптовалютою в Україні одразу може з'явитися значна кількість нових суб'єктів господарювання, зокрема СПД, одним із основних або основним видом діяльності яких буде "майнінг" криптовалюти та (або) здійснення операцій на ринку криптовалюти.

"Майнери" криптовалюти та інші професійні учасники цього ринку за своїм правовим статусом майже не відрізняються від суб'єктів господарювання. Тому у разі легалізації операцій із криптовалютою вони зможуть отримати статус суб'єктів господарювання, а отже, зможуть повноцінно здійснювати господарську діяльність. Крім того, по-перше, вони будуть зобов'язані це зробити.

По-друге, господарську діяльність суб'єкти господарювання повинні здійснювати у сфері суспільного виробництва. У разі легалізації названих операцій можна абсолютно впевнено стверджувати, що діяльність наявних сьогодні і майбутніх суб'єктів господарювання здійснюється і буде здійснюватися у сфері суспільного виробництва, оскільки видобуток криптовалюти організовується ними явно не для власного споживання. Крім того, за відсутності суспільства у вигляді значної людської громади чи цивілізації криптовалюта швидко стане тим, чим є насправді – нічим. Її вартість залежить від попиту, забезпеченого певним розвитком суспільства.

По-третє, господарська діяльність має бути спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. Криптовалюту у різних державах світу визнано грошима, або грошовим сурогатом, або товаром, або нематеріальним активом. За сучасним ринковим курсом, сформованим на основі співвідношення попиту та пропозиції на міжнародних біржах криптовалюти, остання має достатньо високу вартість. Тому у нас немає права вважати криптовалюту чимось, якоюсь абстракцією, облишеною вартості та цінової визначеності. Так само як і немає підстав казати про відсутність цінової визначеності у діяльності з "майнінгу" криптовалюти та проведення операцій із нею.

Висновки. Порівняльний аналіз діяльності з видобутку криптовалюти ("майнінгу") та здійснення операцій із нею вказує на значну схожість правового статусу повноцінних суб'єктів господарювання й осіб та їх-

ніх груп та організацій, які видобувають (“майнять”) криптовалюту та здійснюють операції із нею. Із п’яти ознак, що характеризують економічну сутність як правосуб’єктне утворення, чотири повною мірою притаманні останнім, а п’ята ознака має переважно суб’єктивний характер. Діяльність “майнерів” криптовалют та інших учасників ринку криптовалют в Україні здійснюється у сфері суспільного виробництва і спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. А тому для визнання її господарською не вистачає лише волі законодавця щодо зняття заборони та запровадження правової регламентації операцій із криптовалютою. Подальший розвиток господарського та іншого законодавства повинен спрямовуватися на введення зобов’язань із реєстрації “майнерів” криптовалют як СПД, запровадження ліцензування їхньої діяльності, оподаткування доходів від неї, нормативного визначення заходів відповідальності до порушників і забезпечення повноцінного державного регулювання і стимулювання такої діяльності за посередництва основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб’єктів господарювання. Обов’язкова реєстрація як СПД осіб та їх груп, які здійснюють операції купівлі-продажу на ринку криптовалют, не обов’язкова. Проте після легалізації такої діяльності держава може оподатковувати доходи від купівлі-продажу та зберігання на депозитних рахунках криптовалют, а також застосовувати наявні у кримінальному, адміністративному, господарському законодавстві санкції до порушників. Реалізація названого є достатньо тривалим процесом, який вимагає додаткового технічного, економічного і правового обґрунтування. І саме на це мають спрямовуватися майбутні наукові розвідки у досліджуваній царині суспільних відносин.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Hospodarskii kodeks Ukrainy [The Economic Code of Ukraine] vid 16 sichnia 2003 r. № 436-IV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2003. № 18-22. St. 144 (in Ukrainian).
2. Pro Natsionalnyu bank Ukrainy [On the About the National Bank of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 20 travnia 1999 r. № 679-XIV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/679-14> (accessed: 13.05.2018) (in Ukrainian).
3. Roziasnennia shchodo pravomirnosti vykorystannia v Ukraini “virtualnoi valiuty/kryptovaliuty” Bitcoin [Clarification on the Lawfulness of Using Bitcoin’s Virtual Currency/Cryptocurrency in Ukraine]: Roziasnennia Natsionalnoho banku Ukrainy [Clarification of the National Bank of Ukraine] vid 10 lystopada 2014 r. URL:

https://www.bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=11879608 (accessed: 13.05.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Edited books

4. Shelukhin M (red), *Hospodarske pravo: navchalnyi posibnyk u skhemakh i tablytsiakh [Economic Law: a Manual in Charts and Tables]* (Tsentri navchalnoi literatury 2006) (in Ukrainian).

Journal articles

5. Bryzhan I ta Minyaylenko I ta Metelytsya A, 'Rol kryptovaliuty u rozvytku mist maibutnoho [‘Cryptocurrency Role in the Development of Future Cities’] (2018) 21 Hlobalni ta natsionalni problemy ekonomiky 572 (in Ukrainian).
6. Derevyanko B ta Turkot O, 'Pro vyznannia vydobutku (“mayninhu”) kryptovaliuty vydom hospodarskoi diialnosti’ [‘About Legalization of Exhaust (“Mining”) Cryptocurrency by the Type of Economic Activity’] (2018) 1 Ekonomika ta pravo (in Ukrainian).
7. Derevyanko B, 'Ryzyky zdiisnennia operatsii z kryptovaliutoiu (bitkoinamy) hromadian i subiektiv hospodariuvannia Ukrainy’ [‘Risks of Operations with Cryptocurrency (Bitcoins) for Citizens and Economic Entities of Ukraine’] (2017) 3 Forum prava 33 (in Ukrainian).
8. Zarutska O ta Prokhorets T, 'Osoblyvosti funktsionuvannia platizhnykh system v Ukraini’ [‘Features of the Functioning of Payment Systems in Ukraine’] (2017) 10(50) Molodyi vchenyi 882 (in Ukrainian).
9. Kompaniyets V, 'Razvitiye i budushcheye ekonomiki na osnove tsifrovyykh tekhnologiy: kriticheskoye osmysleniye’ [‘Development and Future of the Economy Based on Digital Technologies: Critical Thinking’] (2018) 61 Visnyk ekonomiky transportu i promyslovosti 36 (in Russian).
10. Makovoz O ta Perederiy T, 'Blokchein yak zaporuka valiutnoii bezpeky’ [‘Blockchain as a Pledge of Currency Security’] [2018] 1(12) Skhidna Yevropa: ekonomika, biznes ta upravlinnya 359 (in Ukrainian).
11. Yarova K, 'Kryptovaliuta: vyznachennia pravovoho statusu v Ukraini’ [‘Cryptocurrency: Definition of Legal Status in Ukraine’] [2017] 10(50) Molodyi vchenyi 1117 (in Ukrainian).

Conference papers

12. Radutnyi O ta Hanzha O, 'Kryptovaliuta yak nova dotychna finansovoho i kryminalnoho prava’ [‘Cryptocurrency as a New Tangent of Financial and Criminal Law’] v Hetman A ta Kucheriavenko M ta Latkovska T ta inshi (redkol), *Voronovski chytannia (Spivvidnoshennia materialnoho ta protsesualnoho v rehuliuванні finansovykh vidnosyn): materialy mizhnar nauk-prakt konf (m Chernivtsi, 4-5 zhovtnia 2017 r.)* (Asotsiatsiia finansovoho prava Ukrainy 2017) 166 (in Ukrainian).
13. Riadinska V, 'Finansovo-pravova pryroda Bitcoin ta yikh obih v umovakh pravovoi nevyznachenosti’ [‘The financial and legal nature of Bitcoin and their circulation in terms of legal uncertainty’] v Hetman A ta Kucheriavenko M ta Pryshva N ta inshi (redkol), *Voronovski chytannia (Finansove pravo: suchasnyi stan ta perspektyvy): materialy mizhnar nauk-prakt konf (m Kyiv, 5 zhovtnia 2016 r.)* (Asotsiatsiia finansovoho prava Ukrainy 2016) 204 (in Ukrainian).

Bohdan Derevianko

ON THE COMPARISON OF BUSINESS ACTIVITY
WITH CRYPTOCURRENCY PRODUCTION (“MINING”)
AND TRANSACTIONS WITH IT

ABSTRACT. The purpose of the article is to give the characteristics of cryptocurrency production activity (“mining”) and transactions with it and determine whether it is possible to recognize these operations as the types of business activity, and also to suggest in which areas economic law and respective legislation may be further developed. As demonstrated by the analysis of cryptocurrency production activity (“mining”) and transactions with it, individuals and their groups and organizations which produce (“mine”) cryptocurrency and make transactions with it have an essentially similar legal status. If we consider the five signs characterizing a business entity as an entity subject to law, we will see the four signs fully inherent in such individuals and groups, with the fifth sign being mostly subjective. The article shows that in fact, participants of the cryptocurrency market activities have a certain organizational unity and a well-outlined organizational and legal form (although in most cases it is not formalized), standalone assets, and a set of rights and obligations relating to business activity, and are liable for the results of their activities. And they are unable to go through the legitimation process only due to legislative prohibitions.

The author proves that the activity of cryptocurrency “miners” and other cryptocurrency market participants is, in essence, business activity, since it is carried out in the social production domain and aims at the production and sale of products, works or services which have value and a certain price. A significant part of cryptocurrency purchase and sale transactions are business transactions intended to generate income. The article states that if the State officially recognizes that cryptocurrency “mining” is a legitimate type of business activity and cryptocurrency purchase and sale transactions are business transactions, and at the same time introduces the duty of “miners” to get officially registered as a business entity, and applies the taxation legislation to all participants of the relations on the cryptocurrency market and criminal, administrative, and economic liability to offenders, this will allow eliminating the uncertain or hybrid legal status of such entities and their operation regime, as well as the existing gaps in law and legislation. The State will receive additional revenues to the budget and the ability to regulate and control individual operations with cryptocurrency.

KEYWORDS: business entity; business activity; cryptocurrency, “mining”; gap in law; signs of business entities; cryptocurrency exchange; taxation.

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Компаративний аналіз моделей втручання держави у здійснення економічних свобод через призму принципу пропорційності свідчить, що застосування конкретних заходів з боку держави цілком залежить від певної структури економіки, ступеня її диференціації, відкритості та гарантування економічних свобод. Це охоплюється інституційною спроможністю держави за активної участі економічних акторів формулювати, відтворювати та примножувати правила і процедури, які можуть гарантувати стабільність та добросовісне виконання контрактів. З точки зору соціетального конституціоналізму, держава діє у симбіозі з суспільством із метою впровадження передових економічних досягнень та збереження довкілля, реалізуючи у такий спосіб сталий розвиток. Нині існує гостра потреба досліджувати глобальну конституційну економіку. Тут на перший план виступає інституційна диференціація національної економіки та здатність влади впроваджувати адекватні заходи, спрямовані на реалізацію економічних цінностей і благ. Здатність суспільства до спільної діяльності, результатом якої є інституціонально спроможна конституційна демократія та конституційна економіка, заснована на повазі до фундаментальних благ, є підґрунтям сталого економічного розвитку. Цінності є рушієм розвитку національної економіки та її конкурентоспроможності у глобальній світовій економіці, тому вони не мають ціни (Михайло Савчин “Право та економіка: основні моделі втручання держави в економічні свободи (засади конституційної економіки”).

Технічне регулювання – підгалузь господарського права, що регулює відносини у сфері визначення та виконання обов’язкових вимог до характеристик продукції або пов’язаних із ними процесів і методів виробництва, а також перевірки їх додержання шляхом оцінки відповідності та (або) державного ринкового нагляду й контролю, виникнення прав та обов’язків суб’єктів господарювання, які стосуються введення продукції в обіг, надання її на ринку або введення її в експлуатацію, а в разі якщо технічними регламентами передбачене залучення до цієї діяльності інших, ніж суб’єкти господарювання, фізичних чи юридичних осіб, – також їх права та обов’язки. Акти технічного регулювання встановлюють певні технічні та інформаційні вимоги щодо товару та умов його обороту на ринку. Недотримання вимог актів технічного регулювання спростовує презумпцію відповідності товару вимогам чинного законодавства та є підставою для недопущення відповідної продукції для обороту на ринку, виникнення правовідносин щодо захисту прав споживачів та захисту економічної конкуренції. Розуміння та застосування термінології в сфері технічного регулювання, зокрема і з боку компетентних органів Украї-

ни, є неоднозначним, що створює враження суперечливості з системою технічного регулювання в Європейському Союзі (далі – ЄС). В Україні відсутня класифікація та облік нормативних актів, які мають фактичний статус технічних регламентів (Олександр Безух “Технічне регулювання та його місце в системі господарського права”).

Існуюче законодавче визначення терміна “державна допомога суб’єктам господарювання” не повною мірою розкриває його сутність, яка закладена багаторічною європейською судовою практикою. Закон України “Про державну допомогу суб’єктам господарювання” регламентував державну допомогу дещо спотворено, що створює можливі передумови для формування правозастосовної практики у сфері державної допомоги, яка не відповідатиме практиці, що існує у європейських країнах. Наприклад, у справах, що стосуються послуг, які надаються комунальними підприємствами, Антимонопольний комітет України може визнавати таку підтримку державною допомогою, оскільки вона впливатиме на внутрішню конкуренцію, однак ніяким чином не буде впливати на міжнародну торгівлю з огляду на її суто локальний характер. Водночас Європейська комісія, беручи до уваги навіть те, що на тих територіях діє лібералізований режим ринку, не розглядає її як допомогу, тому що вони враховують ознаку впливу на торгівлю між країнами. Надійним та ефективним рішенням цієї проблеми є підготовка змін до Закону України “Про державну допомогу суб’єктам господарювання”, які передбачали б додавання до поняття державної допомоги ознаки впливу на торгівлю між країнами – членами ЄС (Олена Лиллемяє “Перспективи модернізації господарського законодавства України у сфері державної допомоги”).

Стале зростання економіки України неможливе без інвестиційних надходжень, тому важливо забезпечити стратегію розвитку елементів юридичної конструкції інвестиційної привабливості України та їх відповідність потребам як держави, так і інвесторів. Процес забезпечення інвестиційної привабливості України повинен мати системний, реформаторський характер, а не бути спрямованим на фрагментарне вирішення поодиноких проблем. Це, зі свого боку, є запорукою довгострокового зростання інвестиційних надходжень в економіку України (Олена Зельдіна “Юридична конструкція інвестиційної привабливості України в умовах сталого розвитку”).

Завдання державного регулювання аграрного ринку мають забезпечувати дві групи пріоритетів. До першої з них потрібно віднести забезпечення отримання прибутку сільськогосподарськими виробниками з одночасним врахуванням інтересів покупців продукції. Другу групу пріоритетів становлять забезпечення стійкої ефективності діяльності

сільськогосподарських товаровиробників, багатоманітності їх організаційно-правових форм, сталого розвитку сільських територій і, на більш глобальному рівні, забезпечення продовольчої безпеки. Сучасні завдання державного регулювання аграрного ринку – це сприяння: створенню локальних аграрних ринків та інфраструктури аграрного ринку; створенню об'єднань сільськогосподарських товаровиробників у формі обслуговуючих кооперативів; розширенню експорту сільськогосподарської продукції та запровадження інформаційно-консультаційного супроводу виробників сільськогосподарської продукції. Обґрунтовано, що досягнення цих завдань можливе завдяки вдалому поєднанню засобів державного регулювання господарської діяльності, закріплених у ст. 12 Господарського кодексу України. При цьому завдання і засоби державного регулювання аграрного ринку доцільно конкретизувати у національних і регіональних програмах економічного й соціального розвитку (Юлія Павлюченко “Завдання і засоби державного регулювання аграрного ринку”).

Прозорість як принцип державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю сьогодні ще не віднайшла не лише свого належного правового унормування, а й усталеного змістовного розуміння. Без цього не може бути забезпечено створення сприятливих умов для зміцнення сталого розвитку ринків небанківських фінансових послуг, здатних забезпечувати реальний сектор економіки необхідними фінансовими ресурсами, неможливо задовольняти потреби споживачів у якісних фінансових послугах. Необхідно також: підвищити ефективність використання коштів державного та місцевих бюджетів під час управління ризиками транспортних аварій, природних катаклізмів та техногенних катастроф; провадити державну політику зваженого регулювання і нагляду через застосування принципу прозорості; сформувати цілісну, науково-обґрунтовану концепцію державного нагляду за страховою діяльністю в Україні (Ніно Пацурія “Прозорість як принцип державної політики у сфері нагляду за страховою діяльністю”).

Управління ризиками в економіці та праві є діяльністю суб'єктів господарювання, спрямованою на аналіз, прогнозування та оцінку ймовірності настання ризику в умовах невизначеності з вибором превентивних заходів у цілях мінімізації можливих майнових втрат, а у разі їх виникнення – розподілу тягаря несення таких втрат між учасниками господарських правовідносин. Управління ризиками здійснюється у такій послідовності: проведення комплексу заходів, спрямованих на збір та аналіз інформації про можливі ризики, прогнозування ризиків та (або) ризикових ситуацій в умовах невизначеності; вибір господарсько-право-

вих засобів мінімізації ризиків та (або) їх негативних наслідків; ліквідація причин та наслідків ризиків. Начасі розробка вітчизняних стандартів управління ризиками, які ґрунтувалися б на міжнародному досвіді, використовували адаптовану термінологію (зокрема поняття ризику у підприємстві, економічного ризику тощо), а також враховували особливості економічної ситуації в Україні (Вікторія Рєзнікова, Руслан Стефанчук “Оцінка ризиків у підприємстві та управління ними”).

Забезпечення загальної безпеки безпосередньо пов’язано з переходом до сталого розвитку, відповідно, поняття безпеки ґрунтується на концепції сталого розвитку. Звідси, з одного боку, безпека як благо в сталому розвитку набуває комплексного характеру певної гарантованої комфортності людського існування, а з другого – виступає змістовним виміром сталого розвитку. В онтологічному аспекті це означає, що безпека – це певна доцільна відстань між людством і природою, яка забезпечує їхній цивілізаційний діалог. Навіть у межах моделі несталого розвитку необхідним є досягнення певного рівня стабільності й безпеки, для того щоб можна було здійснити перехід до сталого розвитку, який можливий лише в глобальному масштабі, у злагоджено-когерентному режимі всіх об’єктів та суб’єктів безпеки (Ольга Турченко “Екологічна безпека та сталий розвиток: кореляційна залежність”).

Ринки небанківських фінансових послуг – це сегмент фінансового ринку, що складається із системи економіко-правових відносин, які виникають між небанківськими організаціями та іншими учасниками ринку небанківських фінансових послуг щодо надання фінансових послуг (крім банківських), спрямовані на формування і використання власних та (або) залучених фінансових активів у сфері суспільного виробництва, та підлягають державному регулюванню. Керуючись загальними положеннями теорії господарського права і на підставі аналізу чинного законодавства, слід розглядати фінансові активи як особливий вид майна суб’єктів господарювання (кошти, цінні папери, боргові зобов’язання та право вимоги боргу, що не віднесені до цінних паперів), який є об’єктом фінансової послуги (Анастасія Попова “Ринки небанківських фінансових послуг та їх інструменти”).

Можна виокремити дві великі групи видів аутсорсингу – передача бізнес-процесів, виробничих функцій підприємству: а) яке вже існує (підприємство-замовник аутсорсингу не створює свої структурні підрозділи або ліквідує існуючі); б) спеціально створеному для реалізації проекту (ліквідує власні структурні підрозділи з аналогічними функціями). Господарсько-правовими засобами, що забезпечують оптимізаційний вплив аутсорсингу, є господарський договір, господарсько-управлінсь-

кі акти індивідуальної дії, локальні акти, інституційні засоби у формі корпоратизації. Договір аутсорсингу за своєю природою є господарським договором, оскільки для нього характерними є такі ознаки: застосовується виключно у сфері господарювання; контрагенти є суб'єктами господарювання; юридичний зв'язок між сторонами встановлюється для реалізації господарських цілей; породжує не тільки майново-господарські, як і будь-який інший господарський договір, а й організаційно-господарські зобов'язання. Створення підприємства-аутсорсера може відбутися шляхом виділу певного структурного підрозділу та передання йому за розподільним балансом частини майна, прав та обов'язків корпорації, з якої здійснюється виділ. Локальні акти можуть встановлювати регулювання відносин зі збереження комерційної таємниці, безпечного виконання робіт, пропускового режиму, організації взаємодії між персоналом замовника та аутсорсера, що є допоміжними господарсько-правовими засобами (Віталій Олюха "Господарсько-правове забезпечення оптимізаційного впливу аутсорсингу").

Діяльність "майнерів" криптовалюти та інших учасників ринку криптовалюти в Україні здійснюється у сфері суспільного виробництва і спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. А тому для визнання її господарською не вистачає лише волі законодавця щодо зняття заборони та запровадження правової регламентації операцій із криптовалютою. Подальший розвиток господарського та іншого законодавства повинен спрямовуватися на введення зобов'язань із реєстрації "майнерів" криптовалюти як суб'єкта підприємництва, запровадження ліцензування їхньої діяльності, оподаткування доходів від неї, нормативного визначення заходів відповідальності до порушників і забезпечення повноцінного державного регулювання й стимулювання такої діяльності за посередництва основних засобів регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання. Обов'язкова реєстрація як суб'єктів підприємництва осіб та їхніх груп, які здійснюють операції купівлі-продажу на ринку криптовалюти, не обов'язкова. Проте після легалізації такої діяльності держава може оподатковувати доходи від купівлі-продажу та зберігання на депозитних рахунках криптовалюти, а також застосовувати наявні у кримінальному, адміністративному, господарському законодавстві санкції до порушників (Богдан Дерев'янка "Про порівняння господарської діяльності з видобутком криптовалюти ('майнінгом') та здійсненням операцій із нею").



Руслана Гаврилук

доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри публічного права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(м. Чернівці, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-6750-4340>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/D-5380-2016>
r.havrylyuk@chnu.edu.ua

УДК 340.1

ЗУМОВЛЕНІСТЬ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ МЕДІАЦІЇ БУТТЄВИМ УСТРОЄМ ЛЮДСЬКОГО СВІТУ

АНОТАЦІЯ. Запровадження в Україні з 2017 р. медіації як обов'язкової процедури під час вирішення цілого ряду типів суспільних конфліктів відбулося під фактичним впливом прогресивного досвіду медіаційних практик у країнах ЄС, США та Канади. Однак правова система України, як і правова ментальність українців, кардинально відрізняються від цих феноменів у зазначених вище країнах. Звідси механічне перенесення в Україну їх досвіду медіації неможливе. Необхідне його глибоке теоретичне осмислення, передусім всебічне вивчення правової природи медіації, без чого неможливе вироблення раціональної правової політики медіації в Україні. Загальну проблематику цієї статті становить пошук детермінант правової природи медіації у буттєвому устрої людського світу. У такій постановці ця проблема в цілому та окремі її аспекти спеціально не досліджувались.

Метою статті є дослідження безпосередньої спричиненості правової природи медіації буттєвим устроєм людського світу. Конкретними завданнями статті є: обґрунтування поняття буттєвого устрою людського світу, розкриття його бінарної опозиційності, аналіз асиметричності людського світу, визначення їх впливу на суспільну природу медіації.

Методологічною основою статті є антропосоціокультурний підхід, передусім його світоглядна складова: практична філософія та матеріальна феноменологія.

Обґрунтовано, що під поняттям буттєвого устрою людського світу антропосоціокультурна пізнавальна традиція розуміє його фактичну даність, сконструйовану мотиваціями і цінностями життєвих світів індивідів. Доведено, що ця даність охоплює все те, що не стосується виокремлених суб'єктів соціальної взаємодії і відзначається інтерсуб'єктивним характером, детермінує соціальний світ. Найадекватніше вона проявляється у людських правах, які разом із принципами, правилами та законами соціального співбуття індивідів є конститuentами буттєвого устрою людського світу.

© Руслана Гаврилук, 2018

Доведено, що основоположним принципом буттєвого устрою людського світу є його тотальна фактична суперечливість. Вона виявляється у формі бінарних опозицій, симетрій та асиметрій, їх природа різна. Показано, що ця суперечливість дана передусім у фундаментальних суперечливостях людських статусів, людських потреб, функціональних соціальних ролей індивідів тощо. Ці суперечливості за їх природою є базовими конструктивними властивостями людського світу. Водночас вони є основоположним способом співбуття індивідів між собою, тобто є їх правом. Саме тому тотальна фактична суперечливість буттєвого устрою людського світу є другою онтологічно укоріненою причиною, що зумовлює необхідність медіації та задає їй правову природу.

Ключові слова: правова природа медіації; поняття буттєвого устрою людського світу; властивості буттєвого устрою людського світу; людські права як конститuent буттєвого устрою людського світу.

Запровадження в Україні з 2017 р. медіації як обов'язкової процедури під час вирішення цілого ряду типів суспільних конфліктів відбулося під фактичним впливом прогресивного досвіду медіаційних практик у країнах ЄС, США та Канади. Однак правова система України, як і правова ментальність українців, кардинально відрізняються від цих феноменів у зазначених вище країнах. Звідси механічне перенесення в Україну їх досвіду медіації неможливе. Необхідне його глибоке теоретичне осмислення, передусім всебічне вивчення правової природи медіації, без чого неможливе вироблення раціональної правової політики медіації в Україні.

У попередній статті¹ нами за допомогою методів практичної філософії та матеріальної феноменології було з'ясовано, що правова природа медіації насамперед є неминучим наслідком буттєвого устрою самої людини, її буттєвих властивостей. Загальну проблематику цієї статті становить пошук детермінант правової природи медіації у буттєвому устрої людського світу. У такій постановці ця проблема в цілому та окремі її аспекти спеціально не досліджувались. Водночас ось уже впродовж майже півстоліття зарубіжними науковцями та експертами-практиками активно аналізуються окремі техніки і технології медіації, її загальні та спеціальні умови, види медіації і набутий досвід її здійснення, місце медіації серед інших процедур замирення соціального середовища². Їх праці містять цінну інформацію і з питань нашого дослідження, а тому становлять його важливе інформаційне джерело.

Метою дослідження є вивчення безпосередньої спричиненості правової природи медіації буттєвим устроєм людського світу. Конкретними

¹ Руслана Гаврилюк, 'Правова природа медіації – вислід буттєвих властивостей людини' (2018) 3 Право України.

² M Spangle and M Isenhardt, *Negotiation: Communication for Diverse Settings* (1st edn, SAGE Publications 2002) 409-423.

завданнями статті є обґрунтування поняття *буттєвого устрою людського світу*, його базових конструктивних властивостей, фактичної суперечливості цих властивостей та їх впливу на природу медіації.

Методологічною основою статті є антропосоціокультурний підхід, передусім його світоглядна складова: практична філософія та матеріальна феноменологія.

Поняття буттєвого устрою людського світу. Воно є одним із ключових понять практичної філософії та сконструйоване з двох понять, що належали первісно іншій пізнавальній традиції – матеріальній феноменології Е. Гуссерля. Це поняття *буттєвого устрою* та *життєвого світу* (у практичній філософії останнє трансформується у поняття *людського світу*), які розглядалися Е. Гуссерлем як парні категорії з акцентуванням уваги на понятті “життєвий світ”. Саме тому для автентичного його осмислення необхідна реконструкція *гуссерлівської концепції життєвого світу*.

Перші спроби аналізу Е. Гуссерлем життєвого світу представлені ним у його “Лекціях про природне розуміння світу” та “Лекціях про інтерсуб’єктивність”, прочитаних ним під час зимового семестру 1910/1911 рр. Але стосовно отримання нових знань щодо природи життєвого світу вони не мали успіху. Проте уже в “Конституції духовного світу” – рукописі, написаному між 1913 і 1917 рр., життєвий світ концептуалізується ним як первинна даність, з якою феноменолог має справу ще до того, як він зайняв рефлексивну феноменологічну позицію. Ця даність охоплює все те, що не стосується суб’єкта дії і відзначається інтерсуб’єктивним анонімним характером³, конститує соціальний світ⁴. Найадекватніше вона проявляється у людських правах. У цій самій праці Е. Гуссерль переносить логічний закон, згідно з яким висновок слідує із посилянь, на сферу аксіології та формулює аналогічний йому закон взаємозв’язку мотивації та цінностей життєвого світу. Внаслідок цього мотивація стала тлумачитись ним як специфічна інтенціональність⁵.

Дослідники творчої спадщини Е. Гуссерля неодноразово зауважували, що ця обставина мала своїм негативним наслідком змішування конститутивних функцій трансцендентального та особистого Я. Останнє, у свою чергу, зумовило двоякість позицій Е. Гуссерля при визначенні ним поняття *життєвого світу*. З одного боку, він визначає життєвий світ як універсальну структуру, інваріантну усім можливим життєвим світам, з другого – веде мову про плюралістичність життєвих світів. За такого

³ Edmund Husserl, *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie. Zweites Buch. Phänomenologische Untersuchungen zur Konstitution* (Martinus Nijhoff 1952) 191, 199, 238, 270.

⁴ Там само 243.

⁵ Edmund Husserl, *Vorlesungen über Ethik und Wertlehre (1908-1914)* (Springer Auflage 1988) 70.

підходу, з одного боку, життєсвітовий досвід можна розуміти як структуру будь-якого досвіду, а з другого – трансцендентальна інтерсуб'єктивність уособлює та маніфестує сам принцип структурної організації життєсвітового досвіду⁶.

Проте, як пізніше дослідили представники практичної філософії, ця потенційна двоякість позиції Е. Гуссерля при визначенні ним поняття життєвого світу жодним чином не впливає на фундаментальну антиномічність як основну структуру людського світу, 'яку ми маємо осягати, з одного боку, як природну фактичність, а з другого боку, як проект в свободі'⁷, а також на асиметричність буттєвого устрою людського світу⁸.

Прояснивши таким чином поняття людського світу як світу соціального, нам необхідно також прояснити поняття буттєвого устрою у зазначеній вище пізнавальній традиції, або, іншими словами, поняття буття, які вживаються у ній синонімічно. Потреба такого прояснення зумовлена передусім поширеною практикою онтологізації цього поняття на кшталт онтологічного статусу поняття людського світу. За таким проясненням найпереконливіше звернутися до творчої спадщини Т. Аквінського, адже саме він 'увійшов в історію філософії як мислитель Буття'⁹.

Так, А. Баумейстер зазначає, що згідно з Т. Аквінським 'буття – це не ось ця або он та річ, що існує, а якийсь *внутрішній принцип речі* й те, що річ отримує завдяки цьому принципіві. Ця троянда або ця людина не є буттям, – пояснює він, – а має буття'¹⁰ (тут і надалі курсив наш. – Р. Г.). В іншому місці цієї ж праці А. Баумейстер ще точніше викладає тлумачення Т. Аквінським буття:

<...> буття – це не те, що реально існує, а те, що уможливорює існування, що вводить в існування. Буття не тотожне суццюму. Буття не лише не можна реізувати (буття – не річ); його не можна також і онтизувати (буття – не суще)¹¹.

⁶ Детальніше див.: U Claesges, 'Zweideutigkeit in Husserls Lebenswelt-Begriff' in U Claesges und K Held (Hrsg), *Perspektiven transzendentalphänomenologischen Forschung* (Springer Dordrecht 1972) 85-102. А також: E Orth, "Lebenswelt" als eine unvermeidliche Illusion? Husserls Lebensweltbegriff und seine kulturpolitischen Weiterungen' in Gerhard Preyer (Hg), *Protosoziologie im Kontext: "Lebenswelt" und "System" in Philosophie und Soziologie* (Königshäusern & Neumann Verlag 1996) 28-40.

⁷ Томас Ренч, *Конституція моральності. Трансцендентальна антропологія і практична філософія* (Дух і Літера 2010) 52.

⁸ Там само 194-7.

⁹ Андрій Баумейстер, *Тома Аквінський: вступ до мислення. Бог, буття і пізнання* (Дух і Літера 2012) 154.

¹⁰ Там само 236.

¹¹ Там само 253.

Пояснюючи буттєвий устрій людського світу у термінології Т. Аквінського, А. Баумейстер наголошує:

Отже, є багато визначальних факторів, які конституують речі, події та стосунки в рамках нашого світу. Ці фактори є чимось дуже важливим, чимось таким, що має неабияку силу і справляє потужний вплив на те, що відбувається у світі. Це *принципи, правила, причини та закони*. Вони не є речами та подіями, але визначають, конституують і направляють речі та події¹².

При цьому А. Баумейстер деталізує своє пояснення буттєвого устрою людського світу передусім через його принципи:

Принципи – це те, завдяки чому щось існує, пізнається або здійснюється. Принцип несуперечності є одним з фундаментальних принципів мислення, хоча він не є чимось емпіричним і його значущість не обґрунтовується через досвід. Те, що людина має невід’ємні права і що позитивні закони держави не можуть порушувати ці права, – один із фундаментальних принципів людського співіснування. Він є дієвим принципом, а не якоюсь емпіричною річчю. Понад те, його універсальна значущість також не обґрунтовується через чуттєвий досвід. Проте він не менш реальний, ніж ці яблука або ті апельсини на столі. І наше мислення, й наші вчинки керуються фундаментальними принципами, без яких ні правильне мислення, а ні моральні вчинки були б неможливі¹³.

Отже, під буттєвим устроєм людського світу матеріальна феноменологія та практична філософія розуміють фактичну даність цього світу, сконструйовану за допомогою закону взаємозв’язку мотивацій і цінностей життєвих світів індивідів. Ця даність охоплює все те, що не стосується суб’єктів соціальної взаємодії і відзначається інтерсуб’єктивним характером, детермінує соціальний світ. Найадекватніше вона проявляється у людських правах. Останні разом із принципами, правилами та законами соціального співбуття індивідів є конституентами буттєвого устрою людського світу.

Тотальна фактична суперечливість людського світу та її вплив на природу медіації. Основоположним принципом буттєвого устрою людського світу є його тотальна фактична суперечливість. Причому ця суперечливість, з одного боку, є запорукою буяння життя, його неодмінним атрибутом, а з другого – може нести йому в собі не тільки потенційні, а й реальні загрози, включно до повного його знищення. Переконливим

¹² Баумейстер (н 9).

¹³ Там само.

прикладом останнього є той безперечний факт, що більшість людських цивілізацій, які існували на планеті Земля, а окремі з них навіть у наш час, відійшли у небуття через їх неспроможність подолати власні внутрішні суперечності, які через це трансформувалися в антогонізми та зруйнували, знищили відповідні соціуми¹⁴. Саме тому *тотальна фактична суперечливість людського світу* повинна бути розцінена як друга, також онтологічно укорінена, причина, що зумовлює необхідність медіації та задає їй правову природу.

Бінарна опозиційність людського світу. Тотальна суперечливість буттєвого устрою людського світу зазвичай проявляється у формі бінарних опозицій, симетрій та асиметрій, проте їх природа у різних випадках різна. Ґрунтовне ознайомлення зі спеціальною філософсько-методологічною та науковою літературою із зазначеної вище проблематики засвідчує наявність широкого діапазону думок науковців з приводу цих феноменів¹⁵. Проте наявні і деякі спільні риси у підходах учених-представників різних пізнавальних традицій до пояснення суперечливих буттєвих властивостей людського світу.

Чи не найтиповіше їх проілюстровала І. Герасимова, яка, здійснивши спеціальний методологічний аналіз культурних контекстів, що по-різному увібрали в себе явища симетрії й асиметрії та проявилися назовні в одному і тому самому пізнавальному ключі через багатоліку *подвійність*, як один із найзагальніших підсумків свого дослідження зазначила:

Давній світ мислив *бінарними опозиціями*, структуруючи як явища зовнішньої природи, так і внутрішні людські їх сприйняття і думки, виокремлюючи пари світло/пітьма, жіноче/чоловіче, верх/низ, ближче/далі, добро/зло, правда/брехня, парний/непарний тощо. Опозиціями оперувало не тільки їх повсякденне мислення, виражаючи себе в поетичних міфах. Прийом розрізнення з наступним порівнянням – антитеза – один із найдавніших прийомів оповідання і організації тексту¹⁶.

Це не випадково, адже дійсність, яка відображалася у цих текстах, була такою самою суперечливою, біполярною.

¹⁴ Jared Diamond, *Collapse: How Societies Choose to Fail or Survive* (2nd edn, Penguin Books 2011).

¹⁵ В Порус, 'Симметрии принцип' в Степин В и другие (ред), *Новая философская энциклопедия*, т 3 (Мысль 2010) 539; Е Вигнер, *Этюды о симметрии* (Мир 1971) 26; Ю Щуцкий, *Китайская классическая Книга перемен* (Наука 1997) 121, 124, 137 та ін.; Герасимова И, 'Многоликая двойственность. Методологический анализ культурных контекстов' в Герасимова И (ред), *Противоположности и парадоксы (Методологический анализ)* (Канон+ РООИ "Реабилитация" 2008) 8; Г Вейль, *Симметрия* (Наука 1968) 7-9; А Грюнбаум, *Философские проблемы пространства и времени* (Прогресс 1969) 32, 39 та ін.; Г Короткова, *Принципы целостности: (К вопросу о соотношении живых и неживых систем)* (Изд-во ЛГУ 1968) 58-9 та ін.

¹⁶ Герасимова (н 15) 8.

Відомий методолог науки В. Попков на основі всебічного аналізу феномену біполярності, який він назвав *генетичною двоєдністю* чи просто *подвійністю*, продемонстрував, що будь-яке таке *суперечливе єдине* структурно поділяється на *протилежні начала*, а кожне з останніх, окремо взяте, не вичерпує собою явища в цілому¹⁷. Американський генетик Дж. Койн як блискучий приклад останнього наводить приклад статевого розмноження людей, яке досі залишається однією з найбільших загадок еволюції людства. Атрибутивними його учасниками є жінки з їх великими гаметами (яйцеклітинами) та чоловіки із малими гаметами (сперміями). ‘Саме ця асиметрія в розмірі гамет, – пише він, – закладає підвалини для природного відбору, спричинюючи еволюцію різних шлюбних стратегій у обох статей’¹⁸. Далі, як з’ясували К. Раєн та К. Джета, до справи беруться ‘наші протилежні генетичні програми’¹⁹.

