

АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ
ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 8

2009

УДК 346.26 (477) (082)
ББК 67.9 (Укр) 404 я 43
П 75

Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 8, 2009 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України, 2009. – 192 с.

Всебічно аналізуються та узагальнюються теоретико-методологічні підходи до розуміння приватного права в умовах правової держави, розкриваються актуальні питання цивільного права та цивільного процесу. Значна увага приділяється питанням розвитку права інтелектуальної власності, розглядаються проблеми сучасного житлового права. Досліджуються проблеми правового регулювання підприємницької діяльності. Суттєва увага приділяється проблемам міжнародного приватного права.

Для вчених-правознавців, викладачів, докторантів, працівників державної влади та місцевого самоврядування, усіх, хто цікавиться розвитком наукової думки в юридичній галузі.

Рекомендовано до друку вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПрН України (протокол № 1 від 28 січня 2009 р.)

Редакційна колегія:

О. Д. Крупчан (головний редактор),
М. К. Галянтич (заст. гол. редактора), О. В. Дзера, А. С. Довгерт,
В. А. Васильєва, О. М. Вінник, І. М. Кучеренко, В. В. Комаров,
В. В. Костицький, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць, В. М. Махінчук,
Н. М. Мироненко, Р. А. Майданик, Я. М. Шевченко,
В. С. Щербина, І. А. Янчук

Постановою Президії ВАК від 15 грудня 2004 року № 3-05/11 збірник наукових праць «Приватне право і підприємництво» Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Академії правових наук України внесено до переліку фахових видань з юридичних наук.

Розповсюдження та тиражування без офіційного дозволу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва АПрН України забороняється.

За достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах, несуть відповідальність автори.

Надруковані в інших виданнях матеріали до розгляду не приймаються.

У передрукованих публікаціях посилання на «Приватне право і підприємництво» обов'язкове.

Адреса редколегії: 01042, Київ, вул. М. Раєвського, 23-А.

© Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України, 2009
© Автори статей

З М І С Т

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА В УМОВАХ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ

Крупчан О. Д. Цивільно-правовий статус людини як вищої соціальної цінності.....	3
Довгерт А. С. Втілення правових ідей у сфері особистого немайнового права в новий ЦК України (до п'ятої річниці ЦК України).....	11
Стефанчук Р. О. Цивільний кодекс України: робота над помилками (до п'ятої річниці набрання чинності Цивільним кодексом України).....	17
Скрипнюк О. В. Шляхи розвитку громадянського суспільства в Україні на зламі тисячоліть: конституційно-правова ретроспектива.....	19
Янчук І. А. Лінгвістична складова приватного права: способи реалізації одного значення.....	25

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Гриняк А. Б. Спільна сумісна власність фізичних осіб: окремі питання виникнення та припинення.....	29
Саракун І. Б. Перспективи правового забезпечення здійснення корпоративних прав.....	32
Лапечук П. І., Попович Т. Г. Деякі питання правового регулювання охорони та захисту майнових прав у сфері охорони довкілля в Україні.....	35
Хашівська Н. В. Особливості правового регулювання строків виконання цивільних обов'язків у договорах про передання майна у тимчасове користування.....	38
Кузьмич О. Я. Юридична природа договору на користь третьої особи.....	42
Шаркова Г. Ю. До питання щодо визначення поняття договору консалтингу.....	46
Первомайський О. О. Деякі питання цивільно-правової відповідальності територіальних публічно-правових утворень.....	49
Блащук Т. В. Особливості участі юридичних осіб публічного права у цивільних відносинах.....	51
Махінчук В. М. Дуалізм приватного права: до постановки питання.....	56
Спасибо І. А. Прояв та значення волі для набуття права власності.....	59
Зозуляк О. І. Обмеження дієздатності юридичної особи.....	61
Романович С. М. Розвиток правового регулювання відносин спільної часткової власності фізичних осіб в Україні.....	64
Корнієнко Ю. І. Цивільно-правовий аспект іпотечних правовідносин.....	68
Нагнибіда В. І. Проблеми формування сучасної моделі сервітутних прав в Україні в контексті досвіду європейських країн.....	70
Кройтор В. А. Незалежність суддів та їх підкорення лише законові як принцип цивільного судочинства	73
Бобрик В. І. Вимоги, за якими може бути видано судовий наказ за Цивільним процесуальним кодексом України: сьогодення і перспективи.....	78
Сліпченко О. І. Судові експертизи та їх особливості в цивільному судочинстві, і зокрема, в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди.....	83
Перепелюк В. Г. Доцільність передачі спорів «держава проти особи» із компетенції адміністративних судів до підвідомчості публічної адміністрації.....	86
Бичкова С. С. Визначення складу осіб, які беруть участь у деяких справах, що можуть розглядатися в порядку окремого провадження.....	89
Гарієвська М. Б. До питання про дискреційні повноваження суду у процесі доказування.....	93

ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Мироненко Н. М. Суб'єкти суміжних прав: проблеми удосконалення правового статусу.....	97
Берестова І. Е. Судовий захист особистих немайнових прав інтелектуальної власності творців.....	102
Штефан О. О. Проблеми правового статусу суб'єктів «службового» твору.....	105
Крупчан О. О. Міжнародно-правові механізми охорони і захисту авторських прав.....	109
Соловійова В. В. Договір на створення на замовлення об'єкта права інтелектуальної власності.....	111
Закорецька Л. О. Власник як суб'єкт права інтелектуальної власності на торговельну марку за законодавством України та Німеччини: порівняльний аналіз.....	114
Закорецька Г. В. Майнові права інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію: актуальні проблеми.....	117

ЖИТЛОВІ ПРАВА В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Галянтич М. К. Проблеми колізії нормативних актів у житловій сфері.....	121
Тилик Т. М. Основні категорії житлових спорів, що розглядаються в судовому порядку.....	123
Білоцький О.В. Сервітутне право користування житлом за договором.....	126
Хімич С. П. Проблеми проведення державної реєстрації прав на нерухоме майно за законодавством України	129

ПІДПРИЄМНИЦЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ: ПРОБЛЕМИ УПРАВЛІННЯ ТА РЕГУЛЮВАННЯ

Кампо В. М., Ковтунець В. В., Крупчан О. Д., Соколова В. В. Легальне підприємництво як фундаментальна основа конституційного ладу України.....	133
Безух О. В. Мета правового регулювання та її реалізація у забезпеченні економічної конкуренції.....	139
Сергійко О. В. Участь малого підприємництва в підготовці нормативно-правових актів.....	142
Скачко Д. П. Валютна пеня як засіб підтримання правового господарського порядку: основні закономірності застосування.....	145
Короленко В. М. Право працівників на участь в управлінні акціонерним товариством.....	148

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО: РОЗВИТОК, ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ, ГАРМОНІЗАЦІЯ

Рабінович С. П. Гармонізація права України з правом Євросоюзу у контексті проблеми балансування пріоритетів національної правової політики.....	152
Капіца Ю. М. Міжнародно-правове регулювання у сфері трансферу технологій та національні пріоритети: проблеми співвідношення.....	155
Бірюков О. М. Транскордонні банкрутства у міжнародному приватному праві.....	160
Бондаренко-Зелінська Н. Л. Запровадження альтернативних способів врегулювання спорів: європейський досвід для України.....	162
Король В. І. Правовий режим пільгового оподаткування при реалізації економічної політики Китаю.....	165
Гринько С. Д. Загальні засади деліктного права Франції, Німеччини та України: порівняльно-правовий аналіз	169
Новосельцев І. І. Аналіз транскордонної неплатоспроможності кредитної установи.....	173
Молодик К. Ю. Банківські послуги: проблеми визначення та імплементації стандартів ЄС.....	176
Шупінська О. В. Речові права у сфері міжнародного приватного права України та Росії: процесуальні та колізійні аспекти.....	180
Солтис Н. Б. Гармонізація норм вітчизняного спадкового права до норм європейського права.....	183
Черних Ю. С. Інвестиційний арбітраж: на перетині міжнародно-правового публічного та приватного регулювання.....	187
Задорожна С. Ф. Перспективи запровадження примирної процедури (медіації) в Україні.....	189