Протилежні генетичні програми чоловіків та жінок доповнюються та ще більше ускладнюються не менше протилежними їх соціальними ролями з появою такого основоположного інституту людського світу, як сім’я. Поява та розвиток людської сім’ї впродовж усієї історії її існування характеризується симетрично-асиметричною природою останньої. Із розвитком людської культури зміст та характер сімейних суперечностей кардинально змінились, але їх обсяг та гострота не зменшились, навпаки, помітно зросли та продовжують ускладнюватись. Століття тому про це писав Ф. Енгельс²⁰. А останні десятиліття ще голосніше заявили про це різким зростанням запиту у розвинених суспільствах на сімейну медіацію²¹.

Поява людських суспільств стала причиною незліченної кількості уже суто соціальних суперечностей та їх відповідної ієрархії, яка сама по собі є явищем непостійним і таким самим суперечливим. Ідеться передусім про атрибутивну суперечливість людських потреб: матеріальні/духовні; нинішні/майбутні; приватні/публічні; в освоєнні та перетворенні природи/у збереженні первозданності природи; між зростанням людських потреб у геометричній прогресії та розвитком людських можливостей їх задоволення в арифметичній прогресії тощо. П. Пацурківський та П. Бартусяк, спеціально дослідивши останню із зазначених вище суперечностей, дійшли переконливого висновку, що внаслідок її дії індивіди щоразу постають перед дилемою: бути чи не бути. Ця дилема має місце

¹⁷ В Попков, ‘Двойственность’ [2001] 3(32) *Философские исследования* 158.

¹⁸ Джеррі Койн, *Чому еволюція правдива* (Наш формат 2015) 171.

¹⁹ Крістофер Раєн та Касільда Джета, *Світанок сексу* (Темпора 2012) 35.

²⁰ Фридрих Енгельс, *Происхождение семьи, частной собственности и государства* (Азбука-классика 2009) 19-104.

²¹ William Ury, *The Power of a Positive No: Save The Deal Save The Relationship and Still Say No* (Reprint edition, Bantam 2007) 67.

тому, що обмін благами між індивідами має трансцендентальний характер, а тому відбувається авансом, що обертається інфляцією одержаного кожним блага. Будучи перманентною, інфляція, як показали вони, періодично набуває загрозливих для суспільства масштабів²². ‘Тоді суспільства вражають інфляційні тайфуни та цунамі, що нерідко руйнують самі ці соціуми’²³, – резюмують вони.

Примножує зазначений вище ряд суперечливостей їх інший ряд – суперечливостей між природою функціональних соціальних ролей індивідів: лікар/хворий, дитина/дорослий, утриманець/утримувач, керівник/підлеглий, виробник/споживач, творець/паразит, бідний/багатий, педагог/учень та ін. Таких суперечливих рядів у людському світі є безліч. Кожна із пар зазначеного вище типу – це бінарні опозиції, іншими словами, діалектичні протилежності, які залежать одна від одної, наділені зворотною спрямованістю одна до одної, перебувають між собою у відносинах боротьби, нерівності між сторонами. Як зазначав лауреат Нобелівської премії з економіки Дж. Стігліц, ціна цієї нерівності надзвичайно висока – вона реально загрожує нашому майбутньому, якщо її вчасно не трансформувати у конструктивний діалог конфронтуючих сторін²⁴.

Чи не найповніше бінарна опозиційність людського світу проявляється в економічній сфері, особливо в питаннях розподілу благ між різними суспільними верствами. Т. Пікетті, який спеціально досліджував розподіл багатств у різний час у різних народів, дійшов переконливого висновку, що питання розподілу доходу від виробництва між трудовими доходами і доходами з капіталу завжди були та залишаються нині центральним елементом *конфлікту розподілу*²⁵. Вчений зазначає:

У традиційному суспільстві основою соціальної нерівності та найпоширенішою причиною повстань був конфлікт інтересів між землевласниками і селянами, між тим, хто володів землею, і тим, хто вкладав у неї свою працю, тим, хто отримував земельну ренту, й тими, хто платив йому. Промислова революція поглибила суперечності між капіталом і оплатою праці, можливо, тому, що виробництво стало капіталомісткішим, ніж раніше (воно використовує машини та експлуатує природні ресурси ширше, ніж будь-коли досі), й, можливо, через те, що надії на справедливіший розподіл доходу й демократичніший суспільний устрій не справдилися²⁶.

²² П Пацурківський та П Бартусяк, ‘Правові властивості інфляції’ (2017) 12 Право України 186.

²³ Там само 187.

²⁴ Джозеф Стігліц, *Ціна нерівності* (Темпора 2017).

²⁵ Тома Пікетті, *Капітал у XXI столітті* (Наш формат 2016) 45.

²⁶ Там само.

Т. Пікетті вивів закономірність, що ще нерівномірніше, ніж оплата праці, розподіляється капітал – ‘нерівність щодо капіталу завжди надмірна’²⁷, – резюмує він.

По-перше, ми бачимо цю закономірність у всіх країнах і в усі періоди, щодо яких володіємо доступними даними, без винятків, а величина цього явища завжди вражає. Зауважимо: верхні 10 % у шкалі розподілу доходу від оплати праці зазвичай отримують 25–30 % її сукупного доходу, тоді як верхні 10 % шкали розподілу доходів від капіталу завжди володіють понад 50 % всього багатства (а в деяких суспільствах – аж 90 %). Можливо, ще більше вражає те, що нижні 50 % у розподілі зарплат завжди отримують значну частку сукупного доходу від оплати праці (як правило, від чверті до третини, або приблизно стільки ж, скільки й верхні 10 %), тоді як нижні 50 % у розподілі багатства не мають взагалі нічого або майже нічого (завжди менше ніж 10 % і в більшості випадків менше ніж 5 % від сукупного багатства, або одну десяту від того, що мають найбагатші 10 %) <...>. По-друге, ця закономірність аж ніяк не є наперед визначеною, і саме її існування – це доказ особливої природи економічних і соціальних процесів, які формують динаміку накопичення капіталу та розподілу багатства²⁸.

Асиметричність людського світу. Ще більшим за обсягом пластом суперечностей є звичайні асиметричні пари феноменів людського світу. Вони принципово відрізняються від діалектичних бінарних опозицій. Якщо сторони у такій парі феноменів тільки бінарно сполучені (опозиційні), але діалектично не взаємодіють між собою, то в такому разі має місце асиметрія. Візьмімо, до прикладу, відому широкому загалу пару суспільних феноменів *податкове право фіскальної держави/примусовий податковий обов’язок платника податку*. Позитивістська традиція правопізнання вважає характер взаємозв’язку між ними, як, до речі, і між усіма іншими парними феноменами позитивного права, *очевидним*, таким, що лежить на поверхні та не вимагає спеціального пізнання. У дійсності ж не є очевидним навіть факт парності багатьох із феноменів позитивного права – його потрібно науково доводити. Більше того, поза спеціальним дослідженням змісту *опозиційності у позитивному праві* природу взаємозв’язків пар асиметричних феноменів між собою розкрити неможливо.

Здійснення такого аналізу для пари асиметричних феноменів людського світу *податкове право фіскальної держави/примусовий податковий обов’язок платника податків* засвідчує, що єдиним принципово

²⁷ Пікетті (н 25).

²⁸ Там само.

спільним для податкового права фіскальної держави та примусового податкового обов'язку платника податку з формальної точки зору є податок. Проте уже перші кроки переходу від формального до змістовного аналізу податку виявляють його *протилежну явленість*, з одного боку, для фіскальної держави – як *суверенного права оподатковувати*²⁹, з другого боку, для платника податку – як *примусового податкового обов'язку*³⁰. Своє право оподатковувати фіскальна держава розглядає виключно як атрибутивний для неї феномен³¹, тобто таку властивість, яка з філософсько-методологічних підходів етатизму за жодних обставин ніколи не може перейти до платника податків.

Платник податку, у свою чергу, сприймає покладений на нього фіскальною державою примусовий обов'язок сплачувати податки із діаметрально протилежного підходу. Цей обов'язок для нього надміру обтяжливий, чужий, перебуває у постійному антагонізмі з його реальними потребами та інтересами, а реальна віддача платнику податку від виконання ним податкового обов'язку непропорційно мала. Дуже образно це продемонстрував відомий американський вчений Р. МакГі у спеціальному дослідженні “Філософія оподаткування та публічних фінансів”: держава, зазначив він, забираючи у платника податків автомобіль на виконання його податкового обов'язку, віддає йому навзаєм велосипед³². Платник податку у фіскальній державі, як переконує історичний досвід, усіма своїми силами прагне позбутись примусового податкового обов'язку.

До прикладу, П. Пацурківський як ілюстрацію останнього наводить “соляні” та “мідні” бунти платників податків у царській Росії; бунт проти так званого корабельного податку в Англії, який став безпосереднім приводом англійської буржуазної революції 1648 р.; відмову американських колоній сплачувати непрямі податки, встановлені англійським парламентом, і “бостонське чаювання”, які послугували прелюдією війни за незалежність США, ряд інших відомих історичних фактів³³.

Антагоністична протилежність права фіскальної держави на податки та примусового обов'язку платників податків сплачувати їх створює в останніх апатію, “втечу” від оподаткування, внаслідок чого фіскальна держава в кінцевому рахунку перероджується у державу боргову, фактично втрачає природний взаємозв'язок із суспільством та маргіналізується і “приватизується” різними взаємопоборюваними суспільними групами.

²⁹ Руслана Гаврилюк, *Антропосоціокультурний код податкового права*. Книга 2. *Константи податкового права* (Черновицький нац ун-т 2014) 50-85.

³⁰ Там само 125-153.

³¹ Там само 10-49.

³² Robert McGee, *The Philosophy of Taxation and Public Finance* (Kluwer Academic Publishers 2004) 23.

³³ П. Пацурківський, *Правові засади фінансової діяльності держави: проблеми методології* (ЧДУ 1997) 3.

Впритул до такої межі підійшла, як нещодавно писав відомий вітчизняний теоретик та експерт з податкового права Д. Гетманцев, Україна³⁴.

Історичний досвід суспільств і держав переконує, що заради їх обопільного виживання зазначеним вище сторонам, усім індивідам соціуму необхідно вдаватися до найрізноманітніших способів пом'якшення антагонізмів між ними, переведення останніх у менш гострі суперечності. 'Зіткнень уникнути неможливо, – своєрідно підсумовує І. Берлін, – але їх можна зм'якшити'³⁵. Чи можливо досягти цього у жорстко детермінованому безліччю чинників людському світі? Аналіз його буттєвого устрою з позицій цілісної теорії буття, розробленої практичною філософією, дає змогу обґрунтувати позитивну відповідь на це запитання.

Зокрема, яскравий вітчизняний представник цієї пізнавальної традиції А. Баумейстер зазначає:

Ми не можемо пояснити поведінку людини виключно в термінах фізіології та психології. Знання, мораль, політика, право – всі ці феномени людської діяльності неможливо редукувати до природних феноменів і надавати їм натуралістичного пояснення. Інакше кажучи, існує багато фактів і подій світу, пояснюючи які ми маємо запитувати *не що, а хто* є їхньою причиною. *Хто*-причина (особове пояснення) відрізняється від *що*-причини (натуралістичного пояснення) насамперед урахуванням виміру свободи та відповідальності. *Особова каузальність* є вищим рівнем каузальності, бо має стосунок до складних процедур виправдання, обґрунтування, комунікативності (логосності) так само, як і до феноменів історичності, цінностей і традицій, переконань, віри тощо³⁶.

На підставі викладеного А. Баумейстер резюмує: 'Світ має таку структуру, у рамках якої можливі *раціональність і вільний вибір*'³⁷. Цей вільний вибір ще більше ускладнює буттєвий устрій людського світу, оскільки атрибутивно містить *спонтанність* вчинків кожного індивіда, як некеро-ваність ними із зовні. Більше того, 'фактичність і спонтанність перетнуті одна одною'³⁸, – зазначає Т. Ренч. Фактичність несе в собі детермінізм, неминучість, а спонтанність заряджена свободою.

У буттєвий устрій людського світу атрибутивно вмонтовано тотальне зіткнення людських цінностей, найголовнішою з яких є свобода. Але, як наголошує І. Берлін:

³⁴ Д Гетманцев, 'Борговий розрив' (Дзеркало тижня, 24 березня 2018) 9.

³⁵ Й Берлін, 'Стремление к идеалу' в *Философия свободы. Европа* (Новое литературное обозрение 2001) 32.

³⁶ Баумейстер (н 9) 185.

³⁷ Там само 186.

³⁸ Ренч (н 7) 143.

Свободу (*а без неї немає вибору і, отже, немає можливості залишитися людьми*) – так, саму свободу іноді треба обмежити, щоб нагодувати голодних, вдягти неодягнених та дати притулок бездомним; щоб не зазіхати на свободу інших; щоб здійснювати справедливість³⁹.

Людський світ знає тільки одне істинне мірило свободи індивідів – їх право. Саме воно є основоположним (потребовим) способом співбуття людей у соціумі. Саме право зарекомендувало себе найефективнішим засобом замирення конфліктуючих сторін у суспільстві, оскільки воно створене буттєвим устроєм людського світу. Медіація є одним із проявів людського права. Отже, основоположним принципом буттєвого устрою людського світу є його тотальна фактична суперечливість. Вона проявляється у формі бінарних опозицій, симетрій та асиметрій, їх природа різна. Поява людських суспільств створила множину соціальних суперечностей та їх відповідну ієрархію, яка сама по собі є явищем динамічним і таким же суперечливим. Передусім це фундаментальна суперечливість людських статусів: чоловік/жінка; батьки/діти; народження/вмирання; власник/найманий працівник та ін. Така сама суперечливість людських потреб: матеріальних/духовних; нинішніх/майбутніх; приватних/публічних; в освоєнні та перетворенні природи/у збереженні первозданності природи; між зростанням людських потреб у геометричній прогресії та розвитком людських можливостей їх задоволення в арифметичній прогресії тощо. До них належать і суперечливості між природою функціональних соціальних ролей індивідів: лікар/хворий, дитина/дорослий, утриманець/утримувач, керівник/підлеглий, виробник/споживач, бідняк/багатій, учень/учитель тощо. Саме тому тотальна фактична суперечливість буттєвого устрою людського світу є другою онтологічно укоріненою причиною, що зумовлює необхідність медіації та задає їй правову природу.

Висновки. Таким чином, буттєвий устрій людського світу становить другу групу онтологічно укорінених причин, що зумовлюють як саму необхідність медіації, так і її правову природу. В основі цих причин лежить тотальна суперечливість фактичного устрою людського світу та особова каузальність усього соціального як вищий рівень каузальності взагалі, оскільки тільки вона здатна врахувати міру свободи та міру відповідальності кожного суб'єкта суспільного життя.

³⁹ Берлін (н 35) 19.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Diamond J, *Collapse: How Societies Choose to Fail or Survive* (Penguin Books 2011) (in English).
2. Husserl E, *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie Zweites Buch: Phänomenologische Untersuchungen zur Konstitution [Ideas Pertaining to a Pure Phenomenology and to a Phenomenological Philosophy. Studies in the Phenomenology of Constitution]* (Martinus Nijhoff 1952) (in German).
3. Husserl E, *Vorlesungen über Ethik und Wertlehre (1908-1914) [Lectures on Ethics and Value Theory (1908-1914)]* (Auflage 1988) (in German).
4. McGee R, *The Philosophy of Taxation and Public Finance* (Kluwer Academic Publishers 2004) (in English).
5. Spangle M and Isenhardt M, *Negotiation: Communication for Diverse Settings* (1st edn, SAGE Publications 2002) (in English).
6. Ury W, *The Power of a Positive No: Save The Deal Save The Relationship and Still Say No* (Reprint edition, Bantam 2007) (in English).
7. Baumaister Andrii, *Toma Akvinskyi: vstup do myslennia. Boh, buttia i piznannia [Thomas Aquinas: Introduction to Thinking. God, Being and Cognition]* (Dukh i litera 2012) (in Ukrainian).
8. Gavriljuk R, *Antroposociokul'turnyj kod nalogovogo prava. Kniga 2. Konstanty nalogovogo prava [Anthroposociocultural Code of Tax Law. Book 2. Constants of Tax Law]* (Chernovickij nac un-t 2014) (in Russian).
9. Grjunbaum A, *Filosofskie problemy prostranstva i vremeni [Philosophical Problems of Space and Time]* (Progress 1969) (in Russian).
10. Jengel's F, *Proishozhdenie sem'i, chastnoj sobstvennosti i gosudarstva [The Origin of the Family, Private Property and the State]* (Azbuka-klassika 2009) (in Russian).
11. Koin Dzheri, *Chomu evoliutsiia pravdyva [Why Evolution is True]* (Nash format 2015) (in Ukrainian).
12. Korotkova G, *Principy celostnosti: (K voprosu o sootnoshenii zhivyh i nezhyvyh sistem) [Principles of Integrity: (On the Question of the Relationship Between Living and Nonliving Systems)]* (Izd-vo LGU 1968) (in Russian).
13. Patsurkivskiy P, *Pravovi zasady finansovoi diialnosti derzhavy: problemy metodologii [Legal Bases of Financial Activity of the State: Problems of Methodology]* (ChDU 1997) (in Ukrainian).
14. Piketti T, *Kapital u XXI stolitti [Capital in the Twenty-First Century]* (Nash format 2016) (in Ukrainian).
15. Raien K ta Dzheta K, *Svitanok seksu [Sex at Dawn]* (Tempora 2012) (in Ukrainian).
16. Rench T, *Konstytutsiya moral'nosti. Transtsendental'na antropolohiya i praktychna filosofiya [Constitution of Morality. Transcendental Anthropology and Practical Philosophy]* (Dukh i litera 2010) (in Ukrainian).
17. Shhuckij Ju, *Kitajskaja klassicheskaja Kniga peremen [Chinese Classical Book of Changes]* (Nauka 1997) (in Russian).
18. Stiglic D, *Cina nerivnosti [The Price of Inequality]* (Tempora 2017) (in Ukrainian).
19. Vejl' G, *Simmetrija [Symmetry]* (Nauka 1968) (in Russian).
20. Vigner E, *Jetjudy o simmetrii [Studies On the Symmetry]* (Mir 1971) (in Russian).

Edited books

21. Claesges U, Zweideutigkeit in Husserls Lebenswelt-Begriff [‘Ambiguity in Husserl’s Lifeworld Concept’] in Claesges U und Held K (Hrsg), *Perspektiven transzendentalphänomenologischen Forschung* [Perspectives of the Transcendental Phenomenological Research] (Springer Dordrecht 1972) (in German).
22. Orth E, “Lebenswelt” als eine unvermeidliche Illusion? Husserls Lebensweltbegriff und seine kulturpolitischen Weiterungen [‘Lifeworld as an Inevitable Illusion? Husserl’s Concept of Lifeworld and its Cultural and Policy Extensions’] in Preyer Gerhard (Hg), *Protosozologie im Kontext: “Lebenswelt” und “System” in Philosophie und Soziologie* [Protosociology in Context: “Lifeworld” and “System” in Philosophy and Sociology] (Königshäuser & Neumann Verlag 1996) (in German).
23. Berlin I, ‘Stremlenie k idealu’ [‘Aspiration to the Ideal’] v *Filosofija svobody. Evropa* [Philosophy of Freedom. Europe] (Novoe literaturnoe obozrenie 2001) (in Russian).
24. Gerasimova I, Mnogolikaja dvojstvennost. Metodologicheskij analiz kul’turnyh kontekstov’ [Many-faced Duality. Methodological Analysis of Cultural Contexts] v Gerasimova I (red), *Protivopozhnosti i paradoksy (Metodologicheskij analiz)* [Opposites and Paradoxes (Methodological Analysis)] (Kanon+ ROOI “Reabilitacija” 2008) (in Russian).
25. Porus V, ‘Simmetrii princip’ [‘Symmetry Principle’] v Stepin V i drugie (red), *Novaja filosofskaja jenciklopedija* [New Philosophical Encyclopedia] t 3 (Mysl’ 2010) (in Russian).

Journal articles

26. Havryliuk R, ‘Pravova pryroda mediatsii – vyslid buttievykh vlastyvostei liudyny’ [‘The Legal Nature of Mediation – the Outcome of Man’s Existential Properties’] (2018) 2 Pravo Ukrainy (in Ukrainian).
27. Patsurkivskiyi P ta Bartusiak P, ‘Pravovi vlastyvosti inflitsii’ [‘Legal Properties of Inflation’] (2017) 12 Pravo Ukrainy 186 (in Ukrainian).
28. Popkov V, ‘Dvojstvennost’ [‘Duality’] [2001] 3(32) Filosofskie issledovanija 158 (in Russian).

Newspaper

29. Hetmantsev D, ‘Borhovyi rozryv’ [‘Debt Gap’] (*Dzerkalo tyzhnia*, 24 berezhnia 2018) 9 (in Ukrainian).

Ruslana Havryliuk

THE EXISTENTIAL ARRANGEMENT OF THE HUMAN WORLD
AS THE FACTOR DETERMINING THE LEGAL NATURE OF MEDIATION

ABSTRACT. Mediation as a mandatory procedure for resolving a range of social conflicts of various types has been introduced in Ukraine in 2017 as a response to the actual impact of the progressive experience of mediation practices in the EU countries, USA and Canada. However, Ukraine’s legal system, as well as legal mentality of the Ukrainians, is fundamentally different from these phenomena in the said countries. Therefore, their mediation experience may not be mechanically transferred to Ukraine. This experience requires a deep theoretical comprehension, and first of all, a comprehensive study of the legal nature of mediation without which no rational legal policy of mediation in Ukraine

can be developed. This article generally aims at finding the determinants of the legal nature of mediation in the existential arrangement of the human world. From this perspective, this issue in general and its separate aspects in particular have not been specifically investigated.

The purpose of this article is to study a direct dependence of the legal nature of mediation on the existential arrangement of the human world. The goals of the article are: to provide a substantiation of the existential arrangement of the human world as a concept, reveal its binary opposition, make an analysis of the asymmetric nature of the human world and determine their impact on the social nature of mediation.

The methodological basis of the article is formed by the anthroposociology approach, especially its worldview component: practical philosophy and material phenomenology.

The author demonstrates that the anthroposociological cognitive tradition understands the notion of the existential arrangement of the human world as its actual reality made up by motivations and values of the life worlds of individuals. It is proved that this reality covers everything that does not concern isolated subjects of social interaction and is marked by an interactive character and determines the social world. It is most adequately manifested in human rights, which, together with the principles, rules and laws of social co-existence of individuals are the constituents of the existential arrangement of the human world.

The article proves that in the human world the fundamental principle of its existential arrangement is its total actual inconsistency. It manifests itself in the form of binary oppositions, symmetries and asymmetries, and their nature is different. The author shows that this inconsistency is given primarily in the fundamental inconsistencies of human statuses, human needs, functional social roles of individuals etc. These inconsistencies by their nature are the basic constructive properties of the human world. At the same time, they are the essential way of individuals to co-exist with each other, i.e. it is their right. This is why the total actual inconsistency of the existential arrangement of the human world is one more ontologically rooted reason which necessitates mediation and from which its legal nature stems.

KEYWORDS: legal nature of mediation; the concept of the existential arrangement of the human world; properties of the existential arrangement of the human world; human rights as a constituent of the existential arrangement of the human world.

ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА



Павло Слободянюк

суддя Шевченківського районного суду м. Києва
(м. Київ, Україна)
pavlo12061981@gmail.com

УДК 342.722.1

ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ВІД ЗЛОЧИННИХ ПОСЯГАНЬ – НОВИЙ ДОКТРИНАЛЬНИЙ ПІДХІД

Анотація. Конституцією України закріплено норму, згідно з якою кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань, та встановлено, що ці права і свободи захищаються судом. Це положення розкрито у ряді рішень: у Європейській конвенції щодо відшкодування збитку жертвам насильницьких злочинів (24 листопада 1983 р.) стосовно необхідності відшкодування потерпілому шкоди, що не тільки полегшить, наскільки це можливо, травму і страждання, яких він зазнав, а також припинить соціальний конфлікт, спричинений злочином; у рішеннях Конституційного Суду України (25 листопада 1997 р., 23 травня 2001 р.) щодо удосконалення законодавства стосовно розвитку та розширення судового захисту прав і свобод людини.

Метою статті є аналіз окремих проблем, пов'язаних із забезпеченням прав людини від злочинних посягань у контексті нових доктринальних підходів у межах кримінально-правових відносин.

Звернено увагу на прогалини у конституційному, кримінальному і процесуальному законодавстві України, які регулюють правовідносини судового оскарження актів, дій чи бездіяльності посадових осіб органів досудового розслідування і прокуратури з боку громадян, права і свободи яких порушуються злочином. Обґрунтовано, що права потерпілих від злочину осіб повинні максимально можливо захищатися уже на стадії досудового розслідування кримінального провадження, тобто до розгляду судом кримінальної справи по суті та захисту судом прав потерпілого.

Пропонується доктринальне вирішення проблеми поняття потерпілого шляхом визнання його не тільки стороною кримінального провадження, а й суб'єктом кримінально-правових відносин, завдяки чому зміниться погляд на правову природу відносин щодо забезпечення її прав і свобод. Доведено, що людина, яка потерпіла від злочину, перебуває за рамками кримінально-правового відношення "держава-злочинець". Водночас як жертва злочинного посягання людина не залишається взагалі поза межами правовідносин. Кожна людина, яка перебуває на

© Павло Слободянюк, 2018

території України, має правові відносини з державою в тому сенсі, що відповідно до ст. 3 Конституції України держава відповідає перед кожною людиною за свою діяльність та має обов'язок перед людиною утверджувати і забезпечувати її права і свободи.

Кожна людина має право на захист державою її прав і свобод від злочинних посягань на них, а також на відновлення порушеного злочином права або компенсацію завданої правам людини шкоди. Тому особа, що потерпіла від злочину, перебуває з державою у конституційно-правових відносинах, в рамках яких для держави виникають обов'язки щодо забезпечення особі права на захист, відновлення порушених злочинним посяганням прав, компенсацію завданої шкоди. У зв'язку із цим немає потреби змінювати потерпілу від злочину особу в суб'єкта кримінально-правових відносин, які виникають з приводу скоєння злочину між державою та злочинцем, а не з приводу наслідків злочину, які можуть мати місце, а можуть і не виникнути.

Пропонується запровадити презумпцію правоти потерпілого, як протипологу презумпції невинуватості, що не суперечитиме таким засадам судочинства, як "рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом" та "змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості" (ст. 129 Конституції України, статті 10, 22 Кримінального процесуального кодексу України). В умовах сучасного реформування кримінального процесуального законодавства необхідні концептуальні зміни з тим, аби потерпілий від злочину набув статусу фігури номер один у кримінальному провадженні. Врешті, одним із правових наслідків вчинення злочину має стати реальне, повне і швидке відновлення справедливості в інтересах потерпілого, територіальної громади та держави в цілому.

Ключові слова: доктрина; засада; захист; права і свободи; потерпілий; злочин; відшкодування шкоди.

Розвиток України як правової держави зумовлює потребу здійснення правової політики, спрямованої найперше на захист прав і свобод людини і громадянина від злочинних посягань. Ця політика відповідно до Європейської конвенції щодо відшкодування збитку жертвам насильницьких злочинів від 24 листопада 1983 р. 'вимагає збалансованої уваги до всіх компонентів злочинного діяння'. Як зазначає комітет експертів у пояснювальному коментарі до вказаної Конвенції:

Дослідження з питань потерпілих, проведені в різних країнах в останні десятиліття, виявили взаємодію, яка може існувати між злочинцем і потерпілим під час вчинення злочину. У той же час вони висвітлили питання психологічного і фізичного страждання, яке зазнають потерпілі після злочину, а також труднощів, з якими вони часто стикаються при відстоюванні своїх прав. Такі положення приводять нас до висновку, що однакова увага повинна приділятися потерпілим, і зокрема захистові їх інтересів, та поводженню зі злочинцями і їх соціальній реабілітації. Це вказує на необхідність відшкодування потерпілому, не тільки полегшен-

ня, наскільки це можливо, травм і страждання, яких він зазнав, а також припинення соціального конфлікту, спричиненого злочином, і полегшення застосування раціональної, ефективної кримінальної політики¹.

Метою дослідження є аналіз окремих проблем, пов'язаних із забезпеченням захисту прав людини від злочинних посягань у контексті нових доктринальних підходів у межах кримінально-правових відносин.

Стаття 55 Конституції України закріпила норму, згідно з якою 'кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань'. Водночас у ч. 1 зазначеної статті встановлено, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом².

Конституційний Суд України (далі – КСУ) у своєму рішенні від 25 листопада 1997 р. № 6-зп сформулював правову позицію, відповідно до якої удосконалення законодавства в контексті ст. 55 Конституції України має бути однією з найважливіших тенденцій його розвитку і розширення судового захисту прав і свобод людини, враховуючи визначений у ст. 3 Конституції України головний обов'язок держави утверджувати і забезпечувати права і свободи людини та гарантії судового захисту цих прав і свобод³.

У рішенні від 23 травня 2001 р. (у справі щодо конституційності ст. 248³ ЦПК України) КСУ однозначно вказав, що:

<...> аналіз положень статей 8, 55, 62 Конституції України дає підстави стверджувати, що право на судовий захист належить до основних, невідчужуваних прав і свобод людини і громадянина <...>. Тому суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушено чи порушуються, або створено чи створюються перешкоди для їх реалізації, або має місце інше ущемлення прав і свобод. Положення статті 55 Конституції України щодо можливості громадянина звернутись за захистом своїх прав і свобод однаково стосуються можливості судового оскарження актів, дій чи бездіяльності посадових осіб органів дізнання, попереднього слідства і прокуратури, оскільки ними можуть порушуватись його права і свободи <...>. Судами не розглядаються скарги громадян у порядку, передбаченому главою 31-А цього Кодексу, на акти і дії суддів, пов'язані із здійсненням правосуддя, оскарження яких встановлюється відповідним процесуальним законодавством України.

¹ О Банчук та інші, *Відшкодування потерпілим від насильницьких злочинів: європейські стандарти і зарубіжне законодавство* (Москаленко О М 2015) 43.

² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254 к/96-ВР. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 29.04.2018).

³ П Євграфов (ред), *Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2001* (Юрінком Інтер 2001) 60.

Акти, дії або бездіяльність посадових і службових осіб судів, що належать до сфери управлінської діяльності, можуть бути оскаржені громадянами в судовому порядку...⁴.

З аналізу наведених правових позицій випливає, що законодавець має так удосконалювати закони, котрі приймаються у розвиток положень ст. 55 Конституції України, щоб вони давали змогу зменшувати кількість випадків судового оскарження актів, дій чи бездіяльності посадових осіб органів дізнання, попереднього слідства і прокуратури з боку громадян, права і свободи яких порушуються злочином. Тобто права потерпілих від злочину осіб повинні максимально захищатися уже на досудовій стадії кримінального провадження, до розгляду судом кримінальної справи по суті та захисту судом прав потерпілого.

На жаль, конституційне, кримінальне і процесуальне законодавство України не зорієнтоване саме на таку доктрину.

Як зазначає А. Музика, вітчизняне кримінальне законодавство має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання злочинам (ч. 1 ст. 1 Кримінального кодексу України (далі – КК України)). Отже, кримінальне право виконує найперше охоронну функцію. Окремі його норми спрямовані на виконання регулятивної функції (норми про звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання, про судимість тощо) або є заохочувальними (зокрема, норми про необхідну оборону). Для кримінального права притаманні також запобіжна та виховна функції. Як правило, саме на зазначених функціях кримінального права наголошується насамперед в юридичній літературі.

На думку автора, необхідно:

<...> визнати за кримінальним правом ще й *компенсаційну* функцію (проблема якої досліджується у цивільно-правовій доктрині. – П. С.), без якої соціальна зумовленість кримінально-правового регулювання втрачає свій сенс. Особливо це проявляється тоді, коли охоронна і запобіжна функції “не спрацювали”. Це може стосуватися, зокрема, таких випадків: шкода заподіяна не суб’єктом злочину; злочин не розкрито; постановлено неправосудний вирок; засуджений не виконує вироку суду. Окрім того, потерпілий може відмовитися від компенсації завданої йому шкоди⁵.

⁴ М Чаюн та інші, *Правові позиції Конституційного Суду України в рішеннях і висновках (1997-2003)* (Атіка 2003) 189-190.

⁵ А Музика, ‘Модель концептуального оновлення статусу потерпілого від злочину’ в *II Львівський форум кримінальної юстиції “Правова реформа у сфері кримінальної юстиції: ключові параметри та прогноз подальшого розвитку”*: Міжнародна науково-практична конференція (Ваїте 2016) 139-140.

За словами А. Музики, ‘зміст наведеної норми, якою розпочинається КК України, однозначно свідчить про те, що правове забезпечення охорони інтересів людини, причому *правослухняної людини*, є першочерговим завданням цього Кодексу’. Однак подальший перегляд змушує стверджувати протилежне, ‘причому, песимістичний настрій надто посилюється під час гортання сторінок Кримінального процесуального кодексу України’. Хоча так само, як і в КК України, у ньому домінує передусім такий акцент: ‘Завданням кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень... (ч. 1 ст. 2 КПК України)’.

У зв’язку з цим автор наводить такі слова М. Коржанського: ‘Наш Кримінальний кодекс – це батьківська турбота про злочинця’, тоді як потерпілий – “попелюшка” кримінального правосуддя (О. Бойко). Він звертає увагу, що насамперед Основний Закон України формує відповідне ставлення. Так, у ньому чимало уваги приділено правам затриманих і заарештованих (ст. 29), невинуватих і обвинувачених (статті 62, 63), підозрюваних, підсудних і засуджених (ст. 63). У цьому ж аспекті серед засад судочинства передбачено “забезпечення доведеності вини” і “забезпечення обвинуваченому права на захист” (ст. 129). Коли йдеться про право на правову допомогу, то держава піклується передусім саме про зазначених осіб, яким ‘у випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно’ (ст. 59). Натомість слово “потерпілий” (чи “постраждалий”, “жертва”) в Основному Законі України навіть не згадується.

Проте базовими для вітчизняного законодавця мають бути положення ст. 3 Конституції України про те, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, що держава відповідає перед людиною за свою діяльність і що утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним обов’язком держави. На жаль, вважає А. Музика, законодавець ‘ще не виправдовує очікувань суспільства’, і наводить такий приклад, ‘що ілюструє нехтування парламентом Конституції України’. Закон України “Про внесення змін до Закону України “Про застосування амністії в Україні” та інших законодавчих актів України” від 2 червня 2011 р. (набув чинності 1 січня 2012 р.) передбачав, що амністія не може бути застосована, зокрема, до осіб, які не відшкодували завдані ними збитки або не усунули заподіяну злочинною шкоду. Пізніше, за наявності цієї справедливої умови, на підставі вето колишнього президента аналогічна новела з надуманих мотивів зазнала відторгнення в Законі України “Про амністію у 2011 році” та була вилучена із Закону України “Про застосування амністії в Україні”⁶.

⁶ Музика (н 5) 140-1.

На думку цього автора, КК України адресований будь-якій людині, яка мешкає на території нашої держави. Це означає, що:

<...> до складу учасників кримінальних правовідносин належать не лише держава і правопорушник (злочинець), а, щонайменше, потерпілий від злочину (у кримінально-правовому сенсі) та юридична особа (у статусі потерпілого за КПК України), якщо такі фігурують у кримінальному провадженні⁷.

Однак, як зазначає А. Музика, сьогодні:

<...> потерпілий від злочину, відповідно до теоретичних положень кримінального права, перебуває за межами кримінально-правових відносин. З якого ж тоді дива вони виникають у випадках, коли від злочину безпосередньо чи опосередковано потерпає конкретна людина? Адже, наприклад, усім добре відома ситуація, за якої потенційний підозрюваний ніколи не набере статусу обвинуваченого і засудженого, якщо у справі про вбивство відсутній труп потерпілого. У свою чергу, цей факт свідчатиме про відсутність події злочину і відповідно – підстави виникнення кримінально-правових відносин.

Отже, необхідно докорінно переглянути науковий погляд на кримінально-правові відносини, згідно з яким останні виникають та існують між суб'єктом злочину і державою в особі уповноважених на те державних органів: дізнання, досудового слідства, прокуратури, суду, органів системи виконання кримінальних покарань та їх службових осіб⁸.

На нашу думку, важко не погодитися з А. Музикою в тому, що в контексті захисту прав людини, потерпілої від злочину, існує нагальна потреба *докорінно* переглянути відзначений ним науковий погляд на кримінально-правові відносини. Водночас ми не цілком поділяємо підхід шановного автора до такого перегляду.

Насамперед, про заперечення тези “потерпілий від злочину, відповідно до теоретичних положень кримінального права, перебуває за межами кримінально-правових відносин”. З приводу ситуації, за якої підозрюваний ніколи не набере статусу обвинуваченого і засудженого, якщо у справі про вбивство відсутній труп потерпілого, варто сказати, що відсутність трупа не є фактом, що свідчить про відсутність події злочину і підстави виникнення кримінально-правових відносин. Можна уявити ситуацію, коли є декілька свідків убивства, які наводять неспростовні докази факту злочину, однак злочинці знищили або сховали труп. Тобто факт злочину реально мав місце і підтверджується доказами. Можливо,

⁷ Музика (н 5) 140-1.

⁸ Там само 141.

що цих доказів замало для засудження убивці. Щодо підстави виникнення кримінально-правових відносин у цій ситуації, то вони виникають не з “участі” в них убитої людини, труп якої не знайдено, або участі особи, підозрюваної у злочині, а з факту наявності певних відомостей про злочин, на підставі яких йде кримінальне провадження у справі, тобто реалізуються кримінально-процесуальні відносини з приводу матеріальних кримінально-правових відносин.

За словами А. Музики, КК України –

це договір між державою та її громадянами про: а) соціальне порозуміння щодо цінності цього Кодексу та б) правові наслідки для учасників конфлікту у разі вчинення суспільно небезпечного діяння. Тому це не домовленість між державою і винятково правопорушником (злочинцем). Кримінально-правові відносини, що виникають у зв'язку із вчиненням злочином (суспільно небезпечним діянням), фактично не обмежені лише двома учасниками – державою і злочинцем⁹.

Тому автор вважає продуктивним і таким, що ґрунтується на Конституції та положеннях КК України, визнання доктриною наявності у складі кримінально-правових відносин фігури потерпілого від злочину. У зв'язку з цим автор уточнює визначення поняття сторони кримінального провадження у КПК України, включаючи до сторони обвинувачення також потерпілого, його представника та законного представника¹⁰.

На нашу думку, запропоноване доктринальне вирішення проблеми потерпілого шляхом визнання його суб'єктом кримінально-правових відносин справді докорінно змінить погляд на природу цих відносин, але при цьому призведе до плутанини й відповідної мішанини понять. На це вказує і пропозиція автора щодо уточнення поняття сторони кримінального провадження. Адже в такому разі потерпілий перетворюється на обвинувача. А як бути тоді з виокремленням справ приватного обвинувачення?

Ми згодні з тим, що людина, яка потерпіла від злочину, перебуває за рамками кримінально-правового відношення “держава-злочинець”. Водночас як жертва злочинного посягання людина не залишається взагалі поза межами правовідносин. Кожна людина, яка перебуває на території України, має *правові відносини* з державою в тому сенсі, що відповідно до ст. 3 Конституції України держава відповідає перед кожною людиною за свою діяльність та має *обов'язок* перед людиною утверджувати і забезпечувати її права і свободи.

⁹ Музика (н 5) 141.

¹⁰ Там само 141-2.

Це означає, що кожна людина має *право* на захист державою її прав і свобод від будь-яких порушень, а особливо – від злочинних посягань на них, а також на відновлення порушеного злочином права або компенсацію завданої правам людини шкоди.

Отже, ми вважаємо, що потерпіла від злочину людина перебуває з державою у *конституційно-правових* відносинах, в рамках яких для держави виникає обов'язок стосовно зазначеного права людини на захист та відновлення порушених злочинним посяганням прав і компенсацію завданої їм шкоди. У такому разі немає потреби змінювати потерпілу від злочину людину в суб'єкта кримінально-правових відносин, які виникають з приводу скоєння злочину між державою та злочинцем, а не з приводу наслідків злочину, які можуть мати місце, а можуть і не виникнути.

У цьому якраз і є специфіка кримінального права, на відміну від інших галузей права, чії правовідносини воно охороняє від злочинних посягань (цивільні, трудові, сімейні, адміністративні та інші правовідносини).

У такому сенсі наведені вище конституційно-правові відносини держави і людини мають характер *загальних* відносин, в рамках яких загальний обов'язок держави стосовно забезпечення прав людини перетворюється на певний обов'язок забезпечувати права людини-власника, людини-працівника, людини-військового, виборця, учня, просто громадянина у конкретних галузевих правовідносинах.

Як зазначає О. Скрипнюк:

<...> можна погодитися із сучасними вітчизняними правознавцями, що конституційно-правові відносини не завжди є результатом цілеспрямованої вольової діяльності суб'єктів конституційно-правових відносин. У певних випадках причиною або наслідком виникнення, зміни або припинення конституційно-правових відносин, що об'єктивізуються у юридичному факті, є об'єктивні явища, які не залежать від волі суб'єктів, але їх настання передбачає певні юридичні стани учасників конституційних правовідносин. Ці, передбачені конституційним законодавством України об'єктивні явища – стихійні лиха (повінь, посуха, пожежа тощо), техногенні аварії та катастрофи, епідемії, епізоотії, що створюють загрозу життю і здоров'ю населення, масові порушення правопорядку тощо – виникають і припиняються незалежно від волі учасників конституційно-правових відносин <...>. При цьому відповідні правові стани чи режими, як правило, мають своїм наслідком зміну правосуб'єктності учасників конституційно-правових відносин¹¹.

¹¹ О Скрипнюк, *Конституційне право України* (Ін Юре 2010) 122-3.

Із зазначених вище конституційно-правових відносин у разі вчинення злочину і виникнення у зв'язку з цим кримінально-правового відношення виникає конституційний обов'язок держави в особі відповідних органів як суб'єктів кримінально-процесуальних відносин залучити в ці відносини як потерпілого конкретну людину, права якої порушено цим злочинним посяганням на них.

Таке доктринальне вирішення проблеми потерпілого, з одного боку, не ламає традиційний погляд на природу кримінального права і кримінально-правових відносин, а з другого боку, суттєво змінює погляд на розуміння статусу людини, потерпілої від злочину. Йдеться не про статус "попелюшки" у кримінально-правовому відношенні, де основна роль відводиться злочинцю і державі; йдеться про статус *суб'єкта прав людини* у головному – конституційно-правовому – відношенні "людина-держави". Тільки в такому розумінні положення ст. 3 Конституції України з декларативних набувають значення нормативних приписів, що "працюють" на інтереси людини.

Висновки. З огляду на це зовсім не виглядає дивною пропозиція запровадити *презумпцію правоти потерпілого*, як противагу презумпції невинуватості. На думку А. Музики, це цілком відповідає таким засадам судочинства, як "рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом" та "змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості" (ст. 129 Конституції України). Життя, зазначає автор, давно вимагає концептуальних змін у законодавстві з тим, аби потерпілий від злочину набув статусу фігури номер один у кримінальному провадженні. Одним із правових наслідків вчинення злочину має стати реальне, повне і швидке відновлення справедливості в інтересах потерпілого, територіальної громади, держави¹².

На нашу думку, спрямування правової політики держави на істотне посилення компенсаційної функції кримінального права, на розвиток інститутів, які забезпечують оперативне, реальне і повне відновлення прав, порушених злочинними посяганнями, прискорить формування правової держави в Україні та сприятиме значному зниженню рівня злочинності.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (accessed: 29.04.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

2. Banchuk O ta inshi, *Vidshkoduvannia poterpilym vid nasylnytskykh zlochyniv: yevropeiski standarty I zarubizhne zakonodavstvo [Compensation to victims of violent crime: European standards and foreign law]* (Moskalenko O M 2015) (in Ukrainian).
3. Chaiun M ta inshi, *Pravovi pozytsii Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy v rishenniakh i vysnovkakh (1997-2003) [Legal Positions of the Constitutional Court of Ukraine in Judgments and Conclusions (1997-2003)]* (Atika 2003) (in Ukrainian).
4. Skrypniuk O, *Konstytutsiine pravo Ukrainy [Constitutional Law of Ukraine]* (In Yure 2010) (in Ukrainian).

Edited books

5. Yevhrafov P (red), *Konstytutsiinyi Sud Ukrainy: Rishennia. Vysnovky. 1997-2001 [The Constitutional Court of Ukraine: Judgment. Conclusions. 1997-2001]* (Iurinkom Inter 2001) (in Ukrainian).

Conference papers

6. Muzyka A, 'Model kontseptualnoho onovlennia statusu poterpiloho vid zlochyну' ['The Model for Conceptual Update of the Status of the Victim of a Crime'] v *II Lvivskyi forum kryminalnoi yustytzii "Pravova reforma u sferi kryminalnoi yustytzii: kliuchovi parametry ta prohnoz podalshoho rozvytku": Mizhnarodna naukovo-praktychna konferentsiia [the Second Lviv Forum of Criminal Justice "Legal Reform in the Criminal Justice Domain: Key Parameters and Forecast of Further Development": International Scientific and Practical Conference]* (Vaite 2016) (in Ukrainian).

Pavlo Slobodianiuk

PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AGAINST CRIMINAL ENCROACHMENTS – A NEW DOCTRINAL APPROACH

ABSTRACT. The Constitution of Ukraine enshrines the rule prescribing that everyone has the right to protect his or her rights and freedoms against violations and illegal encroachments by any means other than prohibited by law, and establishes that these rights and freedoms are protected by the court. This provision is expanded in a number of decisions: in the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes (November 24, 1983) concerning the need to compensate the victim for damage thus not only alleviating, as far as possible, the injury and suffering to which he/she was subjected but also eliminating the social conflict caused by the crime; in the judgments of the Constitutional Court of Ukraine (November 25, 1997, May 23, 2001)

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 5 • 196-206

on the improvement of legislation with a view to developing and expanding the judicial protection of human rights and freedoms.

The purpose of the article is to analyze certain issues which relate to securing of human rights against criminal encroachments in the context of new doctrinal approaches within the framework of relations under criminal law.

The author highlights the gaps in the Ukrainian constitutional, criminal and procedural legislation regulating the legal relations which arise in case of a court appeal against acts, actions or omissions of officials of pre-trial investigation bodies and public prosecution bodies by citizens whose rights and freedoms are violated by a crime. It is proved that the rights of victims of crimes should be protected to the largest possible extent as soon as at the pre-trial investigation stage of criminal proceedings, i.e. before the court tries a criminal case on the merits and defends the victim's rights.

The article proposes a doctrinal solution to such an issue as the concept of the victim by recognizing the victim not only as a party to criminal proceedings, but also as a subject of relations under criminal law, thereby changing the view on the legal nature of relations which stem from ensuring the victim's rights and freedoms. It is proven that a person who suffered from a crime stands beyond the framework of criminal law relations "the State – the offender". At the same time, as a victim of a criminal encroachment, this person does not remain outside of legal relations altogether. Every person staying in the territory of Ukraine has legal relations with the State in the sense that according to article 3 of the Constitution of Ukraine the State is responsible to each individual for its activities and has a duty before each individual to affirm and ensure his/her rights and freedoms.

Every person has the right to protection by the State of his or her rights and freedoms against criminal encroachments, and also to reinstatement of the right breached by a crime or to compensation for the damage caused to human rights. Therefore, a person affected by a crime and the State are in the relations under constitutional law, and within their framework the State has the obligations to ensure that this person has the right to protection, and to reinstate the rights breached by a criminal encroachment and compensate for damage. In this regard, there is no need to change the status of the victim of a crime into the subject of relations under criminal law arising between the State and the offender in connection with the crime committed and not in connection with the consequences of the crime which may or may not occur.

It is proposed to introduce a presumption that a victim is always right as a counterbalance to the benefit of doubt principle, and this will not contradict such principles of legal proceedings as "equality of all participants of the trial before the law and the court" and "adversarial nature of the parties and freedom to provide their evidence to the court and to prove their credibility" (article 129 of the Constitution of Ukraine, articles 10, 22 of the Criminal Procedure Code of Ukraine). In the context of the current reform of the criminal procedural legislation, conceptual changes are needed to ensure that the victim of a crime may acquire the status of the number one figure in criminal proceedings. Finally, one of the legal consequences of a crime should be real, complete and prompt restoration of justice in the interests of the victim, the territorial community and the State on the whole.

KEYWORDS: doctrine; foundation; protection; rights and freedoms; victim; crime; compensation for damage.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО



Костянтин Соляник

кандидат юридичних наук, доцент,
декан факультету адвокатури
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7586-2188>
fadv@nlu.edu.ua

УДК 346.546

РЕФОРМА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

АНОТАЦІЯ. Проведення муніципальної реформи в Україні залишається актуальним питанням державно-правової дійсності. Забезпечення європейських стандартів організації місцевої демократії, напрацювання вітчизняних учених мають стати основою подальшого розвитку інституту місцевого самоврядування. Наявні проблеми правового характеру створюють дискусію щодо законодавчого забезпечення процесу реформування, певним чином блокують подальший розвиток місцевого самоврядування.

Метою статті є аналіз конституційного забезпечення реформи місцевого самоврядування у сучасній Україні, надання авторської позиції щодо деяких напрямів її здійснення, вироблення рекомендацій стосовно загальнодержавного та локального нормотворення окремих питань розвитку місцевої влади.

Встановлено, що реформуванню цього публічно-правового інституту має передувати внесення змін до Конституції України як першооснови змін законодавства. Сучасна ситуація щодо можливості Верховною Радою України розглядати зміни до Основного Закону на будь-якій наступній сесії призводить до негативних явищ, закріплення у чинному законодавстві норм, які не повною мірою співвідносяться з нормами Конституції. Вирішення такої юридичної колізії, що склалася у вітчизняному конституційному процесі, є нагальною проблемою задля розблокування належного законодавчого забезпечення проведення муніципальної реформи.

Концептуальним питанням проведення реформи є визначення у законодавстві основного суб'єкта місцевого самоврядування. Закріплення територіальної громади як такого не відповідає нормам Європейської Хартії місцевого самоврядування, яка бачить представницький орган місцевого самоврядування. Інші підходи до формування компетенції органів та посадових осіб через окреслення предметів відання

© Костянтин Соляник, 2018

сприятимуть децентралізації в державі, окресленню відповідальності самоврядних структур у здійсненні муніципальної політики.

Сучасний стан правового забезпечення створює загрозу подальшому розвитку всіх інститутів місцевої демократії, оскільки з боку законодавця простежується непослідовність у діях щодо юридичного забезпечення процесу реформування. Фактично Верховна Рада України заблокувала подальший розвиток місцевого самоврядування, адже попередньо схваливши зміни до Конституції України, не схвалила їх як закон. Вперше у вітчизняному конституційному процесі виникатиме питання щодо юридичної можливості скасування попередньо схваленого законопроекту про внесення змін до Основного Закону або внесення в нього змін та доповнень, що не передбачено статтями 157 та 158 Конституції України.

Подальшого наукового опрацювання потребують питання, вирішення яких безпосередньо впливатиме на належний розвиток відносин у сфері місцевого самоврядування: територіальна основа діяльності муніципальних структур і, зокрема, об'єднаних територіальних громад, організаційна будова місцевої ради, порядок та спосіб закріплення компетенції всіх учасників муніципальних відносин, доцільність існування головного суб'єкта місцевого самоврядування як основного носія всіх прав та обов'язків – територіальної громади.

Ключові слова: реформа місцевого самоврядування; правова основа місцевого самоврядування; децентралізація; організаційна основа місцевого самоврядування; муніципальний менеджмент; територіальна громада; органи місцевого самоврядування.

З моменту прийняття Конституції України питання проведення реформи місцевого самоврядування є актуальним як для теоретичного обговорення, так і для практичного застосування. Унікальність цього інституту щодо його місця та ролі в державному механізмі й суспільстві зумовлює відповідний предмет правового регулювання конституційної, адміністративної, муніципальної реформ з огляду на інституційні та функціональні складники. Очевидною є дискусія щодо місця місцевого самоврядування у здійсненні публічно-владних повноважень у різних сферах діяльності держави. Протягом розбудови держави було прийнято чимало актів різного рівня щодо конкретних напрямів реформування вітчизняного місцевого самоврядування, удосконалення адміністративно-територіального устрою й територіальної організації влади, децентралізації та надання адміністративних послуг тощо. Останнім таким документом є Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р¹. Як й інші подібні документи, що окреслювали конкретні етапи та терміни реалізації муні-

¹ Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р. *Офіційний Вісник України*. 2014. № 30. Ст. 831.

ципальної реформи, він залишився в історії вітчизняного державотворення таким, що не був виконаний (лише поодинокі позиції Концепції були реалізовані протягом встановленого часу).

Закріплення існуючої моделі муніципальної влади в Основному Законі України 1996 р. вбачалося на той момент важливим кроком від застарілої системи управління територіями до запровадження нових стандартів, що характерні для демократичних держав. Гармонізація правової основи діяльності територіальних громад та її владних інституцій у цій частині з принципами Європейської Хартії місцевого самоврядування (далі – Хартія)² мало стати важливим етапом адаптації законодавства до європейських стандартів. Проте такого не відбулося, й на сьогодні можна констатувати факт невиконання значної частини Хартії у законодавстві України.

Водночас численні напрацювання вітчизняних науковців ставили питання про важливість та необхідність корегування норм Конституції України задля подальшого розвитку інституту місцевого самоврядування. У Верховній Раді України були опрацьовані та попередньо схвалені два законопроекти³, які отримали позитивні висновки Конституційного Суду України (далі – КСУ)⁴. Основною їх метою є змінення існуючих системно-структурних відносин у територіальній організації влади, що допоможуть нормальному розвитку держави (при цьому завдання таких змін залишалися однаковими, незважаючи на десятирічну різницю). Значна кількість праць останніх років присвячена доктринальному дослідженню проблематики реформування місцевої влади, серед авторів яких можна назвати: М. Баймуратов, О. Батанов, Ю. Битяк, І. Бодрова, В. Борденюк, О. Бориславська, М. Воронов, В. Григор'єв, П. Любченко, М. Пітцик, О. Прієшкіна, С. Серьогіна, В. Тацій, В. Федоренко, І. Щебетун та ін.⁵ У своїх працях зазначені автори досліджують питання віт-

² Європейська Хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_036 (дата звернення: 15.04.2018).

³ Проект Закону про внесення змін до Конституції України від 1 липня 2003 р. № 3207-1. URL: w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2_5_1_J?ses=10005&num_s=2&num=3207-1&date1=&date2=&name_zp=&out_type=&id= (дата звернення: 21.04.2018); Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади): проект Закону України від 1 липня 2015 р. № 2217. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55812 (дата звернення: 21.04.2018).

⁴ Висновок Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України» вимогам статей 157 і 158 Конституції України (справа про внесення змін до статей 85, 118, 119, 133, 140, 141, 142, 143 Конституції України) від 7 вересня 2005 р. № 1-в/2005. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v001v710-05> (дата звернення: 21.04.2018); Висновок Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 30 липня 2015 року № 2-в/2015. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v002v710-15> (дата звернення: 21.04.2018).

⁵ Михайло Баймуратов, 'Муніципальна влада в системі публічної влади в Україні в умовах муніципальної реформи' (2018) 1 Вісник АПСВТ 41 <https://www.socosvita.kiev.ua/sites/default/files/Visnyk_1_2018-41-44.pdf> дата звернення 21 Квітень 2018; Світлана Серьогіна, 'Напрямки

чизняного та європейського досвіду розбудови місцевої влади, соціальної природи місцевого самоврядування та його місця серед інститутів демократії, взаємовідносин державних і самоврядних інституцій, питання компетенції та безпосередньої участі членів територіальної громади у вирішенні питань місцевого значення. Науковці опрацювали слушні пропозиції щодо подальшого розвитку інститутів місцевої демократії, адаптації законодавства України до стандартів європейського співтовариства. Проте сучасний етап законодавчого забезпечення процесу реформування муніципальної влади потребує окремого дослідження.

Метою дослідження є аналіз конституційного забезпечення реформи місцевого самоврядування у сучасній Україні, надання авторської позиції щодо окремих напрямів її здійснення, вироблення рекомендацій стосовно загальнодержавного та локального нормотворення окремих питань розвитку місцевої влади.

Проект Закону про внесення змін до Конституції України від 1 липня 2003 р. № 3207-1 (далі – Законопроект 3207-1)⁶ містив важливі інновації щодо організації місцевої влади, зокрема: територіальна громада втрачала статус основного суб'єкта місцевого самоврядування, яким натомість ставав представницький орган місцевого самоврядування. Однак політичні процеси в країні не дали змоги прийняти такі зміни, й наступна спроба відбулася тільки 31 серпня 2015 р. через внесення нового законопроекту № 2217 “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)” (далі – Законопроект № 2217)⁷. Парламент України попередньо схвалив зміни до Основного Закону щодо децентралізації влади, але в цілому на наступній сесії він так і не був прийнятий. У Законопроекті № 2217 закладені зміни не тільки до системи та структури органів місцевого самоврядування, їх функцій та повноважень, а й до адміністративно-територіального поділу держави. Відсутність підтримки з боку більшості у Верховній Раді України Законопроекту № 2217 також позбавила державу можливості реформувати місцеве самоврядування.

Орган конституційної юрисдикції в Рішенні у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлума-

вдосконалення правового регулювання місцевого самоврядування в Україні в аспекті європейської інтеграції” (2016) 3 Вісник Національної академії правових наук України 40; Олександр Батанов, ‘Деякі концептуальні проблеми реформи конституційної моделі місцевого самоврядування в сучасній Україні’ (2015) 2 Публічне право 18; Павло Любченко, ‘Децентралізація публічної влади: поняття, види, межі’ в *Децентралізація в Україні: теорія та практика конституційної, адміністративної і муніципальної реформи: Матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції* (м. Одеса, 7 квітня 2017) (Національний університет “Одеська юридична академія” 2017) 56; Василь Борденюк, ‘Окремі аспекти наукового забезпечення реформування місцевого самоврядування в Україні’ (2011) 1 Юридична наука 71; Владислав Федоренко та Олена Чернеженко, ‘Реформа місцевого самоврядування та територіальної організації публічної влади в контексті децентралізації: досвід Польщі для України (частина друга)’ (2015) 3 Публічне право 103.

⁶ Проект Закону про внесення змін до Конституції України (н 3).

⁷ Там само.

чення положення “на наступній черговій сесії Верховної Ради України”, яке міститься у ст. 155 Конституції України від 15 березня 2016 р., розтлумачив, що схвалення закону про внесення змін до Конституції України може відбуватися на будь-якій наступній черговій сесії парламенту України⁸. Значна кількість окремих думок суддів КСУ на предмет судового розгляду не вплинули на загальне рішення цього органу. Як результат, на сьогодні в державі склалася юридична колізія, що блокує подальший розвиток відносин у сфері законодавчого забезпечення муніципальної реформи. З одного боку, Законопроект № 2217 підтримано парламентарями і він чекає остаточного схвалення як закону, а з другого – прийняття будь-якого закону на його основі суперечитиме чинній редакції Конституції України. Внесення змін до законів, що відповідатимуть існуючій редакції Основного Закону, вбачається недоцільним, адже народні депутати України підтвердили свій намір змінити чинні норми останнього.

Водночас Законопроект № 2217 разом із зазначеним рішенням КСУ становить загрозу виникнення інших законотворчих проблем, які матимуть місце найближчим часом. Його редакція містить конкретні норми (п. 8 ч. 1, пункти 4, 5, 6 ч. 2 прикінцевих та перехідних положень), які унеможливають прийняття останнього в цілому як закону на сучасному етапі (у тексті містяться норми, які визначають конкретні дати, які вже минули). Автоматично виникає потреба додаткового тлумачення статей 157 і 158 Конституції України щодо можливостей розгляду такого попередньо схваленого закону Верховною Радою України, як і тлумачення можливості прийняти Законопроект 3207-1, який був попередньо схвалений, адже з окресленого вище Рішення КСУ прямо не забороняється це робити, й “наступна чергова сесія” не прив’язується до певного скликання Верховної Ради України.

Виключно внесення змін до Конституції України має передувати проведенню реформи місцевого самоврядування, яка потребує зміни адміністративно-територіального поділу, принципів та основ організації й діяльності місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, перерозподілу функцій та повноважень між цими структурами. Будь-який інший спосіб юридичного забезпечення проведення змін територіальної організації влади, що не передбачені чинною редакцією Конституції України, можна розглядати як неконституційний, такий, що створює потенційну загрозу одномоментного призупинення всіх перетворень у цій сфері. Наприклад, об’єднання кількох територіальних

⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення “на наступній черговій сесії Верховної Ради України”, яке міститься у статті 155 Конституції України від 15 березня 2016 р. № 1-рп/2016. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-16> (дата звернення: 21.04.2018).

громад в одну було актуальним протягом всього строку розвитку муніципально-правових відносин у нашій країні. Однак норми Конституції України не давали практичної можливості розпочати цей процес у державі, а окремі місцеві ради, які бачили необхідність в об'єднанні різних за рівнем адміністративно-територіальних одиниць, використовували інструментом укрупнення територій – земельне та містобудівне законодавство, затверджуючи рішення про зміну меж населених пунктів⁹.

Станом на 1 березня 2018 р. в Україні створено 517 об'єднаних територіальних громад¹⁰. Розпочата Законом України “Про добровільне об'єднання територіальних громад”¹¹ практика, окрім позитивних чинників бюджетного забезпечення, породжує значну кількість проблем юридичного характеру. Поняття “юрисдикція об'єднаної територіальної громади” не узгоджується з існуючою системою адміністративно-територіального устрою та територіальної організації влади, що передбачена Конституцією України, а в районах, територія яких повністю поглинута об'єднаними територіальними громадами, взагалі виникає питання про необхідність та доцільність існування районної ради як органу місцевого самоврядування, що представляє спільні інтереси територіальних громад району.

Окреме місце посів Закон України “Про військово-цивільні адміністрації”¹². Повністю усвідомлюючи важливу мету його прийняття, водночас необхідно вести мову про неузгодженість його базових позицій із Конституцією України.

Подальший рух у напрямку проведення муніципальної реформи має відбуватися із концептуальним обговоренням всіх базових позицій, враховуючи вимоги Хартії, зарубіжного та вітчизняного досвіду. Українське суспільство повинно отримати “дорожню карту” подальшого розвитку місцевої демократії, що відповідатиме всім стандартам країн Європейського Співтовариства. Принципи Хартії повинні створити нормативний фундамент проведення змін у системі організації та діяльності територіальних громад та її органів.

Так, однією з концептуальних позицій є визначення головного суб'єкта місцевого самоврядування. У 1996 р. Україна конституювала як такий територіальну громаду – ‘жителів села чи добровільного об'єднання

⁹ Див.: Про зміну і встановлення меж міста Харків, Дергачівського і Харківського районів Харківської області: Постанова Верховної Ради України від 6 вересня 2012 р. № 5215. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 31. Ст. 372.

¹⁰ Адміністративно-територіальний устрій України станом на 1 березня 2018. URL: <http://static.rada.gov.ua/zakon/new/NEWSAIT/ADM/zmist.html> (дата звернення: 21.04.2018).

¹¹ Про добровільне об'єднання територіальних громад: Закон України від 5 лютого 2015 р. № 157-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/157-19/page> (дата звернення: 21.04.2018).

¹² Про військово-цивільні адміністрації: Закон України від 3 лютого 2015 р. № 141-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/141-19> (дата звернення: 21.04.2018).

у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста¹³. Проте залишилося актуальним і до сьогодні питання про членство в громаді, реалізації колективних та індивідуальних форм участі членів громади на території як населеного пункту, так і області (району), реалізації повноважень колективного власника комунальної власності тощо. Нещодавні зміни законодавства щодо необхідності запровадження реєстрів територіальних громад також не вирішують ситуацію, адже кожна територіальна громада обирає власну методику ведення такого реєстру (ст. 37¹ Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні”)¹⁴.

Якісна категорія “територіальна громада”, про яку йдеться у Конституції України, на практиці існує виключно як кількісна, тобто охоплює сукупність громадян України, які мають реєстрацію місця проживання на території адміністративно-територіальної одиниці. При цьому особи, які порушують вимоги законодавства України щодо необхідності такої реєстрації, фактично позбавляють себе права на участь в управлінні місцевими справами. Вирішенню цієї складної юридичної проблеми має сприяти внесення змін до вітчизняних правових актів щодо основного суб’єкта місцевого самоврядування: представницький орган, який діє в інтересах місцевого населення, що його обирає й перед яким він відповідатиме, повинен отримати статус головного суб’єкта місцевого самоврядування. Така конструкція не приведе до зменшення існуючого обсягу муніципальних прав і свобод, а дасть можливість законодавцю належним чином вирішити питання щодо безпосередньої реалізації таких прав як на рівні населеного пункту, так і на рівні регіонів. Крім іншого, закріплення у законодавстві територіальної громади як суб’єкта місцевого самоврядування та громади як первинної адміністративно-територіальної одиниці є не цілком вдалим (одна з новел, що пропонується у змінах до Конституції України).

Інша принципова позиція Хартії – визначення порядку закріплення повноважень органів місцевого самоврядування. Державницька концепція організації місцевого самоврядування, на якій базується цей документ, зумовлює закріплення юридичних можливостей за органом місцевого самоврядування всього кола питань, що прямо йому не заборонені й не віднесені до відання інших органів. У Конституції України (ст. 19), навпаки, органу місцевого самоврядування дозволено робити лише те, що прямо передбачено законодавством України. І хоча на практиці натрапляємо на деякі відхилення від такого припису (див.: Рішення КСУ від

¹³ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 21.04.2018).

¹⁴ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 20.04.2018).

13 липня 2001 р. № 11-рп/2001 (справа про адміністративно-територіальний устрій))¹⁵, існування такого протиріччя створює потенційну загрозу зловживань із боку всіх учасників муніципально-правових відносин.

Дотримання в законодавстві України такого припису має йти шляхом належного встановлення компетенції органів та посадових осіб місцевого самоврядування. Однак цьому має передувати процес наукового аналізу концептуального для цього визначення “питання місцевого значення” й подальшої їх регламентації через “предмети відання” як складової компетенції владної інституції. Забезпечення цієї частини питань органів місцевого самоврядування повноваженнями загального характеру сприятиме дійсній децентралізації в державі. При цьому такими вони мають залишатися для органу місцевого самоврядування, а не деталізуватися й конкретизуватися у галузевому законодавстві (підзаконних нормативно-правових актах). Адже аналіз сучасної правової основи, що закріплює галузеві повноваження органу муніципальної влади, дає підстави стверджувати, що численність актів різного рівня, які прийняті на реалізацію загальних повноважень органу місцевого самоврядування, створюють достатньо складну юридичну конструкцію правової регламентації компетенції й формують модель залежності самоврядного суб’єкта у прийнятті рішень від державних структур різного рівня.

Враховуючи теоретичну складність у визначенні критеріїв, що могли віднести питання місцевого значення до відповідної категорії, базуватися потрібно на підходах державницької концепції: держава повинна окреслити ті питання публічного розвитку, які вона може повністю передати на вирішення органів місцевого самоврядування, лише частково зробивши заборони щодо можливих зловживань. Отримання кращих практик, формування “здорової” конкуренції серед територіальних громад, крім іншого, змістовно змінять радянський підхід до підготовки та реалізації місцевих програм розвитку.

Окремого наукового опрацювання потребує проблема територіальної основи діяльності місцевого самоврядування. Ідеальна модель такої основи передбачає врахування географічних, демографічних, інфраструктурних та інших чинників, необхідних для функціонування ор-

www.pravoua.com.ua
¹⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів “район” та “район у місті”, які застосовуються в пункті 29 частини першої статті 85, частині п’ятій статті 140 Конституції України, і поняття “організація управління районами в містах”, яке вживається в частині п’ятій статті 140 Конституції України та в частині першій статті 11 Закону України “Про столицю України – місто-герой Київ”, а також щодо офіційного тлумачення положень пункту 13 частини першої статті 92 Конституції України, пункту 41 частини першої статті 26 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” стосовно повноваження міських рад самостійно вирішувати питання утворення і ліквідації районів у місті (справа про адміністративно-територіальний устрій) від 13 липня 2001 р. № 11-рп/2001. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-01> (дата звернення: 21.04.2018).

ганів місцевого самоврядування, розробки та реалізації муніципальної політики розвитку територій. Фактично Україна отримала у спадок радянську модель адміністративно-територіального поділу, при цьому закріпивши її в Основному Законі держави. Створення органів загальної компетенції на різних рівнях адміністративно-територіального поділу є однією із парадигм такої моделі. У свідомості громадян такий підхід є єдино правильним, що доводить той поодинокий досвід громадського обговорення реформи адміністративно-територіального устрою, який мав місце в державі (2005–2006 рр.). Однак про супротив із боку населення щодо будь-яких об'єднань та укрупнень базових одиниць місцевого самоврядування свідчить і практика реформування інших країн Європи.

Відсутність протягом 20-ти років концептуальних підходів у визначенні базових принципів і методик в організації адміністративно-територіального поділу та територіальної організації влади в державі зумовили критичний дисбаланс розвитку регіонів держави. Ті позитивні зміни, що відбулися завдяки реалізації так званої “бюджетної децентралізації”, мають винятково ситуативний характер, про що свідчить публічне обговорення проекту чергового Державного бюджету України. Відповідне закріплення обсягу мінімальних гарантованих державою доходів місцевих колективів у Конституції України щодо бюджетного забезпечення та податкової основи органів місцевого самоврядування забезпечуватимуть розвиток та стратегічне бюджетне планування суб'єктів муніципально-правових відносин. Інакше будь-яка зміна політичних пріоритетів у парламенті України ставить під загрозу існуючий порядок розподілу публічних фінансів у державі.

Практика західних країн доводить ефективність запровадження штучних адміністративних одиниць, які не обов'язково мають відтворювати територіальні одиниці. Реалізація певних комунальних функцій та служб, як вбачається, різниться за обсягом ресурсів і способом виконання. Відповідно, формування так званих “округів” для певної організації муніципальної служби може стати важливим інструментом у реалізації реформи місцевого самоврядування. При цьому помилково вважати, що вони мають обмежуватися суто територією населеного пункту, району, області. Співробітництво територіальних громад повинно поширитися й у такий спосіб.

Впровадження зазначених стандартів організації та діяльності муніципальних структур актуалізує питання локального нормотворення і, зокрема, статутного регулювання. У науковій літературі є достатня кількість публікацій, зміст яких зводиться до необхідності прийняття статутів територіальних громад як найважливішого регламентуючого

документа місцевої спільноти¹⁶. На практиці ж спостерігається кардинально інша ситуація: члени територіальної громади не знають про зміст цього документа, частина статутів не відповідає чинному законодавству, а посилення в актах місцевого самоврядування на його норми є більше винятком, аніж правилом. Перетворення його на “місцеву конституцію” стане можливим тільки тоді, коли предметом його регулювання будуть компетенційні питання, при цьому у тому форматі, про який ішлося вище. Розподіл загальних повноважень у структурі місцевої ради та її виконавчих органів, виокремлення сфери управління підприємствами, установами та організаціями щодо вирішення питань місцевого значення зробить цей документ не лише важливою правовою основою діяльності місцевої влади, а чітко розкриватиме сферу та межі відповідальності владних інституцій для кожного жителя відповідної території.

Організаційна складова місцевої влади також потребує реформування. Існуюча структура місцевої ради та її виконавчих органів була, в основних елементах, характерною й до прийняття Конституції України 1996 р. (місцева рада, постійні та тимчасові комісії, апарат, виконавчі органи). На обласному та районному рівнях діє взагалі унікальна система, що унеможлиблює самостійну діяльність представницького органу; в управлінні містом Києвом маємо конгломерат самоврядно-державницького керівництва; місто Севастополь донедавна був під управлінням міської ради та міської державної адміністрації, які співпрацювали між собою за допомогою меморандуму.

Така організаційна будова місцевої ради залишила радянський негатив місцевої демократії – відсутність реальної можливості вплинути на рішення представницького та виконавчого органу. Як свідчить вітчизняна практика, пленарні засідання переважної більшості місцевих рад відбуваються доволі швидко, й тривалість їх пропорційна виключно кількості питань порядку денного, а не їх важливості. Головна причина цього – в усталених відносинах підготовки та прийняття актів. Здебільшого регламенти місцевих рад містять загальну процедуру обговорення питання на пленарному засіданні й не передбачають розгляд його у читаннях у разі наявності пропозицій, зауважень та поправок.

Депутатський корпус, виконавчі структури, сільський, селищний, міський голова організаційно та юридично – це три незалежні структури

¹⁶ І Зайцева, ‘Муніципальне статутне право в системі права України: деякі питання теорії і практики’ (2013) 1 Часопис Київського університету права 96; О Батанов та Н Чудик, ‘Структура статуту територіальної громади та її елементи: проблеми теорії та практики’ (2012) 2 Часопис Київського університету права 80; Д Заяць, ‘Процес розробки та прийняття статутів територіальних громад в Україні’ (2009) 3 Демократичне врядування <http://lvivacademy.com/vidavnitstvo_1/visnik3/fail/+Zajats.pdf> дата звернення 21 Квітень 2018.

єдиної муніципальної влади. Законодавець, регламентуючи таку модель у Конституції України, фіксував *status quo* на той час складеної системи, не передбачивши, що в ній можуть спрацювати елементи загальнонаціональної системи стримувань та противаг поділу влади (але без забезпечувальних процедур, державних органів і судової влади). І якщо для організації державного апарату така модель є абсолютно очевидною, то у місцевому самоврядуванні вона підлягає критиці: представницький орган позбавлений можливості вирішувати частину питань місцевого значення, на делеговані повноваження депутатський корпус взагалі не вливає; ускладнюється управлінський процес та формується непрозорий муніципальний менеджмент; розвивається відповідальність за кінцевий результат; незрозумілим є суб'єкт цивільно-правової відповідальності за неправомірну діяльність у місцевому самоврядуванні.

Місцева рада в результаті реформи повинна набути статусу єдиного в організаційному форматі органу (муніципалітет), який включатиме і головну посадову особу цього органу (а не посадову особу територіальної громади), із власними адміністративними структурами та службами¹⁷. Депутатський корпус як колегіальний керівник цього органу має стати центром розробки та реалізації муніципальної політики, прийняття і контролю рішень.

Сьогодні виконавчий комітет як колегіальний виконавчий орган місцевої ради є зайвим у структурі муніципального менеджменту. Мета його існування у радянській системі управління була виправдана: колегіальний розгляд питань у виконавчій сфері (зокрема й частини повноважень місцевої ради в міжсесійний період), участь громадськості в прийнятті управлінських рішень, організаційне унормування виконавчо-розпорядчих органів місцевої ради (за сучасною моделлю всі виконавчі органи є органами місцевої ради, а не виконавчого комітету). Ця колегіальна структура як самостійний виконавчий орган, що приймає рішення у формі засідань, фактично за суттю в сучасних умовах здійснює функції як місцевої ради, так і сільського, селищного, міського голови, галузевих та функціональних виконавчих структур. Обсяг його компетенції залежить від системи виконавчих органів: чим вона розгалуженіша, тим менше предметів відання належить виконавчому комітету (окрім прямо закріплених у законодавстві за цим органом).

Останнім часом спостерігається тенденція до збільшення персонального складу цих структур, що може дорівнювати майже половині депутатського корпусу (наприклад, кількість депутатів Херсонської міської

¹⁷ У чинному законодавстві України доволі часто законодавець щодо виконавчих структур місцевої ради вживає термінологію або “виконавчий орган місцевої ради” (в однині) або “виконавчі органи місцевої ради” (у множині), що проявляється й у формуванні компетенції.

ради сьомого скликання становить 54 особи, а кількість членів виконавчого комітету – 24¹⁸; депутатів Сумської міської ради – 42, членів виконавчого комітету – 20¹⁹; депутатів Полтавської міської ради – 42, членів виконавчого комітету – 19²⁰). Слушно виникає запитання щодо доцільності існування “паралельного” колегіального утворення у структурі муніципального менеджменту та його можливості задовольнити вимоги виконавчої діяльності та виконавчої дисципліни. При цьому збільшення відбувається не завдяки професійним муніципальним службовцям, а шляхом включення інших осіб, що в радянські часи іменувалися “представники громадськості у виконавчо-розпорядчих органах”.

Концептуального вирішення у результаті реформи потребує регламентація делегованих повноважень, що мають місце в системі місцевого управління. Нині законодавство передбачає їхню наявність виключно в компетенції виконавчих органів місцевих рад, що унеможлиблює будь-який вплив на їхню реалізацію з боку інших суб’єктів муніципальної влади. Фактично виконавчі структури місцевої ради функціонально входять до структури виконавчої гілки влади держави, а для невеликих населених пунктів виконання делегованих повноважень стає пріоритетним завданням. Прийняття спеціального закону повинно змінити існуючу модель передачі таких повноважень, запровадити договірні відносини, матеріально-фінансове забезпечення, передбачити можливість впливу на їхню реалізацію з боку депутатського корпусу та закріпити засади контрольної діяльності (самоврядний чи державний контроль здійснюють виконавчі органи місцевих рад, забезпечуючи реалізацію таких повноважень).

Висновки. Сучасний стан правового забезпечення місцевого самоврядування створює загрозу подальшого розвитку всіх інститутів місцевої демократії, оскільки з боку законодавця спостерігається непослідовність у діях щодо юридичного забезпечення процесу реформування. Фактично Верховна Рада України заблокувала подальший розвиток цього інституту, адже попередньо прийнявши зміни до Конституції України, не схвалила їх як закон. Вперше у вітчизняному конституційному процесі виникатиме питання щодо юридичної можливості скасування попередньо схваленого законопроекту про внесення змін до Основного

¹⁸ ‘Персональний склад виконавчого комітету, затверджено рішенням міської ради від 18 грудня 2015 р. № 6’ (Херсон – офіційний сайт міста) <<http://www.city.kherson.ua/articles/personalniy-sklad-vikonavchogo-komitetu>> дата звернення 21 Квітень 2018.

¹⁹ ‘Благосмыслов Владимир Алексійович’ (Інформаційний портал Сумської міської ради, 5 Квітень 2018) <<https://smr.gov.ua/uk/miska-vlada/vikonavchi-organi/vikonavchij-komitet.html>> дата звернення 21 Квітень 2018.

²⁰ ‘Міський голова Олександр Мамай’ (Офіційний сайт Полтавської міської ради та виконавчого комітету) <<http://www.rada-poltava.gov.ua/rule>> дата звернення 21 Квітень 2018.

Закону або внесення у нього змін та доповнень, що не передбачено статтями 157 та 158 Конституції України.

Потребують подальшого наукового опрацювання питання, вирішення яких прямо впливатиме на належний розвиток відносин у сфері місцевого самоврядування: територіальна основа діяльності муніципальних структур і, зокрема, об'єднаних територіальних громад, організаційна будова місцевої ради, порядок та спосіб закріплення компетенції всіх учасників муніципальних відносин, доцільності існування головного суб'єкта місцевого самоврядування як основного носія всіх прав та обов'язків – територіальної громади.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Administratyvno-terytorialnyi ustroii Ukrainy stanom na 1 bereznia 2018 [Administrative and Territorial Structure of Ukraine as of 01.03.2018]. URL: <http://static.rada.gov.ua/zakon/new/NEWSAIT/ADM/zmist.html> (accessed: 21.04.2018) (in Ukrainian).
2. Konstytutsiia Ukrainy [The Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254k/96-VR. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (accessed: 12.03.2018) (in Ukrainian).
3. Pro dobrovilne obiednannia terytorialnykh hromad [On the Voluntary Association of Territorial Communities]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 5 liutoho 2015 r. № 157-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/157-19/page> (accessed: 21.04.2018) (in Ukrainian).
4. Pro mistseve samovriaduvannya v Ukraini [On Local Self-Government in Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 21 travnia 1997 r. № 280/97-BP. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80> (accessed: 20.04.2018) (in Ukrainian).
5. Pro skhvalennia Kontseptsii reformuvannya mistsevoho samovriaduvannya ta terytorialnoi orhanizatsii vlady v Ukraini [On Approval of the Concept for the Reform of Local Self-Government and Territorial Setup of Power in Ukraine]: rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy [Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine] vid 1 kvitnia 2014 r. № 333-r. *Ofitsiynyi Visnyk Ukrainy*. 2014. № 30. St. 831 (in Ukrainian).
6. Pro viiskovo-tsyvilni administratsii [On Civil Military Administrations]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 3 liutoho 2015 r. № 141-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/141-19> (accessed: 21.04.2018) (in Ukrainian).
7. Pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy (shchodo detsentralizatsii vlady) [Draft Amendments to the Constitution of Ukraine (on Decentralization)]: proekt Zakonu Ukrainy [Draft Law of Ukraine] vid 1 lypnia 2015 r. № 2217. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55812 (accessed: 21.04.2018) (in Ukrainian).
8. Pro zminu i vstanovlennia mezh mista Kharkiv, Derhachivskoho i Kharkivskoho raioniv Kharkivskoi oblasti [On Changes to and Establishment of the Borders of Kharkiv City, Derhachivskiyi and Kharkivskiyi Districts of Kharkiv Oblast]: Postanova Verkhovnoi

- Rady Ukrainy [Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine] vid 6 veresnia 2012 r. № 5215. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2013. № 31. St. 372 (in Ukrainian).
9. Proekt Zakonu pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy [Draft Law on Amendments to the Constitution of Ukraine] vid 1 lypnia 2003 r. № 3207-1. URL: w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2_5_1_1?ses=10005&num_s=2&num=3207-1&date1=&date2=&name_zp=&out_type=&id= (accessed: 21.04.2018) (in Ukrainian).
 10. Yevropeiska Khartiia mistsevoho samovriaduvannia [European Charter of Local Self-Government] vid 15 zhovtnia 1985 r. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_036 (accessed: 15.04.2018) (in Ukrainian).

Cases

11. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam 51 narodnoho deputata Ukrainy shchodo ofitsiinoho tlumachennia polozhennia “na nastupnii chervonii sesii Verkhovnoi Rady Ukrainy”, yake mistytsia u statti 155 Konstytutsii Ukrainy [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Petition of 51 People’s Deputies of Ukraine Concerning the Official Interpretation of the Provision “At the Subsequent Regular Session of the Verkhovna Rada of Ukraine” Contained in Article 155 of the Constitution of Ukraine] vid 15 bereznia 2016 r. № 1-rp/2016. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-16> (accessed: 21.04.2018) (in Ukrainian).
12. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam narodnykh deputativ Ukrainy shchodo ofitsiinoho tlumachennia terminiv “raion” ta “raion u misti”, yaki zastosovuiutsia v punkti 29 chastyny pershoi statti 85, chastyni piatii statti 140 Konstytutsii Ukrainy, i poniattia “orhanizatsiia upravlinnia raionamy v mistakh”, yake vzhyvaietsia v chastyni piatii statti 140 Konstytutsii Ukrainy ta v chastyni pershii statti 11 Zakonu Ukrainy «Pro stolytsiu Ukrainy – misto-heroi Kyiv», a takozh shchodo ofitsiinoho tlumachennia polozhen punktu 13 chastyny pershoi statti 92 Konstytutsii Ukrainy, punktu 41 chastyny pershoi statti 26 Zakonu Ukrainy «Pro mistseve samovriaduvannia v Ukraini» stosovno povnovazhennia miskykh rad samostiino vyrishuvaty pytannia utvorennia i likvidatsii raioniv u misti (sprava pro administrativno-terytorialnyi ustroi) [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Constitutional Petition of People’s Deputies of Ukraine Concerning the Official Interpretation of the Terms “District” and “District in a City” Which are Used in Clause 29, Part One of Article 85, Part Five of Article 140 of the Constitution of Ukraine, and the Concept “Setup of Governance of Districts in Cities” Which is Used in Part Five of Article 140 of the Constitution of Ukraine and Part One of Article 11 of the Law of Ukraine “On the Capital of Ukraine – Hero City of Kyiv”, as Well as Concerning the Official Interpretation of the Provisions of Clause 13, Part One of Article 92 of the Constitution of Ukraine, Clause 41, Part One of Article 26 of the Law of Ukraine “On Local Self-Government in Ukraine” Regarding the Authority of City Councils to Independently Decide on the Establishment and Liquidation of Districts in a City (Case of Administrative and Territorial Structure)] vid 13 lypnia 2001 r. № 11-rp/2001. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-01> (accessed: 21.04.2018) (in Ukrainian).
13. Vysnovok Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za zvernenniam Verkhovnoi Rady Ukrainy pro nadannia vysnovku shchodo vidpovidnosti proektu Zakonu Ukrainy “Pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy” vymoham statei 157 i 158 Konstytutsii Ukrainy (sprava pro vnesennia zmin do statei 85, 118, 119, 133, 140, 141, 142, 143 Konstytutsii Ukrainy) [Opinion of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Application of the Verkhovna Rada of Ukraine for the

Opinion on the Compliance of a Draft Law of Ukraine “On Making Amendments to the Constitution of Ukraine” with Requirements of Articles 157 and 158 of the Constitution of Ukraine (Case on Making Amendments to Articles 85, 118, 119, 133, 140, 141, 142, and 143 of the Constitution of Ukraine)] vid 7 veresnia 2005 r. № 1-v/2005. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v001v710-05> (accessed: 21.04.2018) (in Ukrainian).

14. Vysnovok Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za zvernenniam Verkhovnoi Rady Ukrainy pro nadannia vysnovku shchodo vidpovidnosti zakonoproektu pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy shchodo detsentralizatsii vlady vymoham statei 157 i 158 Konstytutsii Ukrainy [Opinion of the Constitutional Court of Ukraine in the Case Following the Application of the Verkhovna Rada of Ukraine for the Opinion on the Compliance of a Draft Law on Making Amendments to the Constitution of Ukraine Regarding Decentralization of Power with Requirements of Articles 157 and 158 of the Constitution of Ukraine] vid 30 lypnia 2015 r. № 2-v/2015. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v002v710-15> (accessed: 21.04.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Journal articles

15. Baimuratov M, ‘Munitsypalna vlada v systemi publichnoi vlady v Ukraini v umovakh munitsypalnoi reformy’ [‘Municipal Power within the System of Public Power in Ukraine under Conditions of the Municipal Reform’] (2018) 1 Visnyk APSVT 41 <https://www.socosvita.kiev.ua/sites/default/files/Visnyk_1_2018-41-44.pdf> accessed: 21 April 2018 (in Ukrainian).
16. Batanov O ta Chudyk N, ‘Struktura statutu terytorialnoi hromady ta yii elementy: problemy teorii ta praktyky’ [‘The Structure of the Territorial Community Charter and Its Elements: Issues of Theory and Practice’] (2012) 2 Chasopys Kyivskoho universytetu prava 80 (in Ukrainian).
17. Batanov O., ‘Deiaki kontseptualni problemy reformy konstytutsiinoi modeli mistsevoho samovriaduvannia v suchasni Ukraini’ [‘Some Conceptual Issues of the Reform of the Constitutional Model of Local Self-Government in Modern Ukraine’] (2015) 2 Publichne pravo 18 (in Ukrainian).
18. Bordeniuk V, ‘Okremi aspekty naukovooho zabezpechennia reformuvannia mistsevoho samovriaduvannia v Ukraini’ [‘Some Aspects of Scientific Support for the Reform of Local Self-Government in Ukraine’] (2011) 1 Yurydychna nauka 71 (in Ukrainian).
19. Fedorenko V ta Chernenchenko O, ‘Reforma mistsevoho samovriaduvannia ta terytorialnoi orhanizatsii publichnoi vlady v konteksti detsentralizatsii: dosvid Polshchi dlia Ukrainy (chastyna druha)’ [‘Reform of Local Self-Government and Territorial Setup of Public Power in the Context of Decentralization: Poland’s Experience for Ukraine (Part Two)’] (2015) 3 Publichne pravo 103 (in Ukrainian).
20. Serohina S, ‘Napriamky vdoskonalennia pravovoho rehuliuвання mistsevoho samovriaduvannia v Ukraini v aspekti yevropeiskoi intehratsii’ [‘Target Areas of Improving Legal Regulation of Local Self-Government in Ukraine in Terms of European Integration’] (2016) 3 Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy 40 (in Ukrainian).
21. Zaiats D, ‘Protse rozrobky ta pryiniattia statutiv terytorialnykh hromad v Ukraini’ (2009) 3 Demokratychnе vriaduvannia’ [‘The Process of Development and Adoption of the Territorial Community Charters in Ukraine’] <http://lvivacademy.com/vidavnistvo_1/visnik3/fail/+Zajats.pdf> accessed 21 April 2018 (in Ukrainian).
22. Zaitseva I, ‘Munitsypalne statutne pravo v systemi prava Ukrainy: deiaki pytannia teorii i praktyky’ [‘Municipal Statutory Law within the System of Law of Ukraine: Some

Issues of Theory and Practice'] (2013) 1 Chasopys Kyivskoho universytetu prava 96 (in Ukrainian).

Conference papers

23. Liubchenko P, 'Detsentralizatsiia publichnoi vlady: poniattia, vydy, mezhi v Detsentralizatsiia v Ukraini: teoriia ta praktyka konstytutsiinoi, administratyvnoi i munitsypalnoi reformy [Decentralization of Public Power: Concepts, Types, Limits. Decentralization in Ukraine: Theory and Practice of the Constitutional, Administrative and Municipal Reform]'; materialy vseukrainskoi naukovo-praktychnoi konferentsii (Odesa, 7 kvitnia 2017) [Materials of the All-Ukrainian Scientific and Practical Conference (Odessa, April 7, 2017)] (Natsionalnyi universytet "Odeska yurydychna akademiia" 2017) 56 (in Ukrainian).

Websites

24. 'Blahosmyslov Volodymyr Oleksiiovych' ['Blahosmyslov Volodymyr Oleksiyovych'] (*Informatsiynyi portal Sumskoi miskoi rady*, 5 Kvitenn 2018) <<https://smr.gov.ua/uk/miska-vlada/vikonavchi-organi/vikonavchij-komitet.html>> accessed 21 April 2018 (in Ukrainian).
25. 'Miskyi holova Oleksandr Mamai' ['City Mayor Oleksandr Mamai'] (*Ofitsiynyi sait Poltavskoi miskoi rady ta vykonavchoho komitetu*) <<http://www.rada-poltava.gov.ua/rule>> accessed 21 April 2018 (in Ukrainian).
26. 'Personalnyi sklad vykonavchoho komitetu, zatverdzheno rishenniam miskoi rady' ['Personal Composition of the Executive Committee'] vid 18 hrudnia 2015 r. № 6 (*Kherson – ofitsiynyi sait mista*) <<http://www.city.kherson.ua/articles/personalniy-sklad-vikonavchogo-komitetu>> accessed 21 April 2018 (in Ukrainian).

Kostiantyn Soliannik

THE REFORM OF LOCAL SELF-GOVERNMENT IN UKRAINE:
CONCEPTUAL ISSUES OF ITS CONSTITUTIONAL
LEGAL FRAMEWORK AND DEVELOPMENT PROSPECTS

ABSTRACT. Implementation of the municipal reform in Ukraine remains the pressing issue of the State and law reality. The basis for further development of local self-government as an institution should be laid by ensuring that the European standards are used to organize local democracy, and by scientific achievements of Ukrainian scholars. The existing problems of a legal nature give rise to a discussion on the legislative framework of the reform process and in some way block further development of local self-government.

The purpose of the article is to analyze the constitutional framework of the local self-government reform in modern Ukraine, to present the author's position regarding some target areas in which the reform is implemented, and to develop recommendations on the national and local rule-making in the context of certain issues of development of local government.

The author has established that the reform of this public-law institution should be preceded by amending the Constitution of Ukraine as the cornerstone of legislative amendments. The current situation regarding the capability of the Verkhovna Rada of Ukraine to consider amendments to the Fundamental Law at any subsequent session

entails negative phenomena and entrenchment in the current legislation of the provisions not fully consistent with the provisions of the Constitution. Today it is crucial to find a solution to this legal conflict existing in the Ukrainian constitutional process for the purpose of unfreezing an appropriate legislative framework of the municipal reform.

The conceptual issue of the reform is to define in the legislation what the main subject of local self-government is. Legislative entrenchment of a territorial community as such does not meet the provisions of the European Charter of Local Self-Government which sees a representative body of local self-government. Other approaches which may be used to form the competence of bodies and officials by outlining the areas of competence will contribute to decentralization of the State and help outline the responsibility of self-governing structures with regard to implementation of the municipal policy.

The current situation with the legal framework poses a threat to further development of all local democracy institutions, given the inconsistent actions on the part of the legislator which may be traced with respect to the legal support of the reform process. Actually, the Verkhovna Rada of Ukraine has blocked further development of local self-government since, having previously adopted the amendments to the Constitution of Ukraine, it did not adopt them as a law. For the first time the domestic constitutional process will encounter a question about legal possibility of cancelling a previously adopted draft law on amendments to the Fundamental Law or of amending and supplementing it, but this is not provided for by articles 157 and 158 of the Constitution of Ukraine.

Further scientific elaboration is needed with regard to the issues which, if resolved, will directly affect the appropriate development of relations in the local self-government domain: the territorial basis of activities of municipal structures and, in particular, united territorial communities, the organizational structure of a local council, the procedure and method of entrenching the competence of every participant of the municipal relations, the expediency of existence of the main local self-government subject as the main holder of all rights and obligations – the territorial community.

KEYWORDS: reform of local self-government; legal framework of local self-government; decentralization; organizational framework of local self-government; municipal management; territorial community; local self-government bodies.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО



Наталія Блажівська

кандидат юридичних наук,
докторант Інституту законодавства Верховної Ради України
(м. Київ, Україна)
nblazhivska@gmail.com

УДК 347.121.2

ЗАХИСТ ГУДВІЛУ ТА КЛІЕНТУРИ ВІДПОВІДНО ДО ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

АНОТАЦІЯ. Доба інформаційного суспільства та сучасний рівень глобалізації надає невідомого досі значення нематеріальним активам, подекуди навіть більш вагомим, ніж значення матеріальних активів. Це зумовлює необхідність створення та вдосконалення правових конструкцій володіння і користування такими активами, а також їх захисту від протиправного втручання. Це повною мірою стосується закріплення права на гудвіл і клієнтуру, їх цивільно-правового захисту.

Метою статті є дослідження поняття, підстави та умови захисту гудвілу й клієнтуру відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Встановлено, що практика ЄСПЛ щодо визнання таких нематеріальних активів, як гудвіл та клієнтура, майном у розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод є достатньо усталеною. З'ясовано, що практика ЄСПЛ визнає право на гудвіл (клієнтуру) незалежно від його формального закріплення на рівні національного законодавства. Суб'єктами такого права можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, які здійснюють певний вид професійної та (або) підприємницької діяльності, яка приносить їм прибуток. Перелік видів такої діяльності не є вичерпним і може бути продовжений. Виникнення права на гудвіл (клієнтуру) може бути обумовлене як об'єктивними (тривале здійснення відповідної діяльності; набуття спеціального правового статусу; отримання передбачених законом ліцензій та дозволів), так і суб'єктивними (власне ділова репутація суб'єкта) факторами. Доведено, що практика ЄСПЛ виділяє такі умови захисту гудвілу: заявник повинен володіти певним рівнем гудвілу; заявник повинен мати можливість використовувати свій гудвіл при здійсненні конкретного виду діяльності; слід встановити факт протиправного втручання у право заявника на володіння та користування своїм гудвілом; таке втручання призвело до заподіяння заявнику майнової шкоди. Проаналізовані способи захисту "гудвілу", якими можуть бути як відшкодування майнової шкоди, так і компенсація моральної шкоди.

© Наталія Блажівська, 2018

Оскільки практика ЄСПЛ застосовується як джерело права в Україні, то гудвіл та (або) клієнтура повинні забезпечуватись цивільно-правовим захистом. Допоки право на гудвіл та (або) клієнтуру формально незакріплено на рівні національного законодавства, можливість володіння, користування гудвілом та (або) клієнтурою, їх захист повинен визнаватись охоронюваним законом інтересом.

Ключові слова: гудвіл; клієнтура; ділова репутація; практика Європейського суду з прав людини.

Доба інформаційного суспільства та сучасний рівень глобалізації надають невідомого досі значення нематеріальним активам, подекуди навіть більш вагомому, ніж значення матеріальних. Це зумовлює необхідність створення і вдосконалення правових конструкцій володіння та користування такими активами, а також їх захисту від протиправного втручання. Це повною мірою стосується закріплення права на гудвіл і клієнтуру та їх цивільно-правового захисту. Вони вже ставали предметом наукових досліджень у межах вітчизняної цивілістики. Зокрема, у працях українських учених гудвіл та (або) клієнтура вивчалися у контексті: співвідношення з особистим немайновим правом на репутацію (Р. Стефанчук, М. Галянтич, І. Коваль); місця в системі прав на мирне володіння майном (Н. Кузнецова); оцінки нематеріальних об'єктів (А. Науменко); співвідношення з іншими майновими благами, зокрема й нематеріальними активами (Ю. Ходико, О. Сімсон, А. Гусь) тощо. Однак сьогодні відсутнє комплексне цивілістичне дослідження гудвілу та клієнтури.

Мета дослідження полягає у дослідженні поняття, підстави та умов захисту гудвілу й клієнтури відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Сьогодні практика ЄСПЛ щодо визнання таких нематеріальних активів, як гудвіл та клієнтура, майном у розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) є достатньо усталеною. Так, одним із перших рішень, які цього стосувалися, було рішення у справі “*Van Marle and others v. The Netherlands*”¹. У ній державні органи відмовили заявникам у реєстрації їх як сертифікованих аудиторів, незважаючи на те, що заявники тривалий час провадили таку діяльність до прийняття у 1972 р. закону, яким було вперше регламентовано аудиторську практику й запроваджено реєстрацію аудиторів. Заявники стверджували, що відмова в реєстрації призвела до зменшення прибутків і зниження вартості гудвілу їхньої аудиторської практики. ЄСПЛ визнав, що право на заняття професійною аудиторською діяльністю може бути уподібнене правам, гаранто-

¹ Van Marle and others v. The Netherlands: Court (Plenary) Judgment (Merits). 26.06.1986. App. No 8543/79, 8674/79, 8675/79 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57590>> accessed 1 April 2018.

ваним ст. 1 Першого протоколу, оскільки, здійснюючи таку діяльність, заявники формували клієнтуру. У цій же справі ЄСПЛ, всупереч позиції держави-відповідача про те, що в національному праві не існує такого інституту, як “право на гудвіл”, визнав обґрунтованими твердження, що в результаті відмови заявникам у видачі ліцензії завдано шкоди їх бізнесу внаслідок зниження вартості гудвілу.

ЄСПЛ також неодноразово визнавав наявність гудвілу та клієнтури у заявників, які здійснюють адвокатську діяльність. Вперше такий правовий висновок було зроблено у справі “*Döring v. Germany*”². Так, було встановлено, що заявник, розпочавши та успішно розвинувши свою адвокатську практику, створив клієнтуру; це багато в чому мало характер приватного права та становило актив і, відповідно, майно у розумінні ст. 1 Першого протоколу. Розвиваючи це положення, ЄСПЛ уточнив, що не має значення, чи заявники набули майно, скориставшись виключним правом (наприклад, виключним правом представництва інтересів клієнтів у судах апеляційної інстанції), або безпосередньо через свою власну діяльність. Якщо справа стосується захисту виключних прав, передбачених законом, Конвенція застосовується тоді, коли такі права призводять до правомірного очікування на отримання певного майна. Саме така ситуація мала місце у справі “*Wendenburg and Others v. Germany*”³.

Здійснення професійної діяльності в сфері медичної практики також визнається у практиці ЄСПЛ такою, що створює охоронюваний законом інтерес, який може розглядатись як майно в розумінні ст. 1 Першого протоколу. Вперше такий правовий висновок був сформульований у справі “*Karni v. Sweden*”⁴ та пізніше підтверджений у справі “*Malik v. The United Kingdom*”⁵. Крім того, у справі “*Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia*”⁶ гудвіл був визнаний за заявником, який надавав ритуальні послуги. Остання справа цікава також тим, що володільцем гудвілу було визнано не так юридичну особу, яка безпосередньо надавала такі послуги, як її єдиного засновника.

² *Döring v. Germany*: Court (Fourth Section) Decision. 09.11.1999. App. No. 37595/97 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5642>> accessed 1 April 2018.

³ *Wendenburg and Others v. Germany*: Court (Third Section) Decision. 06.02.2003. App. No. 71630/01 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23337>> accessed 1 April 2018.

⁴ *Karni v. Sweden*: Commission Decision. 08.03.1988. App. No. 11540/85 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202>> accessed 1 April 2018.

⁵ *Malik v. The United Kingdom*: Court (Fourth Section) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 13.03.2012. App. No. 23780/08. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109541> accessed 1 April 2018.

⁶ *Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia*: Court (Third Section) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 30.11.2010. App. No. 35264/04 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101988>> accessed 1 April 2018.

Окремо від згаданих слід виділити справу “*Iatridis v. Greece*”⁷. Відповідно до обставин справи у 1989 р. у заявника вилучили орендований ним із 1978 р. кінотеатр, неправомірність чого згодом підтвердив національний суд. Спірний заклад отримала міська рада, яка продовжила його використання, натомість заявник не заснував у відповідному районі жодного іншого кінотеатру. При розгляді питання про порушення прав, гарантованих ст. 1 Першого протоколу у рамках справи “*Iatridis v. Greece*”⁸, ЄСПЛ взяв до уваги ті факти, що заявник упродовж тривалого часу (11 років) управляв кінотеатром на підставі договору оренди, внаслідок чого ним була сформована клієнтура, що у багатьох відношеннях має характер прав приватних осіб й утворює актив, а отже, і майно за визначенням ст. 1 Першого протоколу. Особливість цієї справи полягає у такому. На відміну від усіх попередніх справ, де клієнтура мала визначений характер, у справі “*Iatridis v. Greece*” клієнтура поширювалася на невизначене коло осіб, яке може бути конкретизовано лише як “переважно місцеві жителі”. Також майнова цінність такої клієнтури була пов’язана найімовірніше не з заявником, а з орендованим ним приміщенням, де він здійснював кінематографічну діяльність із демонстрування фільмів.

Отже, практика ЄСПЛ визнає право на гудвіл (клієнтуру) незалежно від його формального закріплення на рівні національного законодавства. Суб’єктами такого права можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, які здійснюють певний вид професійної та (або) підприємницької діяльності, яка приносить їм прибуток. Перелік видів такої діяльності не є вичерпним та може бути продовжений. Виникнення права на гудвіл (клієнтуру) може бути обумовлене як об’єктивними (тривале здійснення відповідної діяльності; набуття спеціального правового статусу; отримання передбачених законом ліцензій та дозволів), так і суб’єктивними (власне ділова репутация суб’єкта) факторами.

Вказана практика ЄСПЛ вже отримала своє застосування судами України. Для прикладу можна навести Постанову Верховного Суду від 2 березня 2018 р. у справі № 814/1743/17⁹. У цьому рішенні Верховний Суд, погоджуючись із висновком суду апеляційної інстанції, вказав, що:

Законне право позивача на здійснення зовнішньоекономічної діяльності в частині отримання дозволів на переміщення судна у митний режим на переробку становить його активи, стосовно яких позивач мав законне сподівання на отримання можливості ефективно здійснити своє майнове

⁷ *Iatridis v. Greece*: Court (Grand Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 25.03.1999. App. No 31107/96 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58227>> accessed 1 April 2018.

⁸ Там само.

⁹ Постанова Верховного Суду від 2 березня 2018 р. у справі № 814/1743/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72551817> (дата звернення: 01.04.2018).

право, що також стосується як і здійснення господарської діяльності, так і “гудвілу” (*goodwill*)¹⁰.

Посилаючись на рішення ЄСПЛ у справі “*Van Marle and others v. The Netherlands*”¹¹, Верховний Суд визнав, що діяльність позивача підпадає під захист статті 1 Протоколу Першого Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, які стосується як і здійснення господарської діяльності, так і “гудвілу” (*goodwill*)¹².

ЄСПЛ не робить чіткого розмежування між поняттями “репутація”, “гудвіл” та “клієнтура”, крім того, по-різному їх використовує: поняття “репутація” використовує тоді, коли мало місце порушення ст. 8 Конвенції і не було необхідності розглядати спір у світлі ст. 1 Першого протоколу (“*Niemietz v. Germany*”¹³); використовує окремо поняття “гудвіл” або “клієнтура” (“*Iatridis v. Greece*”¹⁴); використовує поняття “гудвіл” та “клієнтура” як взаємозамінні поняття (“*Buzescu v. Romania*”¹⁵); використовує поняття “репутація”, “гудвіл” та “клієнтура” як взаємопов’язані поняття, коли гудвіл розглядається як благо, яке виникло з набутої за тридцять років медичної практики репутації та клієнтури (“*Malik v. the United Kingdom*”¹⁶). Тому важливим є з’ясувати розуміння досліджуваних понять на рівні національного законодавства, практики його застосування та вітчизняної правничої науки.

Термін “гудвіл” отримав законодавче закріплення. Так, ст. 14.1.40 Податкового кодексу України (далі – ПК України)¹⁷ визначає:

Гудвіл (вартість ділової репутації) – нематеріальний актив, вартість якого визначається як різниця між ринковою ціною та балансовою вартістю активів підприємства як цілісного майнового комплексу, що виникає в результаті використання кращих управлінських якостей, домінуючої позиції на ринку товарів, послуг, нових технологій тощо¹⁸.

Гудвіл як нематеріальний актив підлягає бухгалтерському обліку відповідно до Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 19 “Об’єднання підприємств”, затвердженого наказом Міністерства фінансів України

¹⁰ Постанова Верховного Суду (н 9).

¹¹ *Van Marle and others v. The Netherlands* (н 1).

¹² Постанова Верховного Суду (н 9).

¹³ *Niemietz v. Germany*: Court (Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 16.12.1992. App. No. 13710/88 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887>> accessed 1 April 2018.

¹⁴ *Iatridis v. Greece* (н 7).

¹⁵ *Buzescu v. Romania*: Court (Second Section) Judgment. 24.05.2005. App. No. 61302/00 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69120>> accessed 1 April 2018.

¹⁶ *Malik v. The United Kingdom* (н 5).

¹⁷ Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/print1467264005350874> (дата звернення: 01.04.2018).

¹⁸ Там само.

від 7 липня 1999 р. № 163¹⁹. Вказане Положення визначає гудвіл як ‘перевищення вартості придбання над часткою покупця у справедливій вартості придбаних ідентифікованих активів, зобов’язань і непередбачених зобов’язань на дату придбання’²⁰. Однак при цьому слід брати до уваги, що поняття, установлені податковим законодавством, застосовуються виключно для регулювання відносин, що виникають у сфері справляння податків і зборів (статті 1, 5 ПК України²¹). Тому вказані визначення не можуть бути застосовані при регулюванні приватних відносин, зокрема й за аналогією закону. Це підтверджується і правовою позицією, прийнятою Вищим господарським судом України, відповідно до якої у разі відсутності у суб’єкта господарювання бухгалтерського обліку гудвілу як нематеріального активу такий суб’єкт господарювання не позбавлений права доводити розмір грошового еквіваленту пониження ділової репутації іншими доказами²².

У вітчизняній доктрині цивільного права відсутнє загальновизнане розуміння співвідношення понять “репутація” та “гудвіл”. Аналіз наукових праць дає можливість виокремити чотири різні підходи.

Представники першого з них фактично ототожнюють ці поняття. Зокрема, М. Галянтич і Г. Коваленко не розмежовують ділову репутацію та гудвіл і розуміють під ними комплекс заходів, спрямованих на збільшення прибутку підприємства без відповідного збільшення активних операцій, включаючи використання найкращих управлінських здібностей, домінуючу позицію на ринку продукції (робіт, послуг), нові технології²³. Недоліком цього підходу є те, що його автори не враховують різну правову природу вказаних об’єктів, а саме немайновий характер репутації та майновий характер гудвілу.

Відповідно до другого підходу гудвіл включає у себе ділову репутацію. Так, А. Науменко стверджує, що поняття “гудвіл” значно ширше за поняття “ділова репутація”²⁴. Цей підхід наділений таким самим недоліком, що й перший. Крім того, таке співвідношення гудвілу та репутації, на нашу думку, не може бути підтриманим, оскільки пояснює лише те, що

¹⁹ Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 19 “Об’єднання підприємств”, затверджений наказом Міністерства фінансів України від 7 липня 1999 р. № 163. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0499-99> (дата звернення: 01.04.2018).

²⁰ Там само.

²¹ Податковий кодекс України (н 17).

²² Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію: інформаційний лист Вищого господарського суду України від 28 березня 2007 р. № 01-8/184. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_184600-07 (дата звернення: 01.04.2018).

²³ М. Галянтич та Г. Коваленко, ‘Честь, гідність і ділова репутація. Цивільно-правові проблеми захисту немайнових прав’ [2000] 20(442) Закон і бізнес 10.

²⁴ А. Науменко, ‘Правові аспекти визначення та класифікації нематеріальних активів як об’єктів оцінки’ (2013) 3 Актуальні питання публічного та приватного права 52.

вартість гудвілу визначається не тільки діловою репутацією суб'єкта, а й іншими нематеріальними активами.

Третій підхід, представлений у працях Ж. Нора, розкриває різницю між діловою репутацією та гудвілом лише в тому, що стосовно першого поняття оцінка розглядається відносно соціальних явищ, людської діяльності, а щодо другого поняття оцінку складає ціна, грошове відбиття вартості, тож обидва вони є сторонами одного явища²⁵. Таке пояснення видається дещо спрощеним, не враховує усю складність взаємозв'язку репутації та гудвілу.

Найбільш обґрунтованим, на наше переконання, є четвертий підхід, згідно з яким репутація та гудвіл розглядаються як взаємопов'язані, але нетотожні поняття. Так, на думку Р. Стефанчука, гудвіл наділений такими ознаками, які просто не притаманні діловій репутації як особистому немайновому благу особи, яка є непередаваною, невідчужуваною. Натомість ділова репутація є “чистим” немайновим благом особи, незважаючи на всі майнові впливи (вартість витрат на створення іміджу, вартість ділових зв'язків, вартість майбутніх, наразі неохоронених доходів, тощо)²⁶. При цьому дослідники обґрунтовують зв'язок ділової репутації та гудвілу, відповідно до якого ділову репутацію слід вважати чинником, що впливає на утворення і вартість гудвілу. Зокрема, І. Коваль доходить висновку, що ділова репутація тісно пов'язана з нематеріальним активом – гудвілом. Науковець доводить, що ділова репутація і гудвіл відрізняються за своєю природою та моментом виникнення. Ділова репутація, будучи нематеріальною, властива суб'єкту господарювання з моменту його створення і протягом всього існування, а гудвіл, як певна вартість, утворюється тільки в разі продажу майнового комплексу. До того ж окрім ділової репутації на утворення і розмір гудвілу можуть впливати інші об'єктивні та суб'єктивні чинники. Тому ділову репутацію слід вважати вирішальним чинником, що впливає на можливість утворення гудвілу і його вартість²⁷.

Досліджуючи співвідношення понять “гудвіл” і “клієнтура” у вітчизняній цивілістиці, можна виокремити три основні тези. По-перше, гудвіл та клієнтура розглядаються як майнові нематеріальні об'єкти. Так, Н. Кузнецова відносить гудвіл та клієнтуру до інших економічних інтересів, пов'язаних із підприємницькою діяльністю, які ЄСПЛ розглядає

²⁵ Ж Нора, ‘Право на ділову репутацію ОВС як особисте немайнове право’ [2010] 2(49) Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ <http://archive.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/vkhnivs/2010_49/49/34.pdf> дата звернення 1 Квітень 2018.

²⁶ Р Стефанчук, *Захист честі, гідності та репутації в цивільному праві: монографія* (Науковий світ 2001) 23.

²⁷ І Коваль, ‘Право на ділову репутацію суб'єктів господарювання і його позасудовий захист від неправомірного використання’ (автореф дис канд юрид наук, Інститут економіко-правових досліджень НАН України 2005) 7-8.

у контексті ст. 1 Першого протоколу. При цьому науковець вказує на їхню нетиповість як об'єктів захисту в аспекті українського законодавства й правової доктрини²⁸. По-друге, гудвіл та клієнтура, крім того, можуть розглядатись як частина інших об'єктів, наприклад: підприємства як єдиного майнового комплексу²⁹; бренду як комплексного об'єкта, який включає торговельну марку (комерційне найменування, географічне позначення), маркетингові знання (ноу-хау) щодо їх просування на ринок, репутацію фірми (гудвіл), надає конкурентні переваги і виражається у доданій вартості продукту³⁰. По-третє, гудвіл сам по собі є складним об'єктом, що об'єднує в собі інші неідентифіковані нематеріальні активи. Інакше кажучи, він розуміється як невід'ємна частина нематеріальних активів суб'єкта господарювання, яка включає у себе всі елементи, що не можуть бути ідентифіковані, тобто відокремлені від підприємства як цілісного майнового комплексу, але здатні контролюватися та приносити дохід у майбутньому: будь-то клієнтська база, частка ринку, знання та кваліфікація персоналу, база даних, його ділова репутація тощо³¹. Отже, “гудвіл” є ширшим поняттям і своїм змістом охоплює поняття “клієнтура”.

Визнаючи наукову цінність кожного із зазначених вище наукових положень, сформулюємо власне бачення досліджуваного питання. На нашу думку, при визначенні співвідношення між поняттями “репутація”, “гудвіл” та “клієнтура”, слід враховувати таке. Усі вказані терміни позначають нематеріальні об'єкти цивільних відносин. При цьому репутація є особистим немайновим благом, право на яке належить усім фізичним і юридичним особам, незалежно від здійснення останніми підприємницької чи професійної діяльності (тобто є ширшим та включає в себе поняття “ділова репутація”). Натомість гудвіл та клієнтура за своєю природою є майновими благами, створюються у результаті здійснення особою підприємницької та (або) професійної діяльності, мають економічну цінність, обумовлену можливістю їх використання при подальшому здійсненні такої діяльності. Тому “репутація”, “гудвіл” і “клієнтура” не є тотожними поняттями, і відрізняються за своїм змістом та обсягом. Водночас вони перебувають у взаємозв'язку та взаємозалежності один

²⁸ Н Кузнецова, ‘Власність і право на мирне володіння майном відповідно до статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (поняття об'єктів права власності та нетипові об'єкти права власності у розумінні статті 1 Першого протоколу)’ в *Право власності: європейський досвід та українські реалії: Збірник доповідей і матеріалів Міжнародної конференції* (м Київ, 22-23 жовтня 2015 року) (ВАІТЕ 2015) 30, 31.

²⁹ Ю Ходико, ‘Підприємство як єдиний майновий комплекс та особливості його іпотеки’ [2010] 1(33) Університетські наукові записки 61.

³⁰ О Сімсон, ‘Правова модель державно-приватного партнерства як інструмент гармонізації публічних і приватних інтересів в інноваційній стратегії України’ (автореф дис д-ра юрид наук, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого 2015) 21.

³¹ А Гусь, *Нематеріальні активи: господарсько-правовий аспект: монографія* (АУТДОР-ШАРК 2015) 187.

від одного. Так, гудвіл фактично є економічною оцінкою репутації, але на обмежується нею. На його вартість також можуть впливати належні особі об'єкти права інтелектуальної власності, такі як торговельна марка, фірмове найменування, комерційна таємниця, а також інші нематеріальні об'єкти, до яких ми відносимо і клієнтуру. Клієнтура, зі свого боку, відрізняється від гудвілу та репутації тим, що їй не притаманний нерозривний зв'язок із особою-носієм. Наприклад, клієнтура, створена господарським товариством, може бути використана його засновниками (учасниками) після припинення останнього без правонаступників.

Практика ЄСПЛ виділяє такі умови захисту гудвілу. По-перше, заявник повинен володіти певним рівнем гудвілу. Наприклад, у справі “*Buzescu v. Romania*”³² ЄСПЛ встановив набуття заявником істотного рівня гудвілу стосовно юридичних послуг, які ним надавалися, на підставі низки документів, таких як листи Румунського союзу адвокатів, Міністерства закордонних справ. На підставі цього ЄСПЛ дійшов висновку, що клієнтура заявника пов'язана з його юридичною практикою, і що він може її використовувати як адвокат.

По-друге, заявник повинен мати можливість використовувати свій гудвіл при здійсненні конкретного виду діяльності. Пояснити це можна на прикладі справи “*Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia*”³³. Так, було встановлено, що заявник здійснював діяльність із надання ритуальних послуг із 1995 по 2002 рр., коли надання ритуальних послуг актом муніципального органу було покладено на комунальне підприємство, яке набуло законну монополію на здійснення такої діяльності. Незважаючи на те, що за цей час заявник набув істотного рівня гудвілу, ЄСПЛ визнав відсутнім порушення ст. 1 Першого протоколу, беручи до уваги таке. У 1993 р. було прийнято національний закон, який відніс ритуальні послуги до комунальних послуг (тобто відбулася націоналізація похоронної справи). Відтоді почався перехідний період, протягом якого муніципальні органи повинні були прийняти акти для впровадження вказаної норми на рівні відповідної територіальної одиниці. Тому можливість заявника *de facto* надавати ритуальні послуги, яка *de jure* припинилася у 2002 р., мала від початку тимчасовий характер.

По-третє, слід встановити факт протиправного втручання у право заявника на володіння та користування своїм гудвілом. У справі “*Malik v. The United Kingdom*”³⁴ ЄСПЛ дійшов висновку, що питання, чи було у заявника володіння нематеріальним активом, нерозривно пов'язано з питанням, чи мало місце втручання у таке володіння. Відповідно, втру-

³² Buzescu v. Romania (n 15).

³³ Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia (n 6).

³⁴ Malik v. The United Kingdom (n 5).

чання у право мирного володіння своїми нематеріальними активами ЄСПЛ визнавав у разі: позбавлення заявника його права на здійснення адвокатської діяльності, яке призвело до втрати ним клієнтів та доходу (*“Döring v. Germany”*³⁵); відмова відновлення членства в асоціації адвокатів, яке було анульовано внаслідок виїзду в іншу країну (*“Buzescu v. Romania”*³⁶); виключення заявника з реєстру Ради адвокатів у зв’язку із призначенням останнього на посаду викладача в університеті за основним місцем роботи, що змусило його припинити адвокатську практику (*“Lederer v. Germany”*³⁷); анулювання ліцензії на право роздрібною торгівлі алкогольними напоями, що мало негативний вплив на гудвіл, оскільки була однією з основних умов ведення ресторанної справи (*“Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden”*³⁸) тощо.

По-четверте, таке втручання призвело до заподіяння заявнику майнової шкоди. У справі *“Malik v. the United Kingdom”*³⁹ ЄСПЛ вказав на необхідність надання заявником доказів того, що в результаті втручання органів державної влади у здійснення ним професійної діяльності клієнтура заявника значно скоротилася. ЄСПЛ звернув увагу, що в період, поки діяльність заявника, який здійснював приватну медичну практику, була припинена, зміна чисельності його пацієнтів не була “незвичайною” порівняно з періодом, поки заявник здійснював свою діяльність у нормальному режимі, і не було доказів причинно-наслідкового зв’язку між припиненням його медичної практики і зміною чисельності його пацієнтів. Суд також зазначив, що, навіть якщо мало б місце значне зниження чисельності клієнтів, заявник не показав, що таке зниження прямо вплинуло на нього або на його фінансову ситуацію. Крім того, навіть якщо визнати, що таке зниження могло вплинути на гудвіл заявника в медичній практиці, останній не мав можливості отримати вигоду зі свого гудвілу за допомогою відчуження у період припинення його професійної діяльності. Отже, можливе зниження ринкової вартості гудвілу не могло мати для нього наслідків.

При цьому у практиці ЄСПЛ розмежовується гудвіл як такий, що охоплюється ст. 1 Першого протоколу, від можливого майбутнього доходу або прибутку, які не підпадають під дію вказаної статті. Прикладом може бути справа *“Ian Edgar (Liverpool) Limited v. The United Kingdom”*, у якій заяву було оголошено неприйнятною на підставі ч. 3 ст. 35 Кон-

³⁵ *Döring v. Germany* (n 2).

³⁶ *Buzescu v. Romania* (n 15).

³⁷ *Lederer v. Germany*: Court (Fifth Section) Decision. 22.05.2006. App. No. 6213/03 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83568>> accessed 1 April 2018.

³⁸ *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*: Court (Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 07.07.1989. App. No 10873/84 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57586>> accessed 1 April 2018.

³⁹ *Malik v. The United Kingdom* (n 5).

венції у зв'язку з тим, що інформація, надана суду, не могла відмежувати гудвіл від майбутнього доходу або прибутку. Складність такого розмежування полягає у тому, що при визначенні шкоди, завданої у зв'язку з пониженням гудвілу, неминуче враховується передбачуване особою відтворення доходу, отриманого раніше за рахунок гудвілу. Тобто цінність гудвілу як активу в практиці ЄСПЛ визначається з урахуванням динаміки рівня прибутків, що отримуються суб'єктом економічної діяльності у минулому в межах сформованого ним гудвілу⁴⁰. Інакше кажучи, захист гудвілу відбувається лише в межах “законного сподівання” (“*legitimate expectation*”).

Способами захисту “гудвілу” можуть слугувати як відшкодування майнової шкоди, так і компенсація моральної шкоди. Особливість відшкодування майнової шкоди, завданої гудвілу, полягає у складності обрахування суми такого відшкодування, з огляду на невизначеність характеру такої шкоди⁴¹. До того ж шкода, завдана гудвілу, опосередковується через розрахунок упущеної вигоди в умовах, які можуть коливатися залежно від непередбачуваних чинників⁴². Це особливо слушно у випадках, що стосуються комерційної діяльності особи, яка передбачає взяття на себе ризиків і ступінь невизначеності відносно користування й прибутковості активу, про який ідеться⁴³. Тому у справі “*Buzescu v. Romania*”⁴⁴, беручи до уваги кількість невизначених чинників, які впливають на втрати заявника, ЄСПЛ визначив суму відшкодування на основі принципу справедливості.

Що стосується грошової компенсації за моральну (немайнову) шкоду, заподіяну внаслідок порушення гудвілу, то ЄСПЛ визначає її керуючись тим самим принципом справедливості, оскільки її точний підрахунок у принципі неможливий. Немайна шкода, завдана у такому разі, може включати аспекти, які більшою чи меншою мірою “об’єктивні” або “суб’єктивні”. Аспекти, які можуть бути взяті до уваги, включають репутацію особи, невизначеність в ухваленні рішення (для яких немає чіткої методики підрахунку наслідків) і тривогу й незручності, заподіяні таким особам. Наприклад, у тій самій справі “*Buzescu v. Romania*”⁴⁵ ЄСПЛ, визначаючи розмір компенсації моральної шкоди, взяв до уваги страж-

⁴⁰ К Черновол, ‘Гудвилл, клиентура и деловая репутация в практике толкования Европейским Судом по правам человека статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод’ (2017) 8-9 Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки 259.

⁴¹ Smith and Grady v. The United Kingdom (Article 41): Court (Third Section) Judgment (Just Satisfaction). 25.07.2000. App. No 33985/96, 33986/96 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59023>> accessed 1 April 2018.

⁴² Dacia S.R.L. v. Moldova: Court (Fourth Section) Judgment (Just Satisfaction). 24.02.2009. App. No 3052/04 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91479>> accessed 1 April 2018.

⁴³ Basarba OOD v. Bulgaria: Court (Fifth Section) Judgment (Just Satisfaction). 20.01.2011. App. No 77660/01 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102898>> accessed 1 April 2018.

⁴⁴ Buzescu v. Romania (n 15).

⁴⁵ Там само.

дань та розчарування, які відчував заявник, у зв'язку із втратою статусу адвоката. Однак грошова компенсація моральної шкоди допускається у практиці ЄСПЛ у випадках, коли буде визнано, що для такої компенсації недостатньо визнання порушення права⁴⁶. Тобто визнання права порушеним розглядається як належний спосіб компенсації моральної шкоди.

Висновки. Екстраполюючи проведений аналіз на чинне законодавство, доходимо таких висновків. Оскільки практика ЄСПЛ застосовується як джерело права в Україні, то гудвіл та (або) клієнтура повинні забезпечуватися цивільно-правовим захистом. Допоки право на гудвіл та (або) клієнтуру формально не закріплене на рівні національного законодавства, можливість володіння, користування гудвілом та (або) клієнтурою, їхній захист повинен визнаватися охоронюваним законом інтересом. З урахуванням реформування законодавчого регулювання здійснення професійної та підприємницької діяльності назріла нагальна необхідність легального закріплення права на гудвіл та (або) клієнтуру.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Podatkovyi kodeks Ukrainy [The Tax Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 hrudnia 2010 r. № 2755-VI. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/print1467264005350874> (accessed: 01.04.2018) (in Ukrainian).
2. Polozhennia (standart) bukhhalterskoho obliku 19 "Obiednannia pidpriemstv", zatverdzhenni nakazom Ministerstva finansiv Ukrainy [Accounting Provision (Standard) 19 "Association of Enterprises" Approved by Order of the Finance Ministry of Ukraine] vid 7 lypnia 1999 r. № 163. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0499-99> (accessed: 01.04.2018) (in Ukrainian).
3. Pro deiaki pytannia praktyky zastosuvannia hospodarskymy sudamy zakonodavstva pro informatsiiu [On Some Issues of Economic Courts' Practice of Application of Information Legislation]: informatsiinyi lyst Vysshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy [the Information Letter of the Higher Economic Court of Ukraine] vid 28 bereznia 2007 № 01-8/184. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_184600-07 (accessed: 01.04.2018) (in Ukrainian).

Cases

4. Van Marle and others v. The Netherlands: Court (Plenary) Judgment (Merits). 26.06.1986. App. No 8543/79, 8674/79, 8675/79 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57590>> accessed 1 April 2018 (in English).

⁴⁶ Credit and Industrial Bank v. The Czech Republic: Court (Fourth Section). Judgment (Merits and Just Satisfaction). 21.10.2003. App. No 29010/95 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61381>> accessed 1 April 2018.

5. Wendenburg and Others v. Germany: Court (Third Section) Decision. 06.02.2003. App. No. 71630/01 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23337>> accessed 1 April 2018 (in English).
6. Malik v. The United Kingdom: Court (Fourth Section) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 13.03.2012. App. No. 23780/08 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109541>> accessed 1 April 2018 (in English).
7. Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia: Court (Third Section) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 30.11.2010. App. No. 35264/04 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101988>> accessed 1 April 2018 (in English).
8. Iatridis v. Greece: Court (Grand Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 25.03.1999. App. No. 31107/96 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58227>> accessed 1 April 2018 (in English).
9. Niemietz v. Germany: Court (Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 16.12.1992. App. No. 13710/88 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887>> accessed 1 April 2018 (in English).
10. Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden: Court (Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 07.07.1989. App. No. 10873/84 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57586>> accessed 1 April 2018 (in English).
11. Smith and Grady v. The United Kingdom (Article 41): Court (Third Section) Judgment (Just Satisfaction). 25.07.2000. App. No. 33985/96, 33986/96 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59023>> accessed 1 April 2018 (in English).
12. Dacia S.R.L. v. Moldova: Court (Fourth Section) Judgment (Just Satisfaction). 24.02.2009. App. No. 3052/04 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91479>> accessed 1 April 2018 (in English).
13. Basarba OOD v. Bulgaria: Court (Fifth Section) Judgment (Just Satisfaction). 20.01.2011. App. No. 77660/01 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102898>> accessed 1 April 2018 (in English).
14. Credit and Industrial Bank v. The Czech Republic: Court (Fourth Section). Judgment (Merits and Just Satisfaction). 21.10.2003. App. No. 29010/95 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61381>> accessed 1 April 2018 (in English).
15. Karni v. Sweden: Commission Decision. 08.03.1988. App. No. 11540/85 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202>> accessed 1 April 2018 (in English).
16. Döring v. Germany: Court (Fourth Section) Decision. 09.11.1999. App. No. 37595/97 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5642>> accessed 1 April 2018 (in English).
17. Buzescu v. Romania: Court (Second Section) Judgment. 24.05.2005. App. No. 61302/00 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69120>> accessed 1 April 2018 (in English).
18. Lederer v. Germany: Court (Fifth Section) Decision. 22.05.2006. App. No. 6213/03 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83568>> accessed 1 April 2018 (in English).
19. Postanova Verkhovnoho Sudu [Supreme Court Ruling] vid 2 bereznia 2018 r. u spravi № 814/1743/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72551817> (accessed: 01.04.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

20. Hus A, *Nematerialni aktyvy: hospodarsko-pravovyi aspekt: monohrafiia [Intangible Assets: Economic Law Aspect: Monograph]* (AUTDOR-ShARK 2015) (in Ukrainian).
21. Stefanchuk R, *Zakhyst chesti, hidnosti ta reputatsii v tsyvilnomu pravi: monohrafiia [Protection of Honor, Dignity and Reputation in Civil Law: Monograph]* (Naukovyi svit 2001) (in Ukrainian).

Journal articles

22. Chernovol K, 'Gudvill, klientura i delovaya reputatsiya v praktike tolkovaniya Evropeyskim Sudom po pravam cheloveka stat'i 1 Protokola №1 k Konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod' ['Goodwill, Clientele and Business Reputation in the European Court of Human Rights Practice of Interpretation of Article 1, Protocol No. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms'] (2017) 8-9 Gumanitarnye, sotsial'no-ekonomicheskie i obshchestvennyye nauki 259 (in Russian).
23. Haliyants M ta Kovalenko H, 'Chest, hidnist i dilova reputatsiia. Tsyvilno-pravovi problemy zakhystu nemainovykh prav' ['Honor, Dignity and Business Reputation. Civil Law Issues of Non-Property Rights Protection'] [2000] 20(442) Zakon i biznes 10 (in Ukrainian).
24. Khodyko Yu, 'Pidpriemstvo yak yedynyi mainovy kompleks ta osoblyvosti yoho ipoteky' ['Enterprise as a Whole Property Complex and the Specifics of its Mortgage'] [2010] 1(33) Universytetski naukovy zapysky 61 (in Ukrainian).
25. Naumenko A, 'Pravovi aspekty vyznachennia ta klasyfikatsii nematerialnykh aktyviv yak obektiv otsinky' ['Legal Aspects of Definition and Classification of Intangible Assets as Valuation Objects'] (2013) 3 Aktualni pytannia publicnogo ta pryvatnogo prava 52 (in Ukrainian).
26. Nor Zh, 'Pravo na dilovu reputatsiiu OVS yak osobyste nemainove pravo' ['Right to Business Reputation of Internal Affairs Bodies as a Personal Non-Property Right'] [2010] 2(49) Visnyk Kharkivskoho natsionalnogo universytetu vnutrishnikh sprav <http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/vkhnucs/2010_49/49/34.pdf> accessed 1 April 2018 (in Ukrainian).

Conference papers

27. Kuznietsova N, 'Vlasnist i pravo na myrne volodinnia mainom vidpovidno do statti 1 Pershoho protokolu do Konventsii pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod (poniattia obektiv prava vlasnosti ta netypovi obiekty prava vlasnosti u rozuminni statti 1 Pershoho protokolu)' ['Property and the Right to Peaceful Enjoyment of Property under Article 1 of the First Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the Concept of Property Right Objects and Atypical Property Right Objects within the Meaning of Article 1 of the First Protocol)'] v *Pravo vlasnosti: yevropeyskyi dosvid ta ukraïnski realii: Zbirnyk dopovidei i materialiv Mizhnarodnoi konferentsii (m Kyiv, 22–23 zhovtnia 2015 roku) Ownership Right: the European Experience and Ukrainian Realities: Collected Reports and Materials of the International Conference (Kyiv, October 22-23, 2015)*] (VAITE 2015) (in Ukrainian).

Thesis abstracts

28. Koval I, 'Pravo na dilovu reputatsiiu subiektiv hospodariuvannia i yoho pozasudovyi zakhyst vid nepravomirnoho vykorystannia' ['Right to Business Reputation of Business Entities and Its Out-of-Court Protection against Illegal Use'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Instytut ekonomiko-pravovykh doslidzhen NAN Ukrainy 2005) (in Ukrainian).
29. Simson O, 'Pravova model derzhavno-pryvatnogo partnerstva yak instrument harmonizatsii publicnykh i pryvatnykh interesiv v innovatsiinii stratehii Ukrainy' ['Legal Model of Public-Private Partnership as a Tool for Harmonization of Public and Private Interests in the Innovation Strategy of Ukraine'] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, Natsionalnyi yurydychnyi universytet imeni Yaroslava Mudroho 2015) (in Ukrainian).

GOODWILL AND CLIENTELE PROTECTION IN ACCORDANCE
WITH THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS

ABSTRACT. In the age of information society and given the current extent of globalization, intangible assets acquire the significance never existing before, and sometimes this significance even exceeds that of tangible assets. This trend creates the need for establishing and improving the legal structures of ownership and use of such assets, as well as their protection against unlawful interference. This is fully applicable to the entrenchment of the right to goodwill and clientele, and their protection at civil law.

The purpose of the article is to study the concept, grounds and conditions of goodwill and clientele protection according to the practice of the European Court of Human Rights (hereinafter – ECHR).

It is found that there is a well-established ECHR practice of recognizing intangible assets, such as goodwill and clientele, as property within the meaning of Article 1 of the First Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The author has ascertained that the ECHR practice recognizes the right to goodwill (clientele) regardless of its formal entrenchment at the level of national legislation. The subjects of this right may be individuals as well as legal entities which carry out professional and (or) entrepreneurial activity of a certain type bringing them profit. The list of such activities is not exhaustive and may be extended. The right to goodwill (clientele) may emerge on the basis of objective (the activities concerned are conducted for a long time; a special legal status is acquired; licenses and permits as prescribed by law are obtained) but also subjective (the subject's actual business reputation) factors. It is shown that the ECHR practice identifies the following conditions for protection of goodwill: the applicant should possess a certain extent of goodwill; the applicant should be able to use the goodwill while implementing a particular activity; the fact of illegal interference with the applicant's right to possess and use the goodwill should be established; such interference should result in property damage to the applicant. The article also analyzes the ways of goodwill protection which may be property damage compensation as well as compensation of moral harm.

Since the ECHR practice is used as a source of law in Ukraine, goodwill and (or) clientele should be provided with protection under civil law. As long as the right to goodwill and (or) clientele is not formally entrenched at the level of national legislation, the possibility of possession, use of goodwill and (or) the clientele, and their protection should be recognized as a legally protected interest.

KEYWORDS: goodwill; clientele; business reputation; practice of the European Court of Human Rights.



Григорій Мошак

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри цивільного та трудового права
Одеського національного морського університету
(м. Одеса, Україна)
g.moshak@ukrpost.ua

УДК 349; 347.4

РЕГУЛЮВАЛЬНІ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ДОСТУПУ ДО ІНФРАСТРУКТУРИ У ФЕДЕРАТИВНІЙ РЕСПУБЛІЦІ НІМЕЧЧИНА

АНОТАЦІЯ. Вдосконалення регулювання доступу до інфраструктури актуально, тому що дає змогу отримати більше прибутку та комфорту на існуючій базі завдяки зміні норм, які її стосуються. В Україні не здійснювалися дослідження регульовальних і цивільно-правових аспектів доступу до мережевої інфраструктури за німецькомовними джерелами. Актуальність їх проведення підвищується з огляду на зростання ролі та стрімкого розвитку взаємодії регульовального й цивільного права у країнах Європейського Союзу, а також незадовільного стану використання інфраструктури в Україні.

Метою статті є аналіз матеріалів Федерального агентства мереж Німеччини, судової практики, що стосується діяльності останнього та інших матеріалів, які не досліджувалися і не перекладалися, що дало змогу ввести до наукового обігу нові наукові факти, рекомендації та висновки, які сприятимуть вдосконаленню використання української інфраструктури.

Дослідження показало, що ефективність залізничних перевезень у Німеччині пов'язана з виникненням і розвитком регульовального права, яке ділиться на публічне та приватне. До приватноправових питань належить врегулювання справедливого договірного балансу інтересів контрагентів і монопольного власника тієї чи іншої мережі, який зобов'язаний забезпечити необхідний сервіс для функціонування суспільства; публічно-правові питання охоплюють предметне впорядкування публічно-правових регульовальних функцій у систему. Федеральне агентство мереж Німеччини використовує норми регульовального права при здійсненні нагляду за доступом до об'єктів при укладенні та виконанні цивільно-правових договорів щодо використання інфраструктури, яка перебуває у монопольному статусі. Регульовальні методи впливу є альтернативою судовому способу розв'язання цивільно-правових спорів щодо користування інфраструктурою.

Німецький передовий досвід використання регулятивного і цивільного права для вдосконалення використання інфраструктури мереж має перспективу запозичення у розпочатому в Україні пошуку розв'язання окресленої проблеми. Німецький досвід свідчить про необхідність демонополізації "Укрзалізниці", запроваджен-

© Григорій Мошак, 2018

Григорій Мошак

ня конкуренції між її структурними частинами та у них самих, а також застосування цивільно-правової нормативної бази регулювання доступу до залізничної інфраструктури та засобів реагування на відповідні відхилення.

Ключові слова: регулювальне право; Федеральне агентство мереж; цивільне право; інфраструктура.

Постійне вдосконалення регулювання доступу до інфраструктури промисловості, транспорту чи зв'язку є актуальним, оскільки дає змогу отримати більше прибутку та комфорту на існуючій базі завдяки зміні норм, що її стосуються. Вперше в Україні лише нещодавно започатковано дослідження регулювальних¹ та цивільно-правових аспектів доступу до мережевої інфраструктури за німецькомовними джерелами². Актуальність їх проведення зростає з огляду на роль і стрімкий розвиток взаємодії регулювального та цивільного права у країнах Європейського Союзу (далі – ЄС)³, а також незадовільний стан використання резервного потенціалу інфраструктури в Україні.

Метою дослідження є аналіз результатів вивчення матеріалів Федерального агентства мереж Німеччини (далі – Агентство або *BNetzA*)⁴, судової практики, що стосується його діяльності, та інших матеріалів, які не досліджувалися і не перекладалися, що дає змогу ввести до наукового обігу нові наукові факти, рекомендації та висновки щодо вдосконалення стандартів регулювального та цивільного права користування українською інфраструктурою.

Успіхи економіки, зокрема й ефективність залізничних перевезень у Німеччині, пов'язуються із виникненням та розвитком регулювального права. Узагальнення сутності його предмета, функцій і характеру взаємодії з нормами інших галузей були здійснені на Першому симпозиумі з принципів питань регулювального права, що відбувся у 2013 р. у Берліні. Тоді ж було сформульовано теоретичне визначення його поняття та основних напрямів розвитку, а також привернуто увагу до концептуальних і специфічних питань окремих секторів. Вчені переконалися у тому, що незалежно від специфіки досліджуваних галузей, необхідність забезпечення відкритості у діяльності монополій у сфері мереж та встановлення конкуренції – основоположний принцип. На симпозиумі 2013 р. була також створена “Наукова асоціація з питань загального ре-

¹ Вибір зазначеного терміна обґрунтовується окремим перекладознавчими дослідженням автора цієї статті.

² Г. Мошак, ‘Інституційні та нормативні передумови приватноправового регулювання доступу до залізничної інфраструктури у ФРН’ (2017) 2 Часопис Київського університету права 264.

³ К. Отте, *Отношение железнодорожного регулирования к гражданско-правовому совершенствованию использования инфраструктуры* (Г. Мошак пер, Право 2018).

⁴ ‘20 Jahre Verantwortung für Netze’ (*Bundesnetzagentur*, 2018) <<https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Videos/DE/20JahreFilmBNetzA.html?nn=745238>> accessed 31 March 2018.

гулювального права”, членами якої нині є 68 професорів, докторів наук із Німеччини, Швейцарії та Австрії. Асоціація стала інституційною передумовою розвитку концептуальних основ, нормативних структур і пов’язаних із ними питань щодо більшості аспектів регулювального права. Там же було зроблено узагальнюючий висновок, що регулювальне право ділиться на публічне та приватне: до приватноправових питань належить врегулювання справедливого договірного балансу інтересів контрагентів і монопольного власника тієї чи іншої мережі, який зобов’язаний забезпечити необхідний сервіс для функціонування суспільства; публічно-правові питання – охоплюють предметне впорядкування публічно-правових регулювальних функцій у систему. Мета загальної регулятивно-правової догматики полягає у тому, щоб розглядати специфічні секторальні норми на найвищому теоретичному рівні абстракції, на якому все ще можливі суттєві констатації та з’єднання того, що має спільне за змістом. Регулятивно-правова наука покликана сприяти більшій правовій ясності і прозорості норм, розкривати у них помилковий розвиток і суперечності.

Крім наведених існують й інші акценти у визначенні предмета регулювального права, знання яких дає можливість проникнути у його сутність. Зокрема, Т. Кьорбер регулювальним правом вважає всю сукупність економіко-політичних мотивованих втручань держави для обмеження ринкових механізмів або для взяття під свій контроль та управління ринкових функцій при дезорганізації ринку⁵. На сайті Інституту Шмалькалдена регулювальне право економіки визначається як частина правопорядку, котрий створює не тільки загальні умови для економіки (договірне право, обов’язки отримання дозволів виходячи з міркувань безпеки тощо), а й безпосередньо втручається у ринковий розвиток подій, у діяльність учасників ринку (зокрема підприємств) за допомогою суверенних інструментів, наприклад, адміністративного права⁶.

Значний внесок у реалізацію приписів регулювального права вже понад 20 років робить Агентство⁷. Воно здійснює регулювання відносин, що виникають у зв’язку з експлуатацією мереж та установ сервісу у секторах електричної енергії та газу, телекомунікаційних послуг, пошти, залізниць – незалежно від положення на ринку його учасників – це так зване “симетричне регулювання”. У секторі електрики та газу Агентство забезпечує доступ до мережі для всіх постачальників енергії та прийняття

⁵ T Körber, ‘Die Produktion wettbewerbsanaloger Marktergebnisse durch Regulierungsrecht in den Netzindustrien als Daueraufgabe des Staates? – zum Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht’ <https://www.uni-goettingen.de/de/...pdf/Enreg_2009.pdf> accessed 31 March 2018.

⁶ ‘Hochschulwiki – Die Wissensdatenbank der Hochschule Schmalkalden’ (*Hochschule schmalkalden*, 2018) <<https://www.hs-schmalkalden.de/service/hoerschulwiki.html>> accessed 31 March 2018.

⁷ 20 Jahre Verantwortung für Netze (n 4).

важливих рішень щодо розширення мережі; у секторі зв'язку – регулює ринок телекомунікацій і допомагає кінцевим користувачам усунути проблеми з провайдером; у поштовому секторі – забезпечує дотримання Закону про пошту і відповідних правил; у секторі залізниць – забезпечує недискримінаційний доступ до інфраструктури залізничного транспорту та забезпечення конкуренції. Агентство здійснює нагляд за дотриманням вільного від дискримінації доступу до різних видів інфраструктури, зокрема, до залізничних трас, закладів сервісу (вокзалів, установ обслуговування, до гаваней та запасних шляхів тощо), а також за вільною від дискримінації платою за користування ними⁸. Агентство забезпечує публічно-правовими засобами функціонування цивільно-правових механізмів, а також правової рівності суб'єктів публічного і приватного права у сфері цивільних відносин⁹. На рівні ЄС помітний внесок у розвиток регулятивного права у секторі залізничних перевезень відіграє Європейська мережа залізничних регулюючих органів (*European Network of Rail Regulatory Bodies*), яка сприяє активній співпраці національних регулюючих органів та обміну інформацією між ними, допомагає ЄС у підготовці делегованих актів, здійснює координацію з державами-членами, надає експертні висновки Комісії під час підготовки імплементаційних заходів¹⁰.

Законодавство Німеччини надає підприємствам залізничного транспорту право на отримання від підприємств, що експлуатують залізничну інфраструктуру, доступу не тільки до шляху руху, а й до установ сервісу. Агентство здійснює нагляд за забезпеченням саме *рівноправного* доступу до зазначених об'єктів шляхом превентивного регулювання – додаткового до вже існуючого, що передбачений нормативними актами, та реагує на претензії третіх осіб, або діє з метою виконання покладених на Агентство службових обов'язків. Воно має владні повноваження визначати (на короткий час) розміри платежів та інші параметри використання інфраструктури. Наслідком діяльності Агентства є те, що певні положення цивільно-правових договорів, їхні умови, наприклад, величина платежів чи відшкодувань, не набувають чинності або не виконуються, що викликає опір зацікавлених осіб та судові спори.

Для вирішення конфлікту інтересів сторін цивільно-правового договору Агентство сприяє утворенню такого конкурентного середовища, яке забезпечило б недискримінаційний доступ до мережевої інфраструк-

⁸ 'Bundesnetzagentur' <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Home/home_node.html> accessed 31 March 2018.

⁹ Г Мошак, 'Дослідження та вдосконалення зобов'язальних транспортних відносин професором К. Отте (ФРН)' (2014) 9 Право України 179.

¹⁰ 'European Network of Rail Regulatory Bodies (E02872)' (*European Commission, 2018*) <<http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=2872>> accessed 31 March 2018.

тури. Протиріччя, що виникають із договорів залізничних підприємств, з одного боку, та підприємств, що експлуатують залізничну інфраструктуру – з другого, розглядаються та вирішуються як в Агентстві, так і в судах. Залізничні підприємства неодноразово заявляли позови до акціонерного товариства “Німецькі залізниці” (*Deutsche Bahn*)¹¹ з вимогою повернення невикористано великих платежів за надання залізничних колій чи залізничних станцій. За даними “Вестфальського вісника” понад 40 приватних залізничних компаній заявляли позови про повернення сплачених надмірних станційних зборів. Верховний Суд Німеччини залишив у силі п’ять (із зазначеного числа) рішень Берлінського апеляційного суду щодо стягнення з акціонерного товариства “Мережі німецьких залізничних шляхів” (далі – “*DB Netz AG*”)¹² – мільйонних сум, сплачених за використання вокзалів і залізничних колій залізничними приватними компаніями. Слід зазначити, що “*DB Netz AG*” є стовідсотковою дочірньою компанією “*Deutsche Bahn*” (далі – “*DB*”), яка охоплює близько 87,5 % німецької залізничної мережі. Саме цією обставиною пояснюється зацікавленість “*DB Netz AG*” у створенні ідеальних умов роботи материнській компанії – “*DB*”, часом шляхом обмежень прав конкуруючих із “*DB*” численних приватних структур. Інша причина схильності до компанії “*DB*”, яка створена у 1998 р. під час другого етапу реформування залізничного транспорту, – це отримання від неї різної допомоги, оскільки та є найбільшою залізницею у Німеччині, котра налічує 36 818 співробітників і має прибуток 4,725 млрд євро (у 2014 р.). Тоді як “*DB Netz AG*” отримує менше: за надання у користування станцій та вокзалів – 678 млн євро¹³, а за використання колій щорічно одержує від залізничних підприємств понад 3 млрд євро. Для порівняння: публічне акціонерне товариство “Укрзалізниця”, що монопольно володіє рухомим складом, коліями й установами сервісу (вокзали, станції, склади, каси, ремонтні й обслуговуючі підприємства та установи тощо) у 2014 р. мала 14,4 млрд грн збитків¹⁴, коли Закон України “Про доступ до об’єктів будівництва, транспорту, електроенергетики з метою розвитку телекомунікаційних мереж” не виконувався¹⁵.

¹¹ ‘Mehr als 40 Privatbahnen liegen wegen überhöhter Stationsgebühren im Rechtsstreit mit der Deutschen Bahn’ (Westfalen-Blatt, 23 November 2013) <www.presseportal.de/pm/66306/2605390> accessed 31 March 2018.

¹² ‘DB Netz (Weitergeleitet von: DB_Netz)’ (*Link.Fang*, 2018) <http://www.linkfang.de/wiki/DB_Netz_AG> accessed 31 March 2018.

¹³ ‘Die Deutsche Bahn soll 43,6 Millionen Euro zu viel an Bahnhofsgebühren von der privaten Konkurrenz kassiert haben’ (*PRESSEPORTAL*, 2 Desember 2013) <www.presseportal.de/pm/66306/2611206> accessed 31 March 2018.

¹⁴ О Пилипенко та Е Соколова, ‘Формування ПАТ “Українська залізниця”: аналіз майнового та фінансового стану’ 2016 (53) Вісник економіки транспорту і промисловості 46 <<http://btie.kart.edu.ua/article/viewFile/73895/69354>> дата звернення 31 Березень 2018.

¹⁵ ‘Чому не діє закон про доступ до інфраструктури’ (*Delo.ua*, 4 Серпень 2017) <<https://delo.ua/business/borotba-interesiv-biznesu-ta-derzhavi-chomu-vlada-blokuje-deregu-33322/>> дата звернення 31 Березень 2018.

За інформацією “Вестфальського вісника”, станом на 2 грудня 2013 р. “DB Netz AG” зобов’язана за рішеннями судів повернути перевізникам 43,6 млн євро – необґрунтовано отриманих занадто великих платежів за користування вокзалами. Незважаючи на численні позови, “DB Netz AG” сповістила про намір продовжувати курс на підвищення цін за користування залізничними станціями та вокзалами, на збільшення розміру вокзальних зборів, які мають досягти 750 млн євро і більше – до конкурентного рівня. Наведене виправдовує необхідність забезпечення засобами регулювального права рівноправності сторін при укладенні та виконанні цивільно-правових договорів щодо використання інфраструктури, яка перебуває у монопольному статусі.

Регулювальні засоби впливу є альтернативою недешевому та тривалому судовому способу вирішення цивільно-правових спорів щодо користування інфраструктурою. Крім того, регулювальним правом створюються рамкові умови, за яких звужуються можливості виникнення конфліктів між великими і малими контрагентами, котрі суттєво відрізняються фінансово-економічними можливостями. За підрахунками міністерств шляхів сполучення федеральних земель Німеччини “DB Netz AG” може повернути до 700 млн євро, надмірно отриманих за надання у користування залізничних колій, якщо буде створена відповідна судова практика задоволення позовів.

Інструменти регулювального права застосовувалися у Німеччині також тоді, коли збільшувалася плата за користування так званими “нерентабельними ділянками залізничних колій” і тоді застосовувався “регіональний фактор” до юридичних осіб, яким надавався доступ до зазначених рейкових шляхів. Ідеться про доплати, що в окремих випадках перевищували тарифи на 40 %. BNetzA ще у 2010 р. оголосило зазначені доплати незаконними, а законодавчо вони були скасовані у 2012 р. Регулювальні методи зберігають актуальність також у контексті рішення Верховного Суду Німеччини від 18 жовтня 2011 р., яким він постановив, що справедливість стягнення плати за користування коліями підлягає перевірці у порядку цивільного судочинства¹⁶, виділивши його як основний засіб регулювання.

Зв’язок регулювального і цивільного права з питань укладення та виконання недискримінаційних договорів щодо використання інфраструктури спостерігається у матеріалах численних рішень Агентства. З однієї із судових справ випливає, що Агентство призначало юридичній особі,

¹⁶ ‘Westfalen-Blatt: Der Deutschen Bahn (DB) drohen wegen überhöhter Trassenpreise Rückforderungen von bis zu 750 Millionen Euro’ (Online Focus, 27 March 2013) <http://www.focus.de/reisen/diverses/presseschau-westfalen-blatt-der-deutschen-bahn-db-drohen-wegen-ueberhoehter-trassenpreise-rueckforderungen-von-bis-zu-750-millionen-euro_aid_949754.html> accessed 31 March 2018.

що пропонує електричний струм і газ – “Care Energy”, – два штрафи: у червні 2013 р. – 40 тис. євро¹⁷ і в грудні 2014 р. – 400 тис. євро¹⁸ – за одне й те саме порушення: неповідомлення про постачання електроенергії. Вивчення показало, що німецьке законодавство зобов’язує постачальників електроенергії так звані “бюджетні” користувачам, тобто тим, хто споживає за календарний рік не більше 10 тис. кВт/год електроенергії, заздалегідь надавати Агентству повідомлення про це за передбаченою формою спеціального бланка-зразка, до якого слід долучити наведені у ньому документи і, таким чином, показувати зміст й умови цивільно-правових договорів. Робити це зобов’язані з моменту набуття чинності Закону про електропостачання та постачання газом (Закон про енергетику, “EnWG”, тобто з 13 липня 2005 р. Однак “Care Energy” стверджувала, що здійснює поставку енергії споживачам за угодою контрактингу, що звільняє від обов’язку повідомлення. Агентство не виявило ознак договору контрактингу, констатувачи звичайне постачання електроенергії, обсяг якого враховується електролічильниками. “Care Energy” приховувала умови договорів і була фінансово покарана за невиконання наведених обов’язків.

Деякі автори – переважно представники підприємства з постачання струму та газу – “Care Energy” – стверджують, що Агентство опинилося перед значними проблемами, пов’язаними із застосуванням норм регулятивного права ЄС. Однак ділова модель і практика діяльності “Care Energy” як продавця дешевого струму наштовхувалися на критику і санкції саме Агентства. На офіційному сайті Агентства бачимо відомості у 1 767 електронних документах, що стосуються компанії “Care Energy”, що свідчить про існування з цього приводу тривалих відносин із нею.

У статті “Побудова і робота Федерального агентства мереж (BNetzA) не відповідають вимогам ЄС”, її автор – співробітник “Care Energy” – стверджує про існування залежності цього регулюючого органу і його президента Й. Хомана. Докори стосуються порушень законодавства ЄС – некоректного створення Агентства. Коли б підозри про неправомірну побудову та діяльність підтвердилися, то мали б бути визнані недійсними всі документи Агентства минулих років. Для цього обґрунтовувалася необхідність перевірки правильності здійсненої Урядом Німеччини реалізації заданих ЄС критеріїв при створенні Агентства. Як аргумент наводилося рішення Верховного Суду Австрії щодо відповідності роботи і складу тамтешнього органу енергетичного регулювання “E-Control”, а

¹⁷ ‘Bußgeld gegen Care Energy verhängt’ (Bundesnetzagentur, 2018) <http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/130603_BussgeldCareEnergy.html accessed 31 March 2018.

¹⁸ ‘Bundesnetzagentur verhängt Zwangsgeld gegen Care Energy’ (Bundesnetzagentur, 2018) <http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1412/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2014/141222_CareEnergie.html> accessed 31 March 2018.

також судова практика Європейського суду з прав людини щодо незалежності уповноваженого із захисту даних. Як федеральний орган державного управління він має бути незалежним від політичного впливу. “E-Control” побудований за зразком Агентства із урахуванням німецького досвіду. Тому ідентичними є помилки, що були допущені при створенні обох організацій. Призначення директором Агентства службовця, який 30 років вибудовував кар’єру у Федеральному Міністерстві економіки Німеччини, обумовлює залежність рішень Агентства від Міністерства. Тісні особистісні й змістовні переплетення та зв’язки, у яких перебуває президент Агентства, негативно впливають на рішення Агентства. Незалежно від того, як оцінювати ці впливи за змістом, вони є, на думку критиків Агентства, явним порушенням чинного законодавства ЄС. Автори висловленої позиції обґрунтовують їх висновки таким чином: Агентство бореться за зниження цін за доступ до мереж, що має значення лише у короткостроковій перспективі, тоді як у довгостроковій – веде до зменшення інвестицій; Агентство застосовує методики стимулювання до підприємств, але не до власної діяльності організації-монополіста, штат якої необґрунтовано роздутий – понад 2 400 співробітників¹⁹. Крім того, Агентство протизаконно продовжує собі строки розгляду звернень (заявок)²⁰; у деяких випадках на вимогу запровадження конкуренції – уваги не звертає²¹. Існує також багато інших підстав для критики BNetzA²², зокрема й за здійснені деякі пропозиції²³ та його вимоги.

Норми регулятивного права утворюють нормативне поле для забезпечення функціонування рівноправності сторін цивільно-правових договорів. Вони містяться у низці спеціальних й інших нормативних актів. Прикладом може бути § 60 Закону про відновлювану енергію, відповідно до якого підприємства електропостачання за кожну поставлену кінцевому споживачеві кВт/год струму зобов’язані відраховувати операторам передавальних мереж платежі, розмір яких нормативно встановлюється на кожен рік. Крім того, згідно з § 61 Закону про відновлювану енергію

¹⁹ Georg Götz, ‘Zehn Jahre Bundesnetzagentur: Ein Grund zum Feiern? Georg Götz, Justus-Liebig-Universität Gießen’ <<https://www.uni-giessen.de/fbz/fb02/fb/professuren/vwl/goetz/forschung/publikationenordner/beitraege-in-zeitungen-oder-wirtschaftsmagatinen/ungekuerzter-artikel-zur-jubilaem-der-bundesnetzagentur>> accessed 31 March 2018.

²⁰ ‘Schnelles Internet: Bundesnetzagentur verzögert LTE-Ausbau Lange Wartezeiten bei Anträgen der Provider’ (NetzWelt, 2018) <<http://www.netzwelt.de/news/93711-schnelles-internet-bundesnetzagentur-verzoegert-lte-ausbau.html>> accessed 31 March 2018.

²¹ ‘Kritik an Mobilfunkauktion der Bundesnetzagentur “Förderung des Wettbewerbs spielt keine Rolle”’ (Wirtschafts Woche, 27 Januar 2015) <<http://www.wiwo.de/unternehmen/it/kritik-an-mobilfunkauktion-der-bundesnetzagentur-foerderung-des-wettbewerbs-spielt-keine-rolle/11270380-all.html>> accessed 31 March 2018.

²² Bernd Kling, ‘Bundesnetzagentur reagiert auf Kritik an ihren Plänen für VDSL2-Vectoring’ (ZDNet / Netzwerke, 7 Juli 2016) <<http://www.zdnet.de/88274155/bundesnetzagentur-reagiert-auf-kritik-an-ihren-plaenen-fuer-vdsl2-vectoring/>> accessed 31 March 2018.

²³ ‘Kritik an Bundesnetzagentur-Vorschlägen’ (Energate messenger, 4 November 2014) <<http://www.energate-messenger.de/news/149018/kritik-an-bundesnetzagentur-vorschlaegen>> accessed 31 March 2018.

обов'язок відрахування лежить також на постачальниках електроенергії для власних потреб. Різниця доходів і витрат підприємств передавальних мереж покривається за рахунок названих відрахувань за кожну поставлену кінцевому споживачеві кВт/год згідно з § 3 абзаців 3 і 4 Припису про механізм компенсації відповідно до Закону про відновлювану енергію, а також § 6 того ж Припису. Наведені норми забезпечують прозорість умови формування цін, прибутку і, як наслідок, рівноправність сторін цивільно-правових договорів.

Необхідність вдосконалення регулювання доступу до української інфраструктури, зокрема залізничного транспорту, впливає з економічних результатів роботи “Укрзалізниці”, яка завершила 2015 р. зі збитком понад 16 млрд грн²⁴ (що становило на той час 610,1 млн євро). У вітчизняних дослідженнях, зокрема “Аналізі методів визначення плати за користування об’єктами інфраструктури залізничного транспорту”²⁵ та дослідженні шляхів підвищення конкурентоспроможності транспортної інфраструктури Л. Сотниченко звертається увага на низьку рентабельність економіки загалом, що обмежує простір правового регулювання перевезень. На один зароблений умовний долар внутрішнього валового продукту (далі – ВВП) в Україні у середньому перевозиться 6 тонно-км вантажів, коли у той же час у ЄС цей показник становить 0,3 тонно-км, тобто є у 20 разів меншим. Наведене співвідношення визначає залежність економіки від поставок продукції переважно низької якості обробки (“*commodities*”): таких як метали, руди, зерно. Частка транспорту та зв’язку у ВВП країни надзвичайно велика і становить 13 %, що є ще одним важливим аргументом необхідності застосування регулятивних засобів забезпечення доступу до інфраструктури, яке започатковано Кабінетом Міністрів України у “Правилах надання доступу до інфраструктури кабельної каналізації електрозв’язку” від 4 квітня 2018 р. № 253 та у “Правилах надання доступу до інфраструктури об’єкта транспорту” від 18 липня 2018 р. № 586.

Висновки. Дослідження установило двоїсту природу регулювального права, згідно з яким норми оперативного втручання належать до публічного, а відносини між кінцевими користувачами і постачальниками – до цивільного права. Регулювальне право як спеціальне запроваджує для цивільного права стандарт контролю. Німецький передовий досвід узго-

²⁴ ПАТ “Укрзалізниця” оголосило результати консолідованої фінансової звітності за 2015 рік (Урядовий портал, 15 Липень 2016) <http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=249192472> дата звернення 31 Березень 2018; “Укрзалізниця” завершила 2015 рік зі збитком понад 16 мільярдів гривень (Економічна правда, 15 Липень 2016) <<https://www.epravda.com.ua/news/2016/07/15/599317/>> дата звернення 31 Березень 2018.

²⁵ Т. Близнюк, “Аналіз методів визначення плати за користування об’єктами інфраструктури залізничного транспорту” (2013) 5 Збірник наукових праць Дніпропетровського національного університету залізничного транспорту імені академіка В. Лазаряна “Проблеми економіки транспорту” 41.

дженого застосування регульовального і цивільного права для вдосконалення використання інфраструктури мереж має перспективу запозичення у лише розпочатому в Україні розв'язанні наведеної проблеми. Він (досвід) наводить на необхідність демонополізації “Укрзалізниці”, запровадження конкуренції між її структурними частинами та у них самих, а також застосування вже існуючої цивільно-правової нормативної бази регулювання доступу до залізничної інфраструктури та засобів реагування на відповідні відхилення.

Перспектива подальших досліджень пов'язується із поглибленням та розширенням викладених у статті основ взаємодії регульовального і цивільного права з питань вдосконалення використання інфраструктури. Основну увагу доцільно зосередити на порівнянні стандартів контролю зазначених галузей та вирішенні питання, чи відповідає засадам цивільного права те, що виправдано з регульовальної точки зору.

REFERENCES

Bibliography

Translated books

1. Otte K, *Otnoshenie zheleznodorozhnogo regulirovaniya k grazhdansko-pravovomu sovershenstvovaniyu ispol'zovaniya infrastruktury* [Correlation of Railway Regulation to Civil-Law Improvement of Infrastructure Use] (Moshak G per, Pravo 2018) (in Russian).

Journal articles

2. Götz G, ‘Zehn Jahre Bundesnetzagentur: Ein Grund zum Feiern?’ <<https://www.uni-giessen.de/fbz/fb02/fb/professuren/vwl/goetz/forschung/publikationenordner/beitraege-in-zeitungen-oder-wirtschaftsmagatinen/ungekuerzter-artikel-zur-jubilaem-der-bundesnetzagentur>> accessed 31 March 2018 (in German).
3. Körber T, ‘Die Produktion wettbewerbsanaloger Marktergebnisse durch Regulierungsrecht in den Netzindustrien als Daueraufgabe des Staates? – zum Verhältnis von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht’ <https://www.uni-goettingen.de/de/...pdf/Enreg_2009.pdf> accessed 31 March 2018 (in German).
4. Blyzniuk T, ‘Analiz metodiv vyznachennia platy za korystuvannia obiektamy infrastruktury zaliznychnoho transportu’ [‘Analysis of the Methods Determining the Fee for the Use of Railway Infrastructure Objects’] (2013) 5 Zbirnyk naukovykh prats Dnipropetrovskoho natsionalnoho universytetu zaliznychnoho transportu imeni akademika V Lazariana “Problemy ekonomiky transportu” 41 (in Ukrainian).
5. Moshak H, ‘Instytutsiini ta normatyvni peredumovy pryvatnopravovoho rehuliuвання доступу до залізничної інфраструктури у FRN’ [‘Institutional and Regulatory Prerequisites for Private-Law Regulation of Access to Railway Infrastructure in Germany’] (2017) 2 Chasopys Kyivskoho universytetu prava 264 (in Ukrainian).
6. – –, ‘Doslidzhennia ta vdoskonalennia zoboviazalnykh transportnykh vidnosyn profesorom K. Otte (FRN)’ [‘Research and Improvement of Mandatory Transport Relations by Professor K. Otte (Germany)’] (2014) 9 Pravo Ukrainy 179 (in Ukrainian).

7. Pylypenko O ta Sokolova E, 'Formuvannia PAT "Ukrainska zaliznytsia": analiz mainovoho ta finansovoho stanu 2016' ['Establishment of PJSC "Ukrainian Railway": Assets and Financial Condition Analysis'] (53) *Visnyk ekonomiky transportu i promyslovosti* 46 <<http://btie.kart.edu.ua/article/viewFile/73895/69354>> accessed 31 March 2018 (in Ukrainian).

Websites

8. '20 Jahre Verantwortung für Netze' (*Bundesnetzagentur*, 2018) <<https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Videos/DE/20JahreFilmBNetzA.html?nn=745238>> accessed 31 March 2018 (in German).
9. 'Bundesnetzagentur verhängt Zwangsgeld gegen Care Energy' (*Bundesnetzagentur*, 2018) <http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1412/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2014/141222_CareEnergie.html> accessed 31 March 2018 (in German).
10. 'Bundesnetzagentur' <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Home/home_node.html> accessed 31 March 2018 (in German).
11. 'Bußgeld gegen Care Energy verhängt' (*Bundesnetzagentur*, 2018) <http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2013/130603_BussgeldCareEnergy.html> accessed 31 March 2018 (in German).
12. 'DB Netz (Weitergeleitet von: DB_Netz)' (*Link.Fang*, 2018) <http://www.linkfang.de/wiki/DB_Netz_AG> accessed 31 March 2018 (in German).
13. 'Die Deutsche Bahn soll 43,6 Millionen Euro zu viel an Bahnhofsgebühren von der privaten Konkurrenz kassiert haben' (*PRESSEPORTAL*, 2 Desember 2013) <www.presseportal.de/pm/66306/2611206> accessed 31 March 2018 (in German).
14. 'European Network of Rail Regulatory Bodies (E02872)' (*European Commission*, 2018) <<http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=2872>> accessed 31 March 2018 (in German).
15. 'Hochschulwiki – Die Wissensdatenbank der Hochschule Schmalkalden' (*Hochschule schmalkalden*, 2018) <<https://www.hs-schmalkalden.de/service/hochschulwiki.html>> accessed 31 March 2018 (in German).
16. 'Kritik an Bundesnetzagentur-Vorschlägen' (*Ener/gate messenger*, 4 November 2014) <<http://www.energate-messenger.de/news/149018/kritik-an-bundesnetzagentur-vorschlaegen>> accessed 31 March 2018 (in German).
17. 'Kritik an Mobilfunkauktion der Bundesnetzagentur "Förderung des Wettbewerbs spielt keine Rolle"' (*Wirtschafts Woche*, 27 Januar 2015) <<http://www.wiwo.de/unternehmen/it/kritik-an-mobilfunkauktion-der-bundesnetzagentur-foerderung-des-wettbewerbs-spielt-keine-rolle/11270380-all.html>> accessed 31 March 2018 (in German).
18. 'Mehr als 40 Privatbahnen liegen wegen überhöhter Stationsgebühren im Rechtsstreit mit der Deutschen Bahn' (*Westfalen-Blatt*, 23 November 2013) <www.presseportal.de/pm/66306/2605390> accessed 31 March 2018 (in German).
19. 'Schnelles Internet: Bundesnetzagentur verzögert LTE-Ausbau Lange Wartezeiten bei Anträgen der Provider' (*NetzWelt*, 2018) <<http://www.netzwelt.de/news/93711-schnelles-internet-bundesnetzagentur-verzoegert-lte-ausbau.html>> accessed 31 March 2018 (in German).
20. 'Westfalen-Blatt: Der Deutschen Bahn (DB) drohen wegen überhöhter Trassenpreise Rückforderungen von bis zu 750 Millionen Euro' (*Online Focus*, 27 March 2013) <http://www.focus.de/reisen/diverses/presseschau-westfalen-blatt-der-deutschen-bahn-db-drohen-wegen-ueberhoehter-trassenpreise-rueckforderungen-von-bis-zu-750-millionen-euro_aid_949754.html> accessed 31 March 2018 (in German).
21. Bernd K, 'Bundesnetzagentur reagiert auf Kritik an ihren Plänen für VDSL2-Vectoring' (*ZDNet / Netzwerke*, 7 Juli 2016) <<http://www.zdnet.de/88274155/bundesnetzagentur>>

Григорій Мошак

- reagiert-auf-kritik-an-ihren-plaenen-fuer-vdsl2-vectoring/> accessed 31 March 2018 (in German).
22. “Ukrzaliznytsia” zavershyla 2015 rik zi zbytkom ponad 16 miliardiv hryven’ [‘Ukrzaliznytsia Ended Year 2015 with a Loss Exceeding 16 Billion Hryvnia’] (*Ekonomichna pravda*, 15 Lypen 2016) <<https://www.epravda.com.ua/news/2016/07/15/599317/>> accessed 31 March 2018 (in Ukrainian).
 23. ‘Chomu ne diie zakon pro dostup do infrastruktury’ [‘Why the Law on Access to Infrastructure Does Not Work’] (*Delo.ua*, 4 Serpen 2017) <<https://delo.ua/business/borotba-interesiv-biznesu-ta-derzhavi-chomu-vlada-blokuje-deregu-333322/>> accessed 31 March 2018 (in Ukrainian).
 24. ‘PAT “Ukrzaliznytsia” oholosylo rezultaty konsolidovanoi finansovoi zvitnosti za 2015 rik’ [‘PJSC “Ukrzaliznytsia” Announced the Results of the Consolidated Financial Statements for Year 2015’] (*Uriadovyi portal*, 15 Lypen 2016) <http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=249192472> accessed 31 March 2018 (in Ukrainian).

Hryhorii Moshak

REGULATORY AND CIVIL-LAW ASPECTS OF IMPROVING
THE INFRASTRUCTURE ACCESS
IN THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY

ABSTRACT. Improving the regulation of access to infrastructure is a relevant issue today, since it allows achieving more profit and comfort on the existing basis by changing the rules applicable to it. In Ukraine, there has been no study of regulatory and civil-law aspects of the infrastructure network access based on the sources in German. The relevance of such studies is increased in view of the growing role and the rapid development of interaction between regulatory and civil law in the European Union countries, also given the unsatisfactory situation with the infrastructure use in Ukraine.

The purpose of the article is to analyze the materials of the Federal Networks Agency of the Federal Republic of Germany and the court practice relating to the operation of the latter, and other materials which have not been studied and translated; these efforts made it possible to introduce new scientific facts, recommendations and conclusions into scientific circulation thus contributing to the improvement of the regulatory and civil-law aspects pertaining to the use of the Ukrainian infrastructure.

The study demonstrates that the efficiency of railway transportation in Germany is attributable to the emergence and development of regulatory law which is divided into public and private. Private-law issues include the adjustment of a fair contractual balance between the interests of contractors and the monopoly owner of a particular network which is under the obligation to ensure the appropriate service supporting the functioning of society; public-law issues cover the targeted streamlining of public-law regulatory functions into a system. The Federal Networks Agency of Germany uses the rules of regulatory law to oversee the access to infrastructure objects in the context of entering into and performance of civil contracts for use of the infrastructure which has a monopoly status. Regulatory methods of influence are an alternative to the court method of resolving disputes under civil law relating to infrastructure use.

www.pravolia.com.ua

ПРАВО

УКРАЇНИ

The best German practices of regulatory and civil law application with a view to improving the use of the network infrastructure are seen as having prospects of being helpful to find a solution to this issue which has recently come into the focus in Ukraine. The German experience shows the need for demonopolization of the Ukrainian Railways Ukrzaliznytsia, and for introduction of competition between and within its structural units, as well as for application of the civil regulatory framework to regulate the access to the railway infrastructure and the means of responding to respective deviations.

KEYWORDS: regulatory law; the Federal Networks Agency; civil law; infrastructure.

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ



Артем Данілов

аспірант кафедри господарського права і процесу
Національного університету “Одеська юридична академія”,
адвокат, арбітражний керуючий
(м. Одеса, Україна)
danilov.a@hotmail.com

УДК 346.93:347.962.3 (477)

НЕЗАЛЕЖНІСТЬ ЯК ПРИНЦИП ДІЯЛЬНОСТІ АРБІТРАЖНОГО КЕРУЮЧОГО

АНОТАЦІЯ. Незалежність арбітражного керуючого є центральним елементом його правового статусу та водночас принципом арбітражного управління. Незалежність безпосередньо впливає на ефективність діяльності арбітражного керуючого та здатність досягати мети арбітражного управління – забезпечення балансу інтересів осіб, що беруть участь у справі про банкрутство. З огляду на це, забезпечення незалежності арбітражного керуючого як необхідної передумови його об'єктивності та неупередженості є принциповим завданням при проведенні процедур банкрутства. Досвід функціонування в Україні інституту арбітражного керуючого засвідчив наявність теоретичних і практичних проблем, пов'язаних із забезпеченням незалежності арбітражного керуючого, які потребують наукової розробки та осмислення. Актуальність теми статті обумовлюється відсутністю комплексних досліджень принципу незалежності арбітражного керуючого, а також наявністю багатьох невирішених питань, що стосуються незалежності арбітражного управління у процедурах банкрутства.

Метою статті є аналіз причин, що мають негативний вплив на практичну реалізацію принципу незалежності арбітражного керуючого при здійсненні повноважень розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора в процедурах банкрутства, а також викладення власного бачення шляхів підвищення рівня незалежності арбітражного керуючого.

Розглянуто принцип незалежності арбітражного керуючого. Сформульовано поняття незалежності арбітражного керуючого, досліджено чинники, що забезпечують незалежність арбітражного управління. Запропоновано заходи, спрямовані на підвищення рівня самостійності та неупередженості арбітражного керуючого.

Автор доходить висновку, що встановлений законодавством принцип незалежності арбітражного керуючого має декларативний характер. Для реального втілення в життя принципу незалежності арбітражного керуючого необхідні спільні зусилля

© Артем Данілов, 2018

держави та професійної спільноти арбітражних керуючих щодо побудови системи ефективно працюючих елементів організаційного, компетенційного, матеріального та особистісного характеру.

Ключові слова: банкрутство в Україні; арбітражний керуючий; незалежна професійна діяльність; конкурсний процес.

Правовий статус арбітражного керуючого досліджували такі науковці, як В. Джунь, Я. Рябцева, Р. Афанасьєв, Н. Федоренко, П. Пархоменко та ін. Предметом уваги переважної більшості досліджень були, як правило, загальні питання правосуб'єктності арбітражного керуючого. Безпосередньо до проблематики незалежності арбітражного керуючого звертався Б. Поляков¹, проте комплексно принцип незалежності арбітражного керуючого не досліджувався.

Національне законодавство встановлює незалежність як принцип діяльності вельми широкого кола суб'єктів, зокрема суддів (статті 126, 129, 131 Конституції України², ч. 1 ст. 1, ст. 6, ч. 1 ст. 7, ст. 48, ч. 2 ст. 126, п. 2 ч. 4 ст. 126, п. 5 ч. 5 ст. 128, п. 1 ч. 2 ст. 129, п. 1 ч. 8 ст. 133, п. 1 ч. 2 ст. 146 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”³), прокурорів (п. 5 ч. 1 ст. 3, ст. 16, частини 1, 3, 5 ст. 17, частини 1, 2 ст. 65, пункти 2, 4, 9 ст. 71, п. 1 ч. 2 ст. 87 Закону України “Про прокуратуру”⁴), адвокатів (ст. 131² Конституції України, п. 2 ч. 1 ст. 1, ч. 1 ст. 4, ч. 1 ст. 5, ч. 1 ст. 11, п. 1 ч. 1 ст. 44 Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”⁵), аудиторів (ст. 3, п. 6 ч. 3 ст. 12, ч. 1 ст. 13, п. 1 ч. 1 ст. 19, п. 7 ч. 1 ст. 20 Закону України “Про аудиторську діяльність”⁶). Слід зазначити, що принцип незалежності зазначених вище суб'єктів розкривається профільними законами досить докладно й багатоаспектно.

Про незалежність арбітражного керуючого йдеться у ч. 1 ст. 99 Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом” (далі – Закон про банкрутство)⁷, якою передбачено, що під час здійснення своїх повноважень арбітражний керуючий є незалежним. Водночас поняття “незалежність арбітражного

¹ Б. Поляков, ‘Арбітражний керуючий – найзалежніша особа процедури банкрутства’ (2001) 3 Вісник господарського судочинства 86.

² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

³ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

⁴ Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 2-3. Ст. 12.

⁵ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI. *Офіційний вісник України*. 2012. № 62. Ст. 2509.

⁶ Про аудиторську діяльність: Закон України від 22 квітня 1993 р. № 3126-XII. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=3125-12> (дата звернення: 10.04.2018).

⁷ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14 травня 1992 р. № 2343-XII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2343-12> (дата звернення: 10.04.2018).

керуючого”, її сутність, обсяг Закон про банкрутство не визначає, внаслідок чого незалежність арбітражного керуючого лишається певною декларацією без достатньої нормативної основи та належної практичної реалізації.

Незалежність арбітражного керуючого можна розглядати як певну сукупність взаємопов’язаних і взаємозалежних умов організаційного, економічного та особистісного характеру, за яких арбітражний керуючий самостійно, неупереджено, без втручання з боку інших учасників справи про банкрутство здійснює повноваження розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора керуючись законом, принципами добросовісності, розсудливості, обґрунтованості та цільової спрямованості дій арбітражного керуючого. Як видається, незалежність арбітражного керуючого забезпечується завдяки спеціальному порядку призначення арбітражного керуючого у справу про банкрутство; особливому характеру його повноважень, можливості ефективної реалізації повноважень незалежно від волі інших учасників справи про банкрутство та відсутності можливості з їхнього боку справляти вирішальний вплив на рішення і дії арбітражного керуючого; гарантіям матеріальної винагороди за виконання повноважень; морально-психологічним якостям арбітражного керуючого.

Існуючий порядок призначення арбітражного керуючого у справу про банкрутство передбачає визначення кандидата з використанням автоматизованої системи, що є невід’ємною складовою автоматизованої системи документообігу суду. Як зазначено в пп. 1.5 Положення про автоматизовану систему з відбору кандидатів на призначення арбітражного керуючого у справах про банкрутство, затвердженого постановою Пленуму Вищого господарського суду України від 14 липня 2016 р. № 8, метою функціонування автоматизованої системи є ‘об’єктивний та неупереджений відбір кандидатів на призначення господарським судом арбітражного керуючого’⁸.

Слід позитивно оцінити автоматизацію процесу відбору кандидатів на призначення арбітражних керуючих у справу про банкрутство, оскільки вказаною процедурою значно мінімізуються корупційні ризики, пов’язані з визначенням тієї чи іншої кандидатури арбітражного керуючого господарським судом. Водночас варто зауважити, що діючий порядок не в повному обсязі вирішує проблему об’єктивного та неупередженого відбору кандидатів на призначення судом арбітражного керуючого, оскільки

⁸ Про затвердження нової редакції Положення про автоматизовану систему з відбору кандидатів на призначення арбітражного керуючого у справах про банкрутство: постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 14 липня 2016 р. № 8. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0008600-16> (дата звернення: 10.04.2018).

ки виключає можливість вирішального суддівського розсуду тільки при призначенні розпорядника майна. Що ж стосується процедури призначення керуючого санацією або ліквідатора у справу про банкрутство, то слід зазначити, що згідно з абзацом б ч. 1 ст. 114 Закону про банкрутство 'господарський суд не пов'язаний кандидатурами арбітражних керуючих, запропонованими комітетом кредиторів, та має право призначити арбітражного керуючого самостійно'⁹. Отже, діючий порядок допускає можливість вирішального суддівського розсуду при визначенні тієї чи іншої кандидатури арбітражного керуючого для призначення керуючим санацією або ліквідатором, що закладає ризики корупційного характеру.

Приймаючи рішення про перехід до стадії санації або ліквідації, комітет кредиторів виходить, зокрема, з професійних та особистісних якостей конкретного кандидата з числа арбітражних керуючих, оскільки від цього багато в чому залежить ефективність реалізації санаційних або ліквідаційних заходів. На основі цього здається логічним, що саме комітет кредиторів має визначати кандидатуру керуючого санацією або ліквідатора. При цьому роль суду в призначенні керуючого санацією, ліквідатора доцільно було б обмежити перевіркою формальних вимог, додержання яких вимагає Закон про банкрутство (наявність свідоцтва про право на зайняття діяльністю арбітражного керуючого, наявність договору страхування професійних ризиків, перевірка конфлікту інтересів, відсутність непогашеної судимості, наявність відповідних організаційно-технічних умов провадження діяльності арбітражного керуючого). Такий порядок дав би змогу, з одного боку, мінімізувати ризики корупційного характеру, пов'язані з суб'єктивним розсудом суду під час визначення конкретної кандидатури арбітражного керуючого при призначенні керуючого санацією, ліквідатора, а з другого – задовольнити колективний інтерес кредиторів як основних зацікавлених учасників справи про банкрутство.

Досліджуючи особливий характер повноважень арбітражного керуючого, слід звернути увагу на те, що значну частину повноважень арбітражний керуючий здійснює з певною свободою розсуду, оскільки має можливість із декількох юридично допустимих рішень обрати саме те, яке вважає найкращим за конкретних фактичних обставин. Поєднання публічно-правових повноважень із визначеною у Законі про банкрутство можливістю арбітражного керуючого в певних випадках діяти на власний розсуд, відповідно до власного розуміння духу і загальної спрямованості Закону, вказують на дискреційний характер таких повноважень.

⁹ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

Наявність дискреції повноважень є необхідною передумовою незалежності арбітражного керуючого, оскільки здійснюючи функції розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора у справі про банкрутство, він не “механічно” застосовує ту чи іншу норму Закону про банкрутство до конкретного випадку, а самостійно визначає доцільність прийняття того чи іншого рішення (вчинення дії) з урахуванням фактичних обставин справи про банкрутство. Як приклад можна навести справу про банкрутство № 916/3466/14, в якій один з основних конкурсних кредиторів четвертої черги мав перед боржником незначну за розміром дебіторську заборгованість, що була єдиним активом у складі ліквідаційної маси. Розуміючи, що стягнення дебіторської заборгованості в цій ситуації фактично призвело б лише до задоволення вимог кредиторів першої-третьої черг за рахунок коштів одного з кредиторів четвертої черги, ліквідатор прийняв рішення не стягувати цю заборгованість на користь боржника-банкрута. Такі дії ліквідатора, незважаючи на формальну невідповідність ч. 2 ст. 41 Закону про банкрутство, згідно з якою ліквідатор має стягувати на користь боржника дебіторську заборгованість, були схвалені як комітетом кредиторів, так і господарським судом (ухвала Господарського суду Одеської області від 17 листопада 2016 р. у справі № 916/3466/14¹⁰).

Учасникам справи про банкрутство притаманне прагнення в той чи інший спосіб спонукати арбітражного керуючого діяти в їхніх інтересах і впливати на його рішення, зокрема шляхом прийняття рішень, якими арбітражний керуючий зобов’язується вчинити ті чи інші дії у визначений спосіб та строки. Такі рішення, як правило, стосуються найбільш цікавих для кредиторів питань, зокрема визначення конкретного суб’єкта оціночної діяльності для проведення оцінки майна банкрута, суб’єкта аудиторської діяльності для проведення аналізу фінансово-господарської діяльності банкрута, організатора аукціону, що здійснюватиме продаж майна боржника. Водночас зі змісту статей 22, 28, 41 Закону про банкрутство, якими визначаються, відповідно, повноваження розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора, вбачається, що оцінка майна боржника, аналіз фінансово-господарського стану боржника, визначення організатора аукціону віднесені до компетенції арбітражного керуючого. Такі повноваження арбітражний керуючий на власний розсуд може або здійснювати особисто, або згідно з п. 4 ч. 1 ст. 98 Закону про банкрутство залучати на договірних засадах для виконання цих повноважень спеціалізовані організації (оцінювачів, аудиторів, аукціоністів)¹¹.

¹⁰ Ухвала Господарського суду Одеської області від 17 листопада 2016 р. у справі № 916/3466/14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62817414> (дата звернення: 10.04.2018).

¹¹ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

При здійсненні дискреційних повноважень арбітражний керуючий самостійно визначає той варіант поведінки, який він вважає доцільним, проте принцип незалежності арбітражного керуючого не зводиться до юридичної можливості прийняття рішень, які не збігаються з позицією інших учасників справи про банкрутство. Оскільки на арбітражного керуючого покладений обов'язок діяти добросовісно, розсудливо, обґрунтовано, з урахуванням усіх обставин, які мають значення для прийняття рішення (вчинення дії), навіть факт схвалення (погодження) зборами (комітетом) кредиторів рішення (дії) арбітражного керуючого не виключає можливості кваліфікації цих рішень (дій) як таких, що не відповідають критеріям незалежності, добросовісності, розсудливості та обґрунтованості. Як приклад можна навести досить поширену на практиці ситуацію, коли з метою відтермінування розрахунків перед окремими кредиторами, за домовленістю з адміністрацією боржника арбітражним керуючим вчиняються дії, якими штучно затягується перебіг процедур банкрутства (подання безпідставних позовів про повернення майна боржнику-банкруту, оскарження ухвал господарського суду у справі про банкрутство тощо), і такі дії схвалюються сформованим із числа афілійованих із боржником осіб комітетом кредиторів.

Видається правильним, що незалежність арбітражного керуючого при реалізації дискреційних повноважень підпорядкована принципу верховенства права, критеріям добросовісності, розсудливості, обґрунтованості та цільової спрямованості дій арбітражного керуючого, а свобода розсуду арбітражного керуючого не повинна перетинати межі, за якими дискреція стає нелегітимною.

Незалежність арбітражного керуючого значною мірою обумовлена можливістю ефективної реалізації його повноважень автономно від інших учасників справи про банкрутство. Проблема полягає у тому, що суттєва частина прав арбітражного керуючого не забезпечена ані кореспондуючим обов'язком відповідних суб'єктів (боржника, його посадових осіб, власників, банківських установ, адміністраторів державних реєстрів), ані санкціями за невиконання законних вимог арбітражного керуючого. Водночас належне виконання значної частини обов'язків арбітражного керуючого безпосередньо залежить від волі третіх осіб. Наприклад, проведення арбітражним керуючим інвентаризації майна та зобов'язань неможливе без активної участі адміністрації боржника, яка має забезпечити доступ до відповідного майна та бухгалтерської документації. Те саме стосується і проведення аналізу фінансово-господарського стану боржника, який неможливо здійснити без надання боржником господарських договорів, первинних документів, аналітичних даних бухгалтерського

обліку. Обов'язок розпорядника майна здійснювати контроль за виплатами кредиторам, на які згідно з ч. 5 ст. 19 Закону про банкрутство не розповсюджується дія мораторію, не забезпечений кореспондуючим обов'язком боржника повідомляти розпорядника майна про такі виплати, тоді як можливості оперативного доступу до інформації про рух коштів боржника розпорядник майна не має. Передбачений у ч. 3 ст. 22 Закону про банкрутство обов'язок арбітражного керуючого забезпечити збереження майна боржника передбачає обов'язкове залучення сторонніх суб'єктів (зберігачів, охоронців тощо), що практично можливе лише за умови фінансування цих витрат за рахунок коштів боржника чи кредиторів. Встановлений у ч. 2 ст. 41 Закону про банкрутство обов'язок ліквідатора вживати заходів, спрямованих на пошук, виявлення та повернення майна банкрута, що знаходиться у третіх осіб¹², не забезпечений правом безперешкодного доступу до приміщень, у яких це майно міститься (на практиці часто трапляються випадки, коли майно боржника перебуває на території інших осіб, які за законом не зобов'язані забезпечувати вільний доступ арбітражного керуючого).

Таким чином, можливість реалізації значної частини прав та обов'язків арбітражного керуючого не забезпечена відповідними правовими механізмами та гарантіями, що безпосередньо впливає на рівень його незалежності. Вирішення цієї проблеми вбачається у наданні арбітражному керуючому повноважень безперешкодно відвідувати приміщення боржника – банкрута, а також територію інших осіб, на якій розміщені належні боржнику – банкруту майнові активи з метою їх обстеження та (або) повернення, встановлення юридичної відповідальності за перешкоджання виконанню повноважень арбітражного керуючого та невиконання його законних вимог.

Відсутність ієрархічної системи підпорядкування арбітражного керуючого виключає можливість адміністративно-управлінського впливу на його рішення і дії з боку боржника, кредиторів та інших учасників справи про банкрутство. Водночас незалежність арбітражного керуючого від інших учасників справи про банкрутство не є абсолютною. Найімовірніше, можна вести мову про певний рівень незалежності арбітражного керуючого.

При здійсненні повноважень розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора у справі про банкрутство для арбітражного керуючого є рівною мірою обов'язковими до виконання як приписи та розпорядження Міністерства юстиції України (далі – Мін'юст) (п. 6.9 Порядку контролю за діяльністю арбітражних керуючих (розпорядників майна,

¹² Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

керуючих санацією, ліквідаторів), затвердженого наказом Мін'юсту від 27 червня 2013 р. № 1284/5¹³ (далі – Порядок контролю)), так і вимоги суду, що викладаються у процесуальних документах, прийнятих у справі про банкрутство (п. 7 ч. 3 ст. 2 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)¹⁴). Питання про обов'язковість для арбітражного керуючого рішень зборів (комітету) кредиторів є дискусійним. З одного боку, Закон про банкрутство не покладає на арбітражного керуючого прямий обов'язок виконувати рішення зборів (комітету) кредиторів, а з другого – невиконання рішень зборів (комітету) кредиторів може кваліфікуватись як неналежне виконання арбітражним керуючим покладених на нього повноважень. Наприклад, подання до суду заяв про визнання недійсними правочинів (спростування майнових дій) боржника з метою повернення до складу конкурсної маси активів, відчужених протягом підозрілого періоду, є правом, а не обов'язком арбітражного керуючого, а отже, реалізація цих повноважень залежить від його розсуду. Проте у разі невиконання арбітражним керуючим рішення зборів (комітету) кредиторів відносно подання заяви про визнання недійсним правочину (спростування майнових дій боржника), така бездіяльність арбітражного керуючого буде суперечити критеріям добросовісності, розсудливості та обґрунтованості, що передбачені у ст. 98 Закону про банкрутство¹⁵. Аналогічно арбітражним керуючим мають виконуватися рішення комітету кредиторів про підготовку проекту плану санації або мирової угоди, про проведення позапланової інвентаризації активів боржника та інші рішення, реалізація яких залежить від арбітражного керуючого. Викладене свідчить про можливість господарського суду, Мін'юсту, зборів (комітету) кредиторів чинити безпосередній вплив на хід та порядок реалізації повноважень арбітражного керуючого у справі про банкрутство.

Слід згадати і необґрунтовано розширене коло суб'єктів, яким підконтрольний та підзвітний арбітражний керуючий. Контроль за дотриманням арбітражним керуючим вимог законодавства одночасно здійснюється саморегулюючими організаціями арбітражних керуючих (п. 1 ч. 1 ст. 118 Закону про банкрутство), Мін'юстом (ст. 106 Закону про банкрутство) та господарським судом (ч. 4 ст. 40 Закону про банкрутство)¹⁶. Контроль виконання арбітражним керуючим судових рішень, прийнятих у справі

¹³ Порядок контролю за діяльністю арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів): наказ Міністерства юстиції України від 27 червня 2013 р. № 1284/5. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z1113-13> (дата звернення: 10.04.2018).

¹⁴ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 16 листопада 1991 р. № 1798-ХІІ. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1798-12> (дата звернення: 10.04.2018).

¹⁵ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (п. 7).

¹⁶ Там само.

про банкрутство, здійснюється судом, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство, та одночасно Мін'юстом (ч. 2.6 Порядку контролю). Крім того, протягом процедур банкрутства на арбітражного керуючого покладається обов'язок подавати фінансову, статистичну звітність (абзац 4 ч. 6 ст. 28, ч. 2 ст. 116 Закону про банкрутство), звітність про хід процедур банкрутства господарському суду (абзац 9 ч. 3 ст. 22, ч. 14 ст. 28, ч. 5 ст. 31, ст. 36, ч. 3 ст. 39, ст. 46 Закону про банкрутство), комітету кредиторів (ч. 9 ст. 41 Закону про банкрутство), органу, уповноваженому управляти державним майном (ч. 6 ст. 114 Закону про банкрутство), Мін'юсту (ч. 2 ст. 116 Закону про банкрутство)¹⁷. Відповідно до встановленого у ст. 13 ГПК України¹⁸ принципу змагальності учасників судового розгляду, вбачається правильним, що контроль за ефективністю діяльності арбітражного керуючого має відбуватися не завдяки створенню широкого кола контролюючих суб'єктів, яким підзвітний арбітражний керуючий, а завдяки процесуальній активності зацікавлених учасників справи про банкрутство (кредиторів та боржника) під керуванням об'єктивного та неупередженого суду. У такому разі контроль за діяльністю арбітражного керуючого відбувається без шкоди його незалежності, адже арбітражний керуючий нарівні з іншими учасниками справи про банкрутство доводить законність та обґрунтованість вчинених ним дій чи прийнятих рішень перед судом, який ухвалює з цього приводу остаточне рішення. Нині Мін'юст фактично дублює функції суду, оскільки здійснює контроль арбітражного керуючого, надає обов'язкові до виконання приписи та розпорядження, вирішує питання про відповідність законодавству дій чи рішень арбітражного керуючого, приймає рішення щодо зупинення або припинення його діяльності. Потенційна загроза незалежності арбітражного керуючого у цьому разі полягає в множинності суб'єктів, які за результатами здійснюваного контролю мають можливість прийняти рішення про припинення повноважень арбітражного керуючого у справі про банкрутство або рішення про припинення права на зайняття діяльністю арбітражного керуючого. З огляду на це вбачається доцільним визначення внутрішнього контролю з боку учасників справи про банкрутство та суду як єдиної форми контролю за діяльністю арбітражного керуючого.

Розглядаючи ступінь впливу інших учасників справи про банкрутство на діяльність арбітражного керуючого, слід згадати неповноту правового регулювання діяльності ліквідаційної комісії, обов'язковість створення якої при відкритті ліквідаційної процедури передбачена Законом про

¹⁷ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

¹⁸ Господарський процесуальний кодекс України (н 14).

банкрутство. Згідно з ч. 3 ст. 40 'ліквідаційна комісія виконує свої повноваження до завершення ліквідаційної процедури в порядку, встановленому цим Законом та іншими нормативно-правовими актами'¹⁹. Проте ані Закон про банкрутство, ані інші нормативно-правові акти не встановлюють порядку виконання повноважень ліквідаційною комісією, що призводить до правової невизначеності. Системне тлумачення ч. 2 ст. 40 Закону про банкрутство, що встановлює перелік осіб, представники яких включаються до ліквідаційної комісії, та ч. 3 ст. 114 Закону про банкрутство, що визначає підстави припинення повноважень арбітражного керуючого у справі про банкрутство, дає змогу дійти висновку, що утворення ліквідаційної комісії не є підставою для припинення повноважень ліквідатора – арбітражного керуючого, проте до складу ліквідаційної комісії він не входить. Через відсутність порядку виконання повноважень ліквідаційною комісією постає проблема розмежування повноважень між ліквідатором – арбітражним керуючим та ліквідаційною комісією. Якщо ж припустити, що має місце недолік законодавчої техніки, і насправді законодавець передбачав роботу ліквідатора – арбітражного керуючого у складі ліквідаційної комісії, постає проблема визначення пріоритету між прийнятими більшістю голосів рішень ліквідаційної комісії як колегіального органу та рішеннями арбітражного керуючого, який згідно зі ст. 99 Закону про банкрутство є незалежним²⁰.

Видається правильним, що ліквідаційна процедура має здійснюватися одним із двох альтернативних варіантів: або ліквідаційна процедура проводиться одноособово арбітражним керуючим, що реалізує повноваження ліквідатора, керуючись принципом незалежності, або на підставі рішення комітету кредиторів ліквідаційна процедура здійснюється колегіальним органом – ліквідаційною комісією, до складу якої арбітражний керуючий не включається. У зв'язку з цим ч. 3 ст. 114 Закону про банкрутство, якою встановлюються підстави припинення повноважень арбітражного керуючого у справі про банкрутство, також має бути доповнена положенням, відповідно до якого з моменту затвердження господарським судом складу ліквідаційної комісії повноваження ліквідатора – арбітражного керуючого припиняються.

Звертаючись до чинників матеріального характеру, якими забезпечується незалежність арбітражного керуючого, слід зазначити, що належний і достатній рівень оплати праці арбітражного керуючого є запорукою його самостійності та неупередженості. Незважаючи на тривалий строк існування інституту арбітражних керуючих, доводиться конста-

¹⁹ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

²⁰ Там само.

тувати наявність істотних проблем, пов'язаних із забезпеченням матеріальної складової незалежності арбітражних керуючих, які полягають у недосконалості механізму сплати винагороди та відшкодування витрат арбітражного керуючого. Згідно з частинами 1, 3 ст. 45 Закону про банкрутство основна грошова винагорода арбітражного керуючого сплачується на засадах пропорційності з вимогами кредиторів першої черги²¹. Тобто можливість арбітражного керуючого отримати в повному обсязі грошову винагороду пов'язується Законом із необхідністю погашення у відповідному (пропорційному) обсязі вимог кредиторів першої черги. У випадку недостатності коштів боржника, що має місце в переважній більшості випадків, це призводить до недоотримання арбітражним керуючим належної йому винагороди. Але правове положення арбітражного керуючого, характер і мета його діяльності істотно відрізняються від положення кредиторів боржника, що передбачає необхідність своєчасного та повного відшкодування його витрат і сплати винагороди незалежно від розміру задоволення вимог кредиторів. Уявляється правильним, що основна грошова винагорода арбітражного керуючого та відшкодування його витрат має здійснюватися позачергово, незалежно від розміру задоволених вимог кредиторів першої черги. Необґрунтованим слід визнати і законодавче обмеження максимального розміру винагороди арбітражного керуючого десятьма мінімальними заробітними платами. Розмір винагороди арбітражного керуючого залежить від індивідуальних обставин справи про банкрутство. Враховуючи, що така винагорода сплачується за рахунок коштів кредиторів або конкурсної маси, яка є джерелом задоволення вимог тих же кредиторів, здається невиправданим зайве піклування законодавця про максимальний розмір винагороди арбітражного керуючого. Проблема полягає в тому, що навіть за наявності волі кредиторів на встановлення розміру винагороди арбітражного керуючого вище за передбачений Законом про банкрутство максимум, правові підстави для затвердження такого розміру винагороди у суду відсутні. З огляду на недоцільність законодавчого обмеження максимального розміру основної винагороди арбітражного керуючого, вбачається правильним віднести затвердження її розміру до повноважень комітету кредиторів. Додаткова винагорода арбітражного керуючого віднесена Законом про банкрутство до п'ятої черги вимог кредиторів, тоді як основна частина вимог кредиторів у справах про банкрутство концентрується у першій-четвертій чергах реєстру вимог кредиторів та в переважній більшості випадків не задовольняється за браком майна боржника. Отже, вірогідність отримання арбітражним керуючим додаткової винагороди

²¹ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

вже на законодавчому рівні зведена до мінімуму. У практиці випадки отримання арбітражним керуючим додаткової винагороди є поодинокими. Таким чином, встановлений Законом про банкрутство порядок сплати додаткової винагороди арбітражного керуючого не виконує свого основного призначення – стимулювання арбітражного керуючого до вжиття заходів із повернення активів боржника – банкрута. На нашу думку, з метою забезпечення матеріальної складової незалежності арбітражного керуючого додаткова винагорода має сплачуватися йому позачергово за фактом повернення активів до конкурсної маси боржника. Слід згадати також неповноту правового регулювання порядку сплати грошової винагороди та відшкодування витрат арбітражному керуючому. У Законі про банкрутство відсутні норми, які встановлювали б порядок оплати винагороди арбітражного керуючого у разі відсутності у боржника ліквідаційної маси, що призводить до нестабільності судової практики. Долаючи цю прогалину, суди, як правило, застосовують за аналогією норми трудового права, та констатуючи неприпустимість безоплатної праці арбітражного керуючого, покладають обов'язок сплати винагороди арбітражного керуючого на кредиторів (постанови Вищого господарського суду України від 8 листопада 2016 р. у справі № 915/1961/14²²; від 21 грудня 2016 р. у справі № 916/64/13-г²³; від 27 жовтня 2015 р. у справі № 911/1056/13²⁴; від 10 лютого 2015 р. у справі № 5004/1622/12²⁵). З точки зору забезпечення стабільності гарантій матеріальної незалежності арбітражного керуючого, здається доцільним уникнути застосування аналогії законодавства в питанні сплати винагороди арбітражного керуючого, оскільки таке застосування у кожному конкретному випадку обумовлене розсудом судді як суб'єкта правозастосування. На наше переконання, правильним є доповнити ст. 115 Закону про банкрутство, яка встановлює правила сплати винагороди арбітражного керуючого, положенням, відповідно до якого у разі відсутності у боржника ліквідаційної маси витрати на сплату винагороди арбітражного керуючого несуть кредитори пропорційно до розміру їхніх вимог до боржника.

Особистісні чинники, якими забезпечується незалежність арбітражного керуючого, – це насамперед його соціально-психологічна установка, що ґрунтується на системі моральних цінностей та слугує орієнтиром вибору оптимального варіанта поведінки під час реалізації повноважень

²² Постанова Вищого господарського суду України від 8 листопада 2016 р. у справі № 915/1961/14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62593215> (дата звернення: 10.04.2018).

²³ Постанова Вищого господарського суду України від 21 грудня 2016 р. у справі № 916/64/13-г. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63713003> (дата звернення: 10.04.2018).

²⁴ Постанова Вищого господарського суду України від 27 жовтня 2015 р. у справі № 911/1056/13. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52953265> (дата звернення: 10.04.2018).

²⁵ Постанова Вищого господарського суду України від 10 лютого 2015 р. у справі № 5004/1622/12. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42683987> (дата звернення: 10.04.2018).

у справі про банкрутство. На забезпечення особистісної незалежності арбітражного керуючого спрямовані положення п. 7 ч. 2 ст. 98, ч. 5 ст. 98, п. 4 ч. 2 ст. 114, п. 6 ч. 3 ст. 114 Закону про банкрутство, якими встановлено вимоги щодо неприпустимості виникнення конфлікту інтересів, а також положення ч. 3 ст. 98, які місять вимоги щодо добросовісності, розсудливості, обґрунтованості та цільової спрямованості дій арбітражного керуючого²⁶. Утім, слід визнати, що незалежність арбітражного керуючого значною мірою залежить від його моральних якостей, тому що свідомість особи не охоплюється можливостями законодавчого регулювання. До таких якостей слід віднести, зокрема: організаторські (навички керівництва та організаційної діяльності, оперативність, дисциплінованість, творчість мислення, ініціативність), комунікативні (здатність до кооперації та групової роботи, визнання з боку оточуючих, відкритість, вміння проводити узгоджувальні процедури), мотиваційно-вольові (цілеспрямованість, нейтральність, неупередженість, обачливість, добросовісність, уважність, порядність). Оскільки можливості Закону про банкрутство як соціального регулятора обмежені, здається правильним, аби активну роль у становленні принципу незалежності арбітражного керуючого через поступове формування відповідних особистісних якостей відігравали саморегулюючі організації арбітражних керуючих як виразники колективного інтересу професійної спільноти арбітражних керуючих. Першим кроком на цьому шляху має стати прийняття кодексу професійної етики арбітражного керуючого.

Висновки. Встановлення на рівні Закону про банкрутство принципу незалежності арбітражного керуючого є необхідною, проте недостатньою умовою втілення його в життя. Забезпечити реальну незалежність арбітражного управління можна лише шляхом поступової побудови системи ефективно працюючих елементів організаційного, компетенційного, матеріального та особистісного характеру. Першочерговими завданнями на цьому шляху мають стати: 1) виключення можливості впливу факторів корупційного характеру на процес призначення арбітражного керуючого у справу про банкрутство завдяки обмеженню ролі господарського суду перевіркою формальних вимог, яким має відповідати запропонована комітетом кредиторів кандидатура арбітражного керуючого; 2) зменшення рівня залежності арбітражного керуючого при виконанні покладених на нього обов'язків від інших учасників справи про банкрутство шляхом надання йому додаткових повноважень із виявлення та забезпечення збереження майнових активів боржника й запровадження юридичної відповідальності за невиконання законних

²⁶ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 7).

вимог арбітражного керуючого; 3) обмеження кола суб'єктів контролю за діяльністю арбітражного керуючого учасниками справи про банкрутство та господарським судом, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство; 4) надання формальної визначеності положенням Закону про банкрутство, що регламентують реалізацію повноважень арбітражного керуючого у разі створення ліквідаційної комісії; 5) встановлення позачергового порядку оплати грошової винагороди арбітражного керуючого, покладення обов'язку з оплати праці арбітражного керуючого на кредиторів у разі відсутності у боржника ліквідаційної маси. Професійна спільнота арбітражних керуючих має зосередитися переважно на тих сферах, які не охоплюються можливостями законодавчого регулювання, зокрема сприяти вихованню високих морально-психологічних якостей арбітражних керуючих. У протилежному випадку встановлена Законом про банкрутство незалежність арбітражного управління залишиться суто декларативним поняттям без реального змістовного наповнення.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Hospodarskyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [Economic Procedural Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 6 lystopada: 1991 r. № 1798-XII. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1798-12> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
2. Konstytutsiia Ukrainy [Constitution of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 28 chervnia 1996 r. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
3. Poriadok kontroliu za diialnistiu arbitrazhnykh keruiuchykh (rozporiadnykiv maina, keruiuchykh sanatsiieiu, likvidatoriv) [The Procedure for Controlling the Activities of Arbitration Managers (Property Managers, Sanitation Managers, Liquidators)]: nakaz Ministerstva yustytzii Ukrainy [Order of the Ministry of Justice of Ukraine] vid 27 chervnia 2013 r. № 1284/5. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z1113-13> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
4. Pro sudoustrii i status suddiv [On the Judiciary and the Status of Judges]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 chervnia 2016 r. № 1402-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
5. Pro vidnovlennia platospromozhnosti borzhnyka abo vyznannia yoho bankrutom [On Restoring the Debtor's Solvency or Recognizing it as a Bankrupt]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 14 travnia 1992 r. № 2343-XII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2343-12> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
6. Pro zatverdzhennia novoi redaktsii Polozhennia pro avtomatyzovanu systemu z vidboru kandydativ na pryznachennia arbitrazhnoho keruiuchoho u spravakh pro bankrutstvo [On Approval of the New Edition of the Regulation on the Automated System for Selecting Candidates for the Appointment of the Arbitrator in Bankruptcy Cases]: postanova Plenumu Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy [Resolution of

the Plenum of the Supreme Economic Court of Ukraine] vid 14 lypnia 2016 r. № 8. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0008600-16> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).

Cases

9. Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 10 liutoho 2015 r. u spravi № 5004/1622/12 [Judgement 5004/1622/12 of the Supreme Economic Court of Ukraine, 10 February 2015]. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42683987> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
10. Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 21 hrudnia 2016 r. u spravi № 916/64/13-h [Judgement 916/64/13-r of the Supreme Economic Court of Ukraine, 21 December 2016] URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63713003> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
11. Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 27 zhovtnia 2015 r. u spravi № 911/1056/13 [Judgement 911/1056/13 of the Supreme Economic Court of Ukraine, 27 October 2016]. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52953265> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
12. Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 8 lystopada 2016 r. u spravi № 915/1961/14 [Judgement 915/1961/14 of the Supreme Economic Court of Ukraine, 8 November 2016]. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62593215> (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).
13. Ukhvala Hospodarskoho sudu Odeskoi oblasti vid 17 lystopada 2016 r. u spravi № 916/3466/14 [Judgement 916/3466/14 of the Economic Court of the Odessa region, 17 November 2016]. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62817414>. (accessed: 10.04.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Journal articles

14. Poliakov B, 'Arbitrazhnyi keruiuchyi – naizalezhnisha osoba protsedury bankrutstva' ['Arbitrage Manager is the Most Insolvent Person in the Bankruptcy Procedure'] (2001) 3 Visnyk hospodarskoho sudochynstva 86 (in Ukrainian).

Artem Danilov

INDEPENDENCE AS THE OPERATIONAL PRINCIPLE
OF AN INSOLVENCY OFFICER

ABSTRACT. Independence of an insolvency officer is the core element of his/her legal status and at the same time the principle of arbitration management. Independence directly affects the efficiency of an insolvency officer's performance and the capability to achieve the goal of arbitration management – which is to assure an appropriate balance of interests of the persons involved in a bankruptcy case. In the context of this goal, for bankruptcy proceedings it is crucial to ensure an insolvency officer's independence as a necessary prerequisite for fairness and impartiality of the process. The institutional experience of insolvency officer's functioning in Ukraine has revealed some theoretical and practical issues associated with ensuring of insolvency officer's independence, and these issues require scientific research and understanding. The relevance of the central

topic of this article ensues from the lack of comprehensive studies of the principle of insolvency officer's independence, and also from many unresolved issues which may be seen today in relation to the independence of an insolvency officer in bankruptcy proceedings.

The purpose of the article is to analyze the reasons which negatively affect the practical implementation of the principle of an insolvency officer's independence in the context of exercising the powers of asset manager, rehabilitation manager and liquidator in the bankruptcy proceedings, and also to present the author's vision of the ways to enhance the level of insolvency officer's independence.

The author reviews the principle of an insolvency officer's independence; formulates the concept of independence of an insolvency officer and examines the factors ensuring the independence of arbitration management. At the same time, the author suggests which measures may be taken to enhance the level of independence and impartiality of an insolvency officer.

The author comes to the conclusion that the principle of an insolvency officer's independence established by the legislation has a declarative nature. For a real implementation of the principle of an insolvency officer's independence, joint efforts of the State and the professional community of insolvency officers are needed with a view to building of the system of efficient elements of an organizational, competency-related, material, and personal nature.

KEYWORDS: bankruptcy in Ukraine; insolvency officer; independent professional activity; competitive process.

РЕЦЕНЗІЇ

Віктор Колісник

доктор юридичних наук, професор,
суддя Конституційного Суду України

Федір Веніславський

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого

ПЕРЕОСМИСЛЕННЯ ДОСВІДУ КОНСТИТУЦІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ У РЕСПУБЛІЦІ БІЛОРУСЬ

У сучасному полікультурному та багатополлярному світі кожна національну конституцію, безумовно, можна і слід розглядати передусім як формалізоване закріплення системи світоглядних цінностей народу, концентроване вираження його національно-культурної самобутності та політико-правової ідентичності. Адже зміст конституційних приписів та загальна спрямованість конституційного регулювання дають змогу сформулювати достатньо повне уявлення про засади конституційного ладу, ієрархію суспільних цінностей, правову, політичну й економічну системи держави, спрямованість її внутрішньої і зовнішньої політики, особливості організації та функціонування органів державної влади та місцевого самоврядування тощо. А з огляду на сучасний конституційно-правовий розвиток України, що супроводжується перманентним процесом конституційного реформування, пошук найбільш оптимальних моделей конституційної регламентації різних сфер суспільного життя, вивчення та врахування зарубіжного досвіду, як позитивного, так і негативного, набуває для України вкрай важливого значення. У зв'язку з цим істотний науковий інтерес для фахівців у галузі конституційного права України, для конституційно-правової науки та вітчизняної практики державотворення загалом становить “Коментар до Конституції Республіки Білорусь” у двох томах І. Пляхимовича¹.

У своїй науково-практичній праці білоруський учений-конституціоналіст на основі сучасних наукових теорій, розуміння сучасного консти-

¹ Пляхимович И. И. Комментарий к Конституции Республики Беларусь: в 2 т. / И. И. Пляхимович. – Минск : Амалфея, 2015.

туціоналізму, системно проаналізував текст Конституції Республіки Білорусь, розкрив зміст і спрямованість правового регулювання кожної з її статей, акцентувавши особливу увагу на специфіці їх застосування у процесі поточного нормотворення та правореалізації. При цьому автор не обмежується формально-логічним і телеологічним способами розкриття змісту конкретної конституційної норми, а на основі системного, історичного та порівняльно-правового методів наукового пізнання аналізує історію виникнення та розвитку відповідного сегменту правового регулювання, досліджує зарубіжний конституційно-правовий досвід, вказує на існуючі проблеми вітчизняної конституційної регламентації та пропонує можливі шляхи їх вирішення, формулює обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення конституційного тексту, що, з одного боку, свідчить про його зваженість як дослідника, а з другого – про неабияку наукову сміливість.

Позитивною рисою “Коментаря до Конституції Республіки Білорусь” є використання під час його написання існуючої практики діяльності Конституційного Суду Республіки Білорусь. Як свідчить зміст постатейних матеріалів, І. Пляхимович приділив особливу увагу висновкам і рішенням Конституційного Суду Республіки Білорусь, їх критичному аналізу та впливу на розуміння достеменного змісту конституційних норм, на їх правильне практичне застосування, на забезпечення юридичного верховенства, правої охорони і захисту Конституції загалом. Зокрема, автор системно аналізує конкретні підстави визнання неконституційними законів та підзаконних нормативно-правових актів Республіки Білорусь, наводить численні приклади відповідних рішень Конституційного Суду Республіки Білорусь.

Окремо слід вказати на таку характерну особливість “Коментаря до Конституції Республіки Білорусь”, як ґрунтовний аналіз впливу на праворозуміння та правозастосування у Республіці Білорусь рішень Європейського суду з прав людини, інших міжнародних правозахисних інституцій. Науково-практичний коментар І. Пляхимовича до переважної більшості конституційних положень, які прямо чи опосередковано стосуються прав і свобод людини, свідчить про використання у процесі розкриття їх змісту досвіду Європейського суду з прав людини, базових цінностей європейського конституціоналізму загалом.

“Коментар до Конституції Республіки Білорусь” у двох томах І. Пляхимовича в багатьох випадках змушує по-новому подивитися на особливості конституційно-правової регламентації в Республіці Білорусь, насамперед – у сфері закріплення і гарантування прав та свобод людини, на практику конституційного правозастосування, на специфіку організації

Віктор Колісник, Федір Веніславський

та функціонування публічної влади в Республіці Білорусь. Для українських фахівців, можливо, стане корисним аналіз позитивного впливу конституційного регулювання Республіки Білорусь на забезпечення сталого економічного розвитку, на інноваційну модернізацію економіки зі збереженням певного рівня соціальних стандартів життя сучасного білоруського суспільства.

“Коментар до Конституції Республіки Білорусь” є помітною подією у науковому житті Республіки Білорусь та може бути цікавим як для вчених-конституціоналістів, які займаються дослідженням різних аспектів вітчизняної державно-правової дійсності, так і для широкого загалу правознавців, представників владних інституцій та громадських організацій України.

Пляхимович И. И. Комментарий к Конституции Республики Беларусь: в 2 т. / И. И. Пляхимович. – Минск : Амалфея, 2015. – Т. 1. – 1224 с.



Предлагаемое издание является научно-практическим комментарием к Конституции Республики Беларусь. Исходя из анализа самого конституционного текста, с использованием научных теорий, решений Конституционного Суда Республики Беларусь, Европейского суда по правам человека и других правозащитных органов, международно-правовых норм, а также национального и зарубежного законодательства подробно раскрываются содержание и смысл каждой статьи, главы, раздела Основного Закона. Уделено внимание состоянию и возможным направлениям совершенствования отечественного конституционализма.

Комментарий адресуется широкому кругу читателей – научным работникам, представителям государственных органов и общественных формирований, студентам и преподавателям, всем, кому не безразлично правовое и государственное развитие Беларуси.

В томе 1 комментируются положения Конституции в части преамбулы, разделов I «Основы конституционного строя», II «Личность, общество, государство», III «Избирательная система. Референдум». Приложение содержит полный текст Конституции.

Пляхимович И. И. Комментарий к Конституции Республики Беларусь: в 2 т. / И. И. Пляхимович. – Минск : Амалфея, 2015. – Т. 2. – 984 с.

В томе 2 комментируются положения Конституции в части разделов IV «Президент, Парламент, Правительство, суд», V «Местное управление и самоуправление», VI «Прокуратура. Комитет государственного контроля», VII «Финансово-кредитная система Республики Беларусь», VIII «Действие Конституции Республики Беларусь и порядок ее изменения», IX «Заключительные и переходные положения». Полный текст Конституции дан в приложении.

RATIO DECIDENDI – НОВЕЛИ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ*

Практика Європейського суду з прав людини

РІШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ВІД 25 БЕРЕЗНЯ 1999 р. У СПРАВІ “ЯТРИДІС ПРОТИ ГРЕЦІЇ”. (КОМЮНІКЕ СЕКРЕТАРЯ СУДУ)**

У рішенні, ухваленому в Страсбурзі 25 березня 1999 р. у справі “Ятрідіс проти Греції”, Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд) постановив: одностайно – що було допущено порушення ст. 1 Першого протоколу до Європейської конвенції з прав людини (далі – Конвенція) (захист права власності); шістьнадцятьма голосами проти одного – що було допущено порушення ст. 13 Конвенції (право на ефективний засіб захисту); і одностайно – що немає необхідності ухвалювати рішення щодо скарг, висунутих на підставі п. 1 ст. 6 (право на справедливий судовий розгляд) та ст. 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя).

1. Основні факти

Заявник – громадянин Греції пан Георгіос Ятрідіс, 1923 р. народження, живе в Афінах. До 1988 р. керував кінотеатром просто неба “Іліополіс” в однойменному передмісті Афін.

Право власності на землю, на якій побудовано цей кінотеатр, є предметом спору між спадкоємцями приватної особи К.Н. та Грецькою державою. Заявник орендував кінотеатр у спадкоємців К.Н. у 1978 р.

У 1988 р. місцеві органи влади ухвалили постанову про позбавлення заявника права на володіння кінотеатром, мотивуючи це тим, що він незаконно утримує державну власність, і про передання його муніципальній раді передмістя Іліополіс.

1989 р. Афінський суд першої інстанції скасував цю постанову. Відповідні управління міністерства фінансів, Державна рада юстиції та Державне земельне управління висловилися за те, щоб міністр фінансів повернув кінотеатр заявникові, але міністр і донині відмовляється виконати рішення Афінського суду першої інстанції.

Заявник вважає, що відмова органів державної влади повернути йому приміщення кінотеатру порушує його право на мирне володіння своїм майном, гарантоване ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, а також право на повагу до приватного і сімейного життя згідно зі ст. 8 Конвенції.

* Рубрика функціонує під егідою Єдиного порталу аналітики судової практики *RATIO DECIDENDI*.

** Публікація документа: Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. 1999 р., № 2.

На його думку, порушено також статті 6 та 13 Конвенції – внаслідок відмови органів державної влади виконати судові рішення, ухвалені Афіньським судом першої інстанції на користь заявника.

Стаття 1 Першого протоколу

Насамперед Суд зазначив, що на момент позбавлення заявника права на експлуатацію кінотеатру, яка здійснювалася на підставі офіційно укладеного договору оренди, заклад пропрацював без втручання з боку органів влади одинадцять років. За цей час у нього з’явилися постійні відвідувачі, переважно місцеві жителі, що, на думку Суду, є позитивним фактором. Крім того, Суд підкреслив, що “зелені кінотеатри” взагалі відіграють досить помітну роль у місцевому культурному житті Греції.

Далі було зауважено, що заявник, після того як муніципальна рада Ліюполіса позбавила його права володіння законно орендованим кінотеатром, у якомусь іншому приміщенні кінотеатрального бізнесу не розпочинав. Повернути ж собі кінотеатр, незважаючи на наявність судового рішення про скасування постанови органів місцевої влади щодо позбавлення його зазначених майнових прав, пан Ятрідіс не мав можливості через відмову міністра фінансів скасувати постанову про передання його муніципальній раді.

Ці обставини дають підстави говорити про порушення прав заявника на власність, що закріплені в першому реченні ч. 1 ст. 1. Безперечно, позбавлення заявника права на орендоване ним майно, що відбулося 17 березня 1989 р., з точки зору внутрішнього законодавства було юридично вмотивоване, оскільки здійснювалося органом державної влади, а саме земельним управлінням префектури Аттики, на підставі відповідної адміністративної постанови від 9 лютого 1989 р. За цим документом кінотеатр передавався в розпорядження муніципальної ради Ліюполіса.

Однак 23 жовтня 1989 р. Афіньський суд першої інстанції розглянув справу в порядку спрощеної процедури і скасував зазначену постанову через недодержання умов її ухвалення.

Відтоді позбавлення заявника права володіння кінотеатром втратило будь-які юридичні підстави.

Таким чином, муніципальна рада Ліюполіса, перетворившись на незаконного власника, мала повернути кінотеатр заявникові, що їй і рекомендувалося всіма органами, з якими консультувався міністр фінансів, а саме: міністерством фінансів, Державною радою юстиції та Державним земельним управлінням.

Більше того, Державне земельне управління запропонувало міністрові фінансів скасувати постанову про передання кінотеатру муніципальній

радї, повернути заклад панові Ятрїдїсу, відновивши його право на орендовану ним власність.

Суд висловив думку, що в цьому разі втручання у права заявника є очевидним порушенням грецького законодавства, а отже, суперечить праву заявника на мирне володіння своїм майном. Усе це дає підстави вважати, що було допущено порушення ст. 1 Першого протоколу.

Стаття 13 Конвенції

Суд вважає, що правова система Греції надала заявникові реальну можливість вдатися до “ефективного засобу захисту”, чим він і скористався, причому успішно: Афіський суд першої інстанції, до якого він звернувся з проханням скасувати постанову місцевих органів влади, ухвалив рішення на його користь. Проте саме “ефективність” захисту, гарантована ст. 13, у цьому разі не була забезпечена на практиці, оскільки виконанню судового рішення перешкоджали, з одного боку, невмотивовані дії, а з другого – бездіяльність органів державної влади.

З огляду на відмову міністра фінансів виконати рішення суду першої інстанції у справі заявника, засіб судового захисту, що розглядається, не може вважатися “ефективним”, як того вимагає ст. 13 Конвенції. Отже, було допущено порушення цієї статті.

Правові позиції Верховного Суду

Цивільна юрисдикція

**ПРО ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ ПОЗОВУ
ПРО ВИЗНАННЯ НЕДОСТОВІРНОЮ ІНФОРМАЦІЇ,
ПОШИРЕНОЇ ЩОДО ПУБЛІЧНОЇ ОСОБИ***

Статтею 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод передбачено, що кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Ця стаття не перешкоджає державам вимагати ліцензування діяльності радіомовних, телевізійних або кінематографічних підприємств. Здійснення цих свобод, оскільки воно пов’язане з обов’язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхід-

* Правову позицію сформовано Л. Сидоровою за: Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 11 липня 2018 р. № 658/1795/17-ц.

ними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду.

Статті 28, 68 Конституції України гарантують кожному право на повагу до його гідності. Ніхто не може бути підданий такому поведженню, що принижує його гідність.

Право на захист ділової репутації та спростування недостовірної інформації особою, яка поширила таку інформацію, захищається статтями 94, 277 Цивільного кодексу України.

Під поширенням інформації у світлі наведених положень розуміють опублікування її у пресі, передавання по радіо, телебаченню чи з використанням інших засобів масової інформації; поширення у мережі Інтернет чи з використанням інших засобів телекомунікаційного зв'язку.

Інформація вважається недостовірною, якщо вона не відповідає дійсності або викладена неправдиво, тобто містить відомості про події та явища, яких не існувало взагалі або які існували, але відомості про них не відповідають дійсності (неповні або перекручені).

Вирішення справ про поширення недостовірної інформації стосовно публічних осіб про захист їх гідності, честі чи ділової репутації має свої особливості, адже судам необхідно враховувати положення Декларації про свободу політичних дебатів у засобах масової інформації, схваленої 12 лютого 2004 р. на 872-му засіданні Комітету Міністрів Ради Європи, а також рекомендації, що містяться у Резолюції 1165 (1998) Парламентської Асамблеї Ради Європи про право на недоторканність приватного життя.

Зокрема, у згаданій Резолюції, статтях 3, 4, 6 Декларації акцентується, що, оскільки політичні діячі та посадові особи, які обіймають публічні посади або здійснюють публічну владу на місцевому, регіональному, національному чи міжнародному рівнях, вирішили апелювати до довіри громадськості та погодилися "виставити" себе на публічне політичне обговорювання, то вони підлягають ретельному громадському контролю і потенційно можуть зазнати гострої та сильної громадської критики у засобах масової інформації з приводу того, як вони виконували або виконують свої функції. При цьому зазначені діячі та особи не повинні мати більшого захисту своєї репутації та інших прав порівняно з іншими особами. У зв'язку з цим межа допустимої критики щодо політичного діяча чи іншої публічної особи є значно ширшою, ніж окремої пересіч-

ної особи. Публічні особи неминуче відкриваються для прискіпливого висвітлення їх слів та вчинків і повинні це усвідомлювати.

Вирішуючи спір про визнання поширеної інформації недостовірною, суд повинен розрізняти фактичні твердження та оціночні судження, а також те, що наявність фактів можна довести, а правдивість оціночних суджень – неможливо, у зв'язку із чим дійшов помилкового висновку щодо задоволення позовних вимог про визнання недостовірною інформації, що принижує гідність, честь чи ділову репутацію позивача.

Слід зауважити, що журналістська свобода та громадська діяльність також включають можливість перебільшень або навіть провокацій. Повідомлення новин, засноване на інтерв'ю або відтворенні висловлювань інших осіб, відредагованих чи ні, становить один з найбільш важливих засобів, за допомогою яких преса може відігравати свою важливу роль “сторожового пса суспільства” (рішення ЄСПЛ від 26 листопада 1991 р. у справі “*The Observer and The Guardian v. the United Kingdom*”, заява № 13585/88). У таких справах слід розрізняти ситуації, коли такі висловлювання належали журналісту, і коли були цитатою висловлювання іншої особи, оскільки покарання журналіста за участь у розповсюдженні висловлювань інших осіб суттєво заважатиме пресі сприяти обговоренню питань суспільного значення та не повинно розглядатись, якщо для іншого немає винятково вагомих причин (рішення ЄСПЛ від 15 липня 2010 р., остаточне 15 жовтня 2010 р., у справі “Газета ‘Україна-Центр’ проти України”, заява № 16695/04).

Для того щоб розрізняти фактичне твердження і оціночне судження, необхідно брати до уваги обставини справи і загальний тон зауважень, оскільки твердження про питання, що становлять суспільний інтерес, є оціночними судженнями, а не констатацією фактів.

У цій справі про захист честі і гідності позивач є публічною особою – депутатом районної ради, а висловлювання відповідача, які позивач просив спростувати, не містять конкретних даних щодо оцінки його дій у контексті вчинення конкретних правопорушень або злочинних дій, є оціночними судженнями, які не можуть бути витлумачені як фактичні дані з огляду на характер використання у них мовних засобів та висловлені з метою привернути увагу громадськості, є суб'єктивними оціночними судженнями, особистим поглядом на дії позивача на спільному засіданні постійних депутатських комісій, власною оцінкою поведінки депутата.

Отже, підстав для задоволення позову суди не мали.

Господарська юрисдикція

ПРО КРИТЕРІЇ ПРАВОМІРНОСТІ ВТРУЧАННЯ В ПРАВО
НА МИРНЕ ВОЛОДІННЯ МАЙНОМ ЧИ АКТИВІВ,
ДО ЯКОГО З ОГЛЯДУ НА КОНЦЕПЦІЮ “МАЙНА”
В РОЗУМІННІ СТ. 1 ПЕРШОГО ПРОТОКОЛУ
ДО КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ
І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД
ВІДНЕСЕНО ПРАВО ОРЕНДИ*

Відповідно до ч. 2 ст. 20 Господарського кодексу України кожний суб'єкт господарювання та споживач має право на захист своїх прав і законних інтересів. Права та законні інтереси зазначених суб'єктів захищаються шляхом, зокрема, визнання недійсними господарських угод з підстав, передбачених законом.

Позивач, обґрунтовуючи необхідність визнання договору оренди державного майна недійсним, послався на недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства.

Місцевий господарський суд, відмовляючи у задоволенні позову, виходив із недоведеності позивачем своїх вимог і порушення його прав та інтересів.

Переглядаючи в апеляційному порядку цю справу, апеляційний суд скасував рішення суду першої інстанції та ухвалив нове рішення про задоволення позовних вимог з підстав недотримання порядку укладення договору оренди державного майна.

Суд касаційної інстанції, аналізуючи питання обсягу дослідження доводів позову та їх відображення у судовому рішенні, питання вичерпності висновків суду апеляційної інстанції, вказав на таке.

Відповідно до п. 1 ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, яка застосовується як джерело права, кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном, ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.

Концепція “майна” в розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції має автономне значення, тобто не обмежується власністю на матеріальні речі та не залежить від формальної класифікації у внутрішньому праві: певні інші права та інтереси, що становлять активи, також можуть вважатися “правом власності”, а відтак, і “майном”. До таких активів може

* Правову позицію сформовано Л. Сидоровою за: Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 4 липня 2018 р. у справі № 916/1234/17.

належати право оренди (рішення у справі “Ятрідіс проти Греції” від 25 березня 1999 р., заява № 311107/96, п. 54).

Крім традиційної для України концепції власності (рухоме і нерухоме майно) та прав, що пов’язані з відносинами власності між особами (акції, інтелектуальна власність тощо), власністю в розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції є й оренда майна.

Так, у справі “Меллахер та Інші проти Австрії” (заяви № 10522/83; № 11011/84; № 11070/84 від 19 грудня 1989 р.) ЄСПЛ вказав, що право на укладення договору оренди є частиною права власності (право володіння та користування), і тому це право є одним із аспектів права власності.

Вирішуючи питання щодо позбавлення права особи на користування майном, а отже, втручання в право на мирне володіння майном, необхідно враховувати, що у сталій практиці ЄСПЛ напрацьовано три критерії, які слід оцінювати на предмет сумісності заходу втручання в право особи на мирне володіння майном із гарантіями ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, а саме: чи є втручання законним, чи має воно на меті “суспільний”, “публічний інтерес”, чи є такий захід (втручання в право на мирне володіння майном) пропорційним визначеним цілям. Зокрема, критерій “пропорційності” передбачає, що втручання в право власності розглядатиметься як порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, якщо не було дотримано справедливої рівноваги (балансу) між інтересами держави (суспільства), пов’язаними з втручанням, та інтересами особи, яка так чи інакше страждає від втручання. “Справедлива рівновага” передбачає наявність розумного співвідношення (обґрунтованої пропорційності) між метою, що передбачається для досягнення, та засобами, які використовуються. Необхідного балансу не буде дотримано, якщо особа несе “індивідуальний і надмірний тягар”. При цьому з питань оцінки “пропорційності” ЄСПЛ, як і з питань наявності “суспільного”, “публічного” інтересу, визнає за державою достатньо широку “сферу розсуду”, за винятком випадків, коли такий “розсуд” не ґрунтується на розумних підставах.

Апеляційний суд під час вирішення спору у справі, яка розглядається, не застосував ст. 1 Першого протоколу до Конвенції та відповідну практику ЄСПЛ, не встановив та в рішенні не зазначив, чи відповідає втручання у право на мирне володіння відповідачем орендованим майном трьом наведеним вище критеріям, не вмотивував, чи є втручання законним, чи має воно на меті “суспільний”, “публічний інтерес”; як само по собі формальне повернення відповідачем майна відновить або покращить економічний інтерес та (або) становище держави при тому, що на відповідача внаслідок такого втручання у його право покладається

надмірний індивідуальний тягар з огляду на те, що судами не встановлено обставин, які свідчать про недобросовісність дій орендаря як при укладенні оспорюваного договору, так і в процесі реалізації права оренди протягом усього часу користування майном.

Водночас судом апеляційної інстанції взагалі не надано будь-якої оцінки доводам відповідача і наданим ним доказам щодо обставин, які передували укладенню оспорюваного договору, щодо обставин під час укладення цього договору, а також стосовно обставин належного виконання відповідачем умов договору, у тому числі щодо сплати орендних платежів.

Оскільки наведеним вимогам оскаржене рішення суду апеляційної інстанції не відповідає, воно скасовано в касаційному порядку з направленням справи на новий розгляд до суду апеляційної інстанції.

ЮРИДИЧНА ХРОНІКА

Богдан Андрусишин

доктор історичних наук, професор,
декан факультету політології та права
Національного педагогічного університету
імені М. П. Драгоманова
(м. Київ, Україна)

Олег Бучма

кандидат філософських наук, доцент,
професор кафедри теорії та історії держави і права
Національного педагогічного університету
імені М. П. Драгоманова
(м. Київ, Україна)

УКРАЇНСЬКА ДЕРЖАВНІСТЬ: КРИЗЬ ПРИЗМУ ЧАСУ (за матеріалами Міжнародної наукової конференції, присвяченої 100-річчю

Української національно-демократичної революції 1917–1921 рр.,
м. Київ, 24–25 травня 2018 р.)

У 1991 р. Україна добровільно відмовилася від тоталітарної моделі системи управління, відновила державний суверенітет, а згодом проголосила себе демократичною, соціальною, правовою державою, закріпивши на конституційному рівні принцип пріоритету прав і свобод людини. Відтак, перед молодією країною виникла проблема розробки програми державного будівництва в нових геополітичних умовах і при цьому необхідно уникнути та не допустити виникнення підстав для повернення до тоталітаризму, де принципи верховенства права та законності підмінялися політичною доцільністю та підпорядковувалися панівній ідеології.

Проблема політико-правового забезпечення державного функціонування (актуальність якої викристалізовується через століття і загострюється нині в умовах руйнації системи міжнародного права, викликів українській державності, загроз системі колективної регіональної та глобальної безпеки, де військова агресія, порівняно навіть з недалеким минулим, стала найбільш небезпечною з них) потребує все більшої уваги та нагального вирішення.

З проголошенням незалежності реалізувалося право українського народу на самовизначення, передбачене Статутом ООН та іншими міжна-

© Богдан Андрусишин, Олег Бучма, 2018

родно-правовими документами. Відтак, Україна перейшла від формальної суверенності до реальної міжнародної правосуб'єктності та увійшла до складної системи світового політико-правового простору, окресленого глобалізаційним контуром.

У Декларації про державний суверенітет України, яка була прийнята Верховною Радою Української РСР 16 липня 1990 р., визнано перевагу загальнолюдських цінностей над класовими і пріоритет загальновизначених норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права. 28 червня 1996 р. Верховна Рада України від імені Українського народу, “усвідомлюючи відповідальність перед Богом, власною совістю, попередніми, нинішнім та прийдешніми поколіннями”, прийняла основний закон, невід’ємний атрибут держави – Конституцію, яка визначила Україну як суверенну й незалежну, демократичну, соціальну й правову державу.

Отже, здійснилася одвічна мрія українського народу про свою самостійну незалежну державу. Нарешті українці стали державною нацією, подолавши визначений долею історичний трагізм на цьому тернистому шляху. Сповнене нуртувань і звитяг видалося для України минуле тисячоліття. Її історія, культура, право піддавалися нищівним ревізіям і руйнаціям в імперіях (Російській, Австро-Угорській) та державі “нового типу” – Радянському Союзу. Але трагічні і героїчні віхи українського державотворення нетлінною залишають історичну пам’ять і торують шлях у перспективу майбуття держави і права України.

Упорядкування і стабілізація культурно-цивілізаційного поступу України на мікрорівні (розбудова соціально-правової держави, становлення національної свідомості, відродження ідеї національної духовності, утвердження пріоритету загальнолюдських цінностей у масовій свідомості) і входження до нової макроструктури як рівно- і повноправного члена світового співтовариства можливі за умов вдало обраного, відпрацьованого і впровадженого у практику державного будівництва і суспільного облаштування механізму реалізації демократичного процесу, що має фундуватися на багатовікових традиціях та досвіді українського державотворення з його здобутками і невдачами.

Саме цьому надто важливому політико-правовому питанню була присвячена Міжнародна наукова конференція “Тринадцяті юридичні читання. Українська державність: кризь призму часу (до 100-річчя Української національно-демократичної революції 1917–1921 рр.)”, яка відбулася 24–25 травня 2018 р. у НПУ імені М. П. Драгоманова. Організаторами конференції були Національний педагогічний університет імені М. П. Драгоманова, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України,



Відкриття пленарного засідання конференції. Виступ декана факультету політології та права НПУ імені М. П. Драгоманова професора Б. Андрусішина

Науково-дослідний інститут інформатики і права Національної академії правових наук України, Центр правової освіти і науки, громадська організація “Феміда”.

Конференція логічно продовжила цикл щорічних наукових конференцій, започаткованих факультетом політології та права НПУ імені М. П. Драгоманова, МОН України та Інститутом держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Вона була присвячена столітньому досвіду визвольних змагань і боротьби українців за незалежність та власну самостійну державу задля розуміння трагізму нинішньої геополітичної ситуації з загрозами і викликами, що спрямовані на знищення української державності як ідеї й історичного та юридичного факту. Мета конференції – нагадати, пам’ятати, знати і враховувати уроки своєї далекої і невіддаленої історії та не допускати колишніх помилок як на внутрішньо-державному, так і міжнародному рівнях, що сприятиме належному культурно-цивілізаційному поступу України.

У вітальному слові до учасників конференції ректора НПУ імені М. П. Драгоманова, члена-кореспондента НАН України, академіка НАПрН, доктора філософських наук, професора Віктора Андрущенка “Правові параметри підготовки ‘нового вчителя’” зазначено, що завдання НПУ імені М. П. Драгоманова “загалом, і цієї конференції зокрема, – історична місія – сприяти підготовці такого вчителя, який навчить наших дітей і онуків шляхетності, повазі один до одного, необхідності і вмінню жити разом у спільному і комфортному Домі, ім’я котрому – Європа” та висловлене сподівання, що “науково-практичний та теоретико-методологічний доробки конференції стануть посильним внеском у створен-

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 5 • 279-290

Богдан Андрусишин, Олег Бучма

ня фундаменту для підготовки нового вчителя, організації нової школи, створення нового суспільства в Україні, основу якого складатимуть демократія, толерантність, солідарність, справедливість, верховенство права і закону, що ґрунтуються на ключовому принципі – відповідності основним правам людини”.

З вітальними промовами до учасників конференції звернулися проєктор з наукової роботи НПУ імені М. П. Драгоманова, доктор фізико-математичних наук, професор Григорій Торбін, директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, академік НАН України, доктор юридичних наук, професор Юрій Шемшученко та директор Інституту законодавства Верховної Ради України, академік НАН України, доктор юридичних наук, професор Олександр Копиленко, директор Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса НАН України, член-кореспондент НАН України, доктор історичних наук, професор Олег Рафальський.

Зокрема, професор Г. Торбін відзначив важливість того, що конференція, яка присвячена буремним революційним подіям столітньої давнини, відбувається саме в Національному педагогічному університеті імені М. П. Драгоманова, й висловив переконання, що високі результати цієї конференції сприятимуть: підвищенню рівня політичної та правової культури населення, вдосконаленню національної української держави й її інтеграції в європейський і світовий політико-правовий простір.



www.pravoua.com.ua

Доповідь директора Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України Ю. Шемшученка

Академік Ю. Шемшученко звернув увагу на негатив та позитив у процесі державотворення 1917–2018 рр., що є важливим матеріалом для відповідних висновків на сучасному етапі української державності. На його думку, хоча проект Конституції УНР був не в усьому досконалий, але то був значний доробок, що враховував як власний досвід, так і досвід зарубіжних країн (суверенітет, права громадян, організація державної влади, вибори тощо). Але не було відповідного дієвого механізму реалізації Конституції УНР. Проте нині важливо приділити особливу увагу позитивам тієї Конституції. Звертаючись до учасників конференції, Ю. Шемшученко вказав на роль і значення висновків та результатів наукових досліджень для належного функціонування держави та її майбутнього. На його думку, у минулому розуміли значення науки. Саме тому за ініціативи міністра освіти і мистецтва М. Василенка (який переконав гетьмана П. Скоропадського у необхідності академії наук) у 1918 р. було створено Українську академію наук. А нині влада належним чином не турбується про наукове надбання. “Держава без науки – це держава без майбутнього”, – наголосив Ю. Шемшученко.

Історико-правові аналогії та паралелі провів у своїй промові академік О. Копиленко. Він підкреслив, що нинішні Гімн, Герб, Прапор України – це символи УНР і якби ми жили за Конституцією УНР, то жили б щасливо. Але Центральна Рада та інші партії були соціалістичного спрямування. Ще тоді визначали Таврію без Криму. М. Грушевський вважав власність на землю ганьбою, такою самою як власність на людину – раба. На думку О. Копиленка, не оціненою повною мірою є діяльність Гетьманату Скоропадського. У зверненні до студентів О. Копиленко нагадав ідеї М. Грушевського, що українська школа і виховання в ній мають будуватися на універсалізмі й демократизмі, та І. Франка, що в українській школі має панувати розум.

Член-кореспондент НАН України О. Рафальський закликав подивитися на сучасне життя крізь призму часу і враховувати в державному будівництві історичні уроки й досвід. Державні програми і настанови мають враховувати інтереси й мрії народу. На його думку, ключовими якостями політичної еліти мають бути чуйність й інтелігентність, що сприятиме підкоренню власних інтересів інтересам суспільним, народу, а вищим благом – благо загалу. Це те, що вдалося у згаданому минулому, і має бути реалізоване нині.

На пленарному засіданні у своїй доповіді Богдан Андрусин – декан факультету політології та права, академік Української академії історичних наук, академік АН ВШ України, академік Української академії політичних наук, доктор історичних наук, професор, заслужений діяч

науки і техніки України здійснив науковий аналіз правового становища профспілок в Українській державі 1918 р. Б. Андрусишин визначив тогочасні профспілки як провісників громадянського суспільства. На його думку, як у минулому, так і у сучасному державотворенні знову стоїть питання, як і за допомогою чого врівноважити полярні суспільні настрої, розробити і впровадити ефективний механізм гармонізації інтересів різних соціальних груп, баланс інтересів яких здійснює вирішальний вплив на розвиток держави, а у драматичні періоди історії – є загрозою чи гарантом самого її існування. Знову виникає питання, чому у людини так розбалансовані духовні і плотські начала, як об'єднати людей, відданих національним ідеалам, і людей, пріоритетом яких є задоволення насамперед соціальних потреб. Звертаючись до досвіду вітчизняного державотворення доби Української національно-демократичної революції і визвольних змагань 1917–1921 рр., важливо побачити у ньому не лише позитив, а й негатив. Очевидним є те, що запропонована соціально-економічна політика гетьмана П. Скоропадського не знайшла підтримки у тих, на кого вона була спрямована. Навпаки, вона викликала різке несприйняття її робітництвом. Отже, Б. Андрусишин доходить висновку, що проводити центристську політику умиротворення нації, виконувати роль стабілізуючої сили між антагоністичними суспільними групами держава може тоді, коли вона є достатньо сильною і має можливість схилити до соціального компромісу потенційно і фактично конфліктуючі сторони. Як показав подальший хід подій, такої сили в Українській державі у 1918 р. не було.

Завідувач відділу теорії держави і права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, академік НАПрН України НАТАЛІЯ ОНЩЕНКО, зосередивши більше уваги на сьогодні, розглянула взаємообумовленість державності, влади та національної правової системи. Вона констатувала, що складні економічні, політичні, соціальні процеси в сучасному суспільстві демонструють нагальну необхідність пошуку нових підходів до багатьох не вирішених проблем у право- та державотворенні. Зокрема, в центрі уваги юридичної науки сьогодні мають бути проблеми, пов'язані з забезпеченням державою не лише внутрішнього порядку і зовнішньої безпеки, а й відповідальності за цивілізоване життя громадян у власній державі. На її думку, правова система України має ґрунтуватися на праворозумінні як мірі свободи рівних суб'єктів, на принципі верховенства права. А органічна єдність національної державності та національної правової системи передбачає врахування під час реформаторської ходи одночасного оновлення і владних інститутів, окремих інститу-

цій держави, їх сутнісно нове демократичне наповнення, і реформування та удосконалення національної правової системи з метою її гармонізації та підвищення ефективності в умовах право- і державозмін.

Директор Науково-дослідного інституту інформатики і права НАПрН України, член-кореспондент НАПрН України, академік АН ВШ України, професор кафедри теорії та історії держави і права НПУ імені М. П. Драгоманова, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України Володимир Пилипчук у своєму виступі торкнувся системних проблем державотворення в Україні. Він зазначив, що Україні вдалося уникнути запровадження принципів державотворення, характерних для тоталітарних держав, а саме: абсолютної централізації влади; сакральності постаті правителя та неприпустимості його критики; перебування правителя над законом; віднесення усіх громадян до категорії слуг держави. Проте у процесі розбудови суверенної Української держави не вдалося уникнути низки системних проблем, які потребують подальшого вирішення: 1) нестабільність системи державного правління; 2) незбалансованість політичної системи держави; 3) проблеми розроблення та реалізації ефективної державної соціально-економічної політики; 4) системні прорахунки у сфері розбудови воєнної організації держави, які призвели до втрати контролю над частиною території України; 5) прорахунки з питань трансформації системи військової юстиції. На думку В. Пилипчука, подолання зазначених проблем потребує визначення таких основних пріоритетів: 1) захист національних інтересів в усіх сферах життєдіяльності людини, суспільства і держави; 2) проведення індустріалізації на основі інновацій та новітніх інформаційних технологій, розвитку штучного інтелекту, робототехніки, цифрової економіки та інших складових інформаційного суспільства; 3) здійснення політичної реформи; 4) подальшого розвитку складових сектору безпеки і оборони України.

Виступ завідувача кафедри політичних наук НПУ імені М. П. Драгоманова, академіка Української академії політичних наук, доктора політичних наук, професора, заслуженого працівника освіти України Ольги Бабкіної був присвячений аналізу феномену цивілізаційного вибору в контексті сучасних проблем національного розвитку України. Вона проаналізувала проблеми та ризики євроінтеграційної політики з точки зору політичного самовизначення, чинники, що перешкоджають демократичній модернізації України. О. Бабкіна дійшла висновку, що Україні сьогодні потрібно доповнити стратегію європейської інтеграції, яка є основним зовнішнім політичним фактором розвитку, внутрішньою політичною програмою розвитку країни. Водночас безсумнівним

є той факт, що трансформаційний процес в Україні, щоб бути реальним, успішним і конкретним, повинен дотримуватися проєвропейської орієнтації, прагнути відповідати стандартам та критеріям ЄС.

До питання про українську державність ХХ ст. звернувся у своєму виступі завідувач відділу історико-правових досліджень Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України Ігор Усенко. Він зауважив, що історія української державності не обмежується історією державотворчих процесів лише українського етносу. На його думку: “Ми спадкоємці всього того, що впродовж віків відбувалося на українській землі. І це стосується не лише включення у вітчизняний історичний дискурс давніх греків і прадавніх трипільців, а й оцінки досвіду державотворення стосовно близького до нас ХХ століття. Зокрема, вважаємо юридично та історично некоректним розглядати добу радянської української державності, як “втрачений час”, “період несвободи”, “іноземну окупацію” тощо”. Щодо правонаступництва І. Усенко обстоював думку, що Українська держава виросла з УРСР, та закликав взяти все найкраще з усіх етапів історії нашої державності.

Протилежну позицію з цього приводу (витоків української державності та правонаступництва) зайняв завідувач кафедри теорії та історії держави і права НПУ імені М. П. Драгоманова, кандидат юридичних наук, доцент Ростислав Огірко.

На його думку, курс української держави на повернення у європейську цивілізацію потребує фундаментального дослідження і переосмислення історії держави і права української нації та звільнення її від імперських спотворень. Р. Огірко нагадав, що у квітні 2010 р. Україна відзначала трьохсотліття “Пактів і конституцій...” 1710 р., а ця наукова конференція присвячена століттю відродження Української держави, а значить, – і століттю Конституції УНР. Р. Огірко наголосив, що обидві ці конституції подібні й екстремальними історичними умовами їх підготовки і прийняття та проблемами введення їх в дію, а оцінки їх історичної ролі до нині залишаються дискусійними як з погляду чистоти теорії права і теорії конституції, так і з позицій класики європейського конституціоналізму. З цих позицій “Пакти і конституції...” 1710 р. як перша кодифікована конституція в Європі започатковує модерний український конституціоналізм як окремий тип європейського конституціоналізму.

Джерела права та особливості системи права доби УНР визначила, проаналізувала і охарактеризувала вчений секретар Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, доктор юридичних наук, професор НАТАЛІЯ ПАРХОМЕНКО. Вона наголосила, що “результатом законо-



Науковці, викладачі, студенти – у науковому пошуку

давчої діяльності в УНР доби Центральної Ради було прийняття низки законодавчих актів, що мало вагоме значення та було важливим етапом українського конституціоналізму, оскільки вони стали основою майбутньої української законодавчої діяльності в період Гетьманату та Директорії”. Н. Пархоменко визначила особливості джерел права та системи права, а саме те, що “правові акти існували у різних формах: універсали, закони, накази, постанови, розпорядження та ін., які мали різну юридичну силу; до прийняття Конституції суб’єкти правотворчості та їх повноваження були визначені і Універсалом та звичайним законом; юридична техніка мала низький рівень, хоча процес законотворчості (стадії) був детально регульований; одночасно діяло російське законодавство та правові акти Української Центральної Ради”. Водночас доповідка зазначила достатньо високий рівень правової культури укладачів Конституції УНР, що підтверджується системним та демократичним характером викладу її (Конституції) положень.

Проголошення УНР як черговий етап відродження української державності розглянув у своєму виступі доктор історичних наук, професор, професор кафедри давньої та нової історії України Київського національного університету імені Тараса Шевченка Володимир Сергійчук. Він констатував, що на цьому етапі нагромадилася уже певна критична маса української революційної енергії, й наголосив, що Українські національні ради з’являються по всій території Російської імперії, включаючи Петроград, масово відроджується національна свідомість, масово створюються ради і створюється в Києві Українська Центральна Рада, що привело до початку відродження державницького життя.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 5 • 279-290

Політико-правове підґрунтя становлення помісної православної церкви в Україні розглянув і проаналізував крізь призму століття української визвольної боротьби та утвердження української державності (1917–1918 рр.) професор кафедри теорії та історії держави і права НПУ імені М. П. Драгоманова, старший науковий співробітник Інституту філософії імені Г. С. Сковороди НАН України, кандидат філософських наук, доцент Олег Бучма. Він зазначив, що відносини між державою і церквою в сучасній Україні окреслені чіткими правовими рамками соціально-демократичного устрою, де є всі можливості для створення Української Помісної Православної Церкви, та наголосив, що Україна є особливо багатою на досвід шляхів (трагічних і героїчних) боротьби за національне звільнення, будівництво держави і творення своєї Помісної Православної Церкви. На цих шляхах було випробувано: Центральну Раду, Гетьманат, Директорію, сподівання на допомогу зовнішніх сприянь (у минулому – 1917–20-ті рр. і нині – 1991–2017 рр.). О. Бучма констатував, що це завдання не було виконане повною мірою, а вирішити його (зокрема, створення Української Помісної Православної Церкви) може допомогти лише єдність кліру і мирян, що згуртують навколо себе справді національно-державницьку інтелігенцію.

До осмислення і визначення конфлікту інтерпретацій у тлумаченні поняття “соціальна революція” звернувся академік Української академії політичних наук, доктор політичних наук, професор, провідний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України Володимир Горбатенко.

Роль модернізації освіти в епоху глобалізації визначив професор Інституту вивчення освіти Опольського університету (м. Ополь, Польща), доктор філософських наук Мирослав Бак.

Загалом у рамках конференції працювало чотири панелі (Історії державно-правового розвитку на території сучасної України та у зарубіжних країнах; Української революції 1917–1921 рр. і відновлення української державності; Актуальних питань державотворення на сучасному етапі та Трибуна молодого вченого).

У цілому на пленарних та панельних засіданнях з доповідями і повідомленнями виступили провідні юристи-вчені і практики, політики та політологи, кращі представники професорсько-викладацького складу з провідних закладів вищої освіти України (Національної академії внутрішніх справ, Вінницького національного аграрного університету, Черкаського технічного університету, Черкаського державного технологічного університету, Хмельницького національного університету, Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Націо-

нальної академії управління, Київського національного університету театру, кіно і телебачення імені І. К. Карпенка-Карого, Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана, Рівненського гуманітарного університету, Київського національного університету біоресурсів і природокористування), наукових установ (Інституту держави і права ім. В. М. Корецького, Науково-дослідного інституту інформатики і права НАПрН України, Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса НАН України, Інституту законодавства Верховної Ради України). Було представлено шість міст України (Київ, Вінниця, Черкаси, Хмельницький, Харків, Рівне) та дві країни (Польща (Опольський університет), Палестина (університет Газа)). Всього 134 особи взяли участь у роботі конференції.

За результатами спільного засідання учасники конференції прийняли підсумковий документ, в якому рекомендують органам державної влади та їх посадовим особам, науковій спільноті, освітянам:

- теоретично (юридично, історично, філософськи, політологічно, економічно, педагогічно) визначити й обґрунтувати здобутки та прорахунки столітнього досвіду українського державотворення з метою його використання і врахування на сучасному етапі політико-правового реформування;

- активізувати науковий, культурний і моральний потенціал українських науковців та систематизувати знання, здобуті дослідниками у різних галузях юридичної науки, й експлікувати їх у правотворчій, правозастосовній та правовиховній процесі;

- спрямовувати діяльність держави, її органів і посадових осіб, громадських організацій та трудових колективів на подолання проявів таких негативних явищ, як правовий нігілізм, маргіналізація права, деформація правосвідомості тощо;

- прискорити розробку, прийняття та впровадження програм правової освіти і виховання;

- сприяти утвердженню і впровадженню ідейних засад українського конституціоналізму та інтеграції України в європейський та світовий політико-правовий простір;

- забезпечити оздоровлення національного правового середовища, відновлення довіри громадян до владних інститутів, запобігання проявам маніпулювання масовою та індивідуальною свідомістю, зниження порогу соціальної нерівності, боротьбу з корупцією тощо;

- вивчити і проаналізувати законодавство зарубіжних держав, історію й практику його творення і застосування та вдосконалювати вітчизняне законодавство з урахуванням світового досвіду;

- сприяти широкому громадському обговоренню проектів законів тощо, зокрема шляхом організації наукових конференцій, круглих столів;
 - забезпечувати належну наукову експертизу законопроектів шляхом залучення до її проведення як вітчизняних, так і зарубіжних фахівців;
 - враховувати наукові висновки щодо законопроектів, які вносяться на розгляд Верховної Ради України;
 - вживати заходи для реалізації національної ідеї в державотворчому процесі, підтримки української мови як державної, запобігання процесу її витіснення та сприяння збереженню культурної, мовної, релігійної самобутності національних меншин і корінних народів України;
 - законодавчо забезпечувати проукраїнськість суспільно-релігійної ситуації, сприяти Вселенському православному визнанню та утвердженню Української Помісної Православної Церкви;
 - вдосконалювати механізм забезпечення національної, інформаційної та духовної безпеки держави й суспільства, безпеки людини в інформаційній сфері;
 - вимагати від Міністерства освіти і науки України переведення курсів соціально-гуманітарного циклу (правознавство, політологія, релігієзнавство, соціологія, філософія та ін.) у закладах вищої освіти України до переліку обов'язкових навчальних дисциплін, адже саме вони й лише вони формують світогляд і загальну культуру особи (з її окремими складовими – політичною, правовою, економічною, духовною, інформаційною тощо) й уможливають успішне майбутнє для української держави і суспільства;
 - вимагати від Наукового комітету Національної ради з питань розвитку науки і технологій відхилення так званого удосконалення кваліфікаційних вимог, пов'язаних із оприлюдненням результатів наукових досліджень як такого, що спрямоване на нищення української соціально-гуманітарної науки, а отже, і руйнування української державності.
- Зважаючи на викладене вище, доходимо висновку, що Україна є особливо багатою на досвід шляхів (трагічних і героїчних) боротьби за національне звільнення та державотворення. Але це завдання не було виконане повною мірою. Вирішити його можна лише спільними зусиллями українського народу на чолі з національно-державницькою інтелігенцією, спираючись на багатовікову традицію українського державотворення і конституціоналізму. Відтак, варто єднатися та спільно діяти задля досягнення мети, визначеної Українською національно-демократичною революцією 1917–1921 рр.

ЮВІЛЯРИ

ЮВІЛЕЙ
ЧЛЕНА-КОРЕСПОНДЕНТА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
ЄВГЕНА ХАРИТОНОВА
(до 70-річчя від дня народження)



Євген Харитонов народився 17 травня 1948 р. у місті Кіровограді (нині – Кропивницький). У 1969–1974 рр. навчався на юридичному факультеті Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова, де залишився працювати і пройшов шлях від асистента до завідувача кафедри цивільного права і процесу цього ж закладу. З 1997 р. і дотепер – завідувач кафедри цивільного права Національного університету “Одеська юридична академія”.

У 1980 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему “Зобов’язання, що виникають внаслідок ведення справ без доручення, в радянському цивільному праві” (спеціальність 12.00.03). Вчене звання доцента присуджено в 1983 р. Дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук захистив у 1997 р. на тему “Рецепція римського приватного права (теоретичні та історико-правові аспекти)” (спеціальність 12.00.01). Вчене звання професора присвоєно у 1999 р. Обраний членом-кореспондентом Національної академії правових наук України у 2010 р.

Напрями наукових досліджень – теорія цивільного права, історія цивільного права, римське приватне право та його рецепція, адаптація цивільного права до приватного права Європи, IT-право.

Є автором понад 690 наукових та навчально-методичних праць, серед яких: “Історія приватного (цивільного) права Європи: Частина І. Виток” (1999), “Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар”

ПРАВО УКРАЇНИ • 2018 • № 5 • 291-293

(у співавторстві, 1999), “Історія приватного права Європи: Східна традиція”, “Гражданское право: Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство” (у співавторстві, 2000, 2002), “Гражданское право Украины” (у співавторстві, 2005), “Римське право” (у співавторстві, 2003, 2006, 2009), “Порівняльне право Європи. Основи порівняльного правознавства: Європейські традиції” (2002, 2006), “Вступ до цивільного права України” (2006), “Цивільні правовідносини” (у співавторстві, 2008), “Житлове право України” (у співавторстві, 2008), “Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Т. 3: Цивільно-правові науки. Приватне право” (у співавторстві, 2008, 2011 (російською мовою), 2013 (англійською мовою)), “Нариси теорії цивілістики (поняття та концепти)” (2008), “Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар” (у співавторстві, 2009), “Сімейне право України” (у співавторстві, 2010), “Цивільні правовідносини” (у співавторстві, 2011), “Цивільне право України” (у співавторстві, 2011), “Зобов’язальне право України” (у співавторстві, 2011), “Цивільне законодавство України (основні категорії, принципи та концепти)” (у співавторстві, 2012), “Основи римського приватного права” (2013, 2016), “Очерки сравнительного правоведения: традиции частного (гражданского) права в Европе” (у співавторстві, 2013), “Цивільне законодавство України” (у співавторстві, 2013), “Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України” (у співавторстві, 2013, 2017 (англійською мовою)), “Приватне право як концепт: пошук парадигми” (у співавторстві, 2014), “Україна-Європа: проблеми адаптації у галузі приватного права” (у співавторстві, 2016), “Цивільне право України” (2016), “Цивільне законодавство України в умовах адаптації до приватного права ЄС” (2016), “Україна-Європа: проблема адаптації у галузі приватного права” (2017), “ІТ-право: поняття і сутність” (у співавторстві, 2017), “ІТ-право: інформаційна безпека” (у співавторстві, 2017), “*Information security and IT law in conditions of integration processes*” (у співавторстві, 2017), “ІТ-право: теорія і практика” (у співавторстві, 2017), “Концепт приватного права в умовах інтеграційних процесів” (2017), “ІТ-право та інформаційна безпека” (у співавторстві, 2017).

Брав участь у підготовці проектів Житлового та Цивільного кодексів України та у проведенні наукової експертизи проекту Закону України “Про нотаріат”. У 1998 р. брав участь у Колоквіумі романістів Східної і Центральної Європи в Університеті “*La Sapienza*” (Рим, Італія). У 2001 р. був запрошений як лектор до Міжнародної школи римського права Цент-

ру дослідження правових систем Античності при Варшавському університеті (Варшава, Польща), а у 2008 р. – до Люблінського католицького університету (Люблін, Польща).

Був членом науково-консультативних рад при Верховному Суді України та Вищому господарському суді України. Є членом науково-консультативної ради при Верховному Суді України. Заступник голови спеціалізованої вченої ради Д 41.086.03 у Національному університеті “Одеська юридична академія”.

Заступник редактора науково-практичного журналу “Часопис цивілістики”, член редакційних колегій таких наукових видань: “Право України”, “Юридичний вісник”, “Держава і право”, “Актуальні проблеми держави і права”, “Актуальні проблеми політики”, “Наукові праці Національного університету ‘Одеська юридична академія’”, “Університетські наукові записки Хмельницького університету управління та права”, “Науковий вісник Південного регіонального центру НАПрН України”, “*Lege e Vita*”.

Під керівництвом Є. Харитонова захистилося близько 80 кандидатів наук, він є консультантом по 6 докторських дисертаціях, які успішно захищені.

Творча і педагогічна праця Є. Харитонова відзначена низкою нагород. Так, у 2003 р. йому присуджено почесне звання “Заслужений діяч науки і техніки України”, у 1997 р. нагороджений знаком “Відмінник освіти України”, має також низку відомчих відзнак. Євген Олегович є Лауреатом III, IV та VI Всеукраїнських конкурсів на краще юридичне видання (2000, 2001, 2006).

Рада почесних членів HONORIS CAUSA та Редакційна рада юридичного журналу “Право України” щиро вітають шановного Євгена Харитонова з ювілейною датою та бажають ювіляру доброго здоров’я, творчої наснаги та подальших наукових здобутків на благо розвитку правничої науки й освіти України!

ЮВІЛЕЙ
ЧЛЕНА-КОРЕСПОНДЕНТА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ НАУК УКРАЇНИ
ВОЛОДИМИРА ШАПОВАЛА
(до 70-річчя від дня народження)



Володимир Шаповал народився 25 травня 1948 р. у м. Києві. У 1970 р. закінчив юридичний факультет Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині – Київський національний університет імені Тараса Шевченка). У 1974 р. закінчив аспірантуру Інституту держави і права ім. В. М. Корецького АН УРСР, де працював протягом 1974–1976 рр. на посаді молодшого наукового співробітника. З 1976 р. по 1985 р. працював у Київській вищій школі МВС СРСР (нині – Національна академія внутрішніх справ) на посадах викладача, старшого викладача, доцента кафедри державно-правових дисциплін. З 1986 р. по 1996 р. – у Київському державному університеті ім. Т. Г. Шевченка (нині – Київський національний університет імені Тараса Шевченка) на посадах доцента, професора кафедри конституційного і адміністративного права, завідувача кафедри прав людини. З 1996 р. – суддя Конституційного Суду України, а з 2002 р. по 2005 р. – заступник Голови Конституційного Суду України. З 2005 р. по 2007 р. – постійний представник Президента України в Конституційному Суді України. У 2007–2013 рр. – Голова Центральної виборчої комісії України.

У 1975 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему “Розвиток соціального законодавства в країнах Східної Африки” (спеціальність 12.00.02), у 1992 р. – дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему “Британська конституція: політико-правовий аналіз” (спеціальність 12.00.02). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1992 р. Вчене звання професора присвоєно у 1993 р.

Напрями наукової діяльності – теорія держави і права, конституційне право. Опублікував понад 300 наукових та навчально-методичних праць, серед яких: “Конституційне право зарубіжних країн” (усього десять видань), “Британская конституция (политико-правовой анализ)” (1991), “Зарубіжний парламентаризм” (1993), “Вищі органи сучасної держави” (1995), “Конституційні системи країн світу” (1997), “Державний лад країн світу” (1999), “Парламентаризм і законодавчий процес в Україні” (у співавторстві, 2000), “Державотворення і правотворення в Україні” (у співавторстві, 2001), “Україна: права людини у перехідний період” (у співавторстві, 2001), “Виконавча влада і адміністративне право” (у співавторстві, 2002), “Конституція і виконавча влада” (2004), “Історія Основного Закону: конституційний процес в Україні у 1990–1996 рр.” (2011), “Правове забезпечення державного суверенітету України” (у співавторстві, 2012), “Історія Конституції України” (у співавторстві, 2012), “Політико-правова категорія народного представництва: питання теорії” (2013), “Конституционное преобразование в Украине: история, теория и практика” (у співавторстві, 2013), “Основи теорії парламентаризму” (2016), “Феномен конституційного права” (2017).

У різні роки був у складі робочої групи Конституційної комісії (1995–1996) з підготовки проекту чинної Конституції України, членом робочої групи, створеної Київською міською радою для підготовки проекту Закону України “Про столицю”, членом Науково-консультативної ради при Верховному Суді України, Комітету законодавчих ініціатив при Президентові України тощо.

Член Ради почесних членів HONORIS CAUSA юридичного журналу “Право України”, член редакційних колегій низки інших наукових видань.

Заслужений юрист України (1998). Повний кавалер ордена “За заслуги” (1996, 2001, 2006). Нагороджений орденом князя Ярослава Мудрого V, IV, III ступенів (2008, 2011, 2013), Почесною грамотою Верховної Ради України (2002), Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2003).

Рада почесних членів HONORIS CAUSA та Редакційна рада юридичного журналу “Право України” вітають шановного Володимира Шаповала з 70-річним ювілеєм та бажають йому доброго здоров’я, благополуччя, невичерпної енергії, творчого натхнення й усіляких життєвих гараздів!

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

“ПРАВО УКРАЇНИ”

5
2018

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красненко*
Комп’ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 26.06.2018. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 24,05. Обл.-вид. арк. 19,79.
Зам. 0924-1548. Ціна договірна.

АДРЕСА РЕДАКЦІЇ:
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),
+380(44) 537-51-10 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Виготовлено в друкарні
ТОВ «Видавничий Дім «АртеК»
Україна, 04050, м. Київ, вул. Мельникова, 63,
тел. +380(67) 440-11-37
artek.press@ukr.net
www.artek.press
www.book-on-demand.com.ua

Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 4779 від 15.10.2014 р