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ЛЮДИНИ ЯК ВИЩОЇ СОЦІАЛЬНОЇ ЦІННОСТІ

Крупчан О. Д.,

член-кореспондент АПрН України,

директор НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

Цивільний Кодекс України органічно увібрив у себе всі основні положення щодо ролі та значення людини у суспільному житті держави і суспільства, передбачені Загальною декларацією прав людини (далі – Декларація) [4]. Найбільш повно положення Декларації втілені у книзі другій та третій ЦК України «Особисті немайнові права фізичних осіб» та, відповідно, «Право власності та інші речові права».

У рамках цієї статті вважається за доцільне дослідити особливості цивільно-правового статусу людини в Україні з огляду на відповідність положень новітнього цивільного та цивільного процесуального законодавства України й Декларації.

Людина як вища соціальна цінність. Розпочати дослідження цивільно-правового статусу людини вбачається за доцільне із визначення самого розуміння людини як первісної категорії у розумінні понять «особа» та «особистість». Окремі науковці доходять висновку про те, що під поняттям «людина» слід розуміти істоту, котра хоч і є найбільш відомою сама собі у своїй емпіричній фактичності, водночас є і найбільш важко вловимою у своїй сутності засобами звичайного нормального дефінування [1]. При цьому, як зазначають вказані автори, ще не сформовано єдиної науки про людину (людинознавства), котра б запропонувала універсальне поняття людини, натомість кожна наука чи певна її галузь залежно від досліджуваного нею предмета може пропонувати своє розуміння людини чи її аспекти.

Це призвело до того, що, на жаль, жодна із сучасних наук не відображала повністю сутності значення поняття людини. Теологи, вчені, політики, соціологи, біологи, психологи, етнологи, економісти – всі підлодили до проблеми з власної точки зору [2, с. 22]. Але на початку ХХІ ст. почався новий процес пізнання людини та її сутності. Одним із таких новаційних філософських підходів, який полягає в тому, що людина починає розглядатися як проблема, є формування уявлення про людину.

Слід зауважити, що у філософії існує чимало підходів до проблеми людини, аналізуючи які, можна дійти висновку, що у найбільш загальному сенсі під поняттям «людина» потрібно розуміти певний результат розвитку природи, етап та форму цього розвитку [3]. Але крім етапу та форми розвитку людина є істотою не лише біологічною, а й соціальною, вона перебуває у складній системі відносин з іншими людьми, усвідомлює та акумулює в собі дійсність, що її оточує, здатна змінювати чи, принаймні, впливати на неї. А це означає, що сутність людини природно-суспільна, вона є складною біосоціальною структурою, яка виступає та функціонує у єдності двох начал [2, с. 23].

І це ще не все. Останнім часом все частіше у доктринальній літературі домінує думка, що наявність вказаних складових загального поняття людини є необхідною, але недостатньою. Природа людини, згідно з цією думкою, повинна включати ще одну, надзвичайно

важливу складову – юридичну. Так, на думку французького науковця Ж. Карбоньє, людина є розумною юридичною істотою, тобто Homo Juridicus, оскільки лише вона одна з-поміж інших живих істот наділена здатністю створювати норми та дотримуватись їх, приймати рішення та підпорядковуватись їм [5]. Більшість вчених підтримала позицію, що людина наділена правовими почуттями, природними правами та свободами, може сприймати юридичну справедливість та несправедливість. Крім того, людина міцно детермінована правовою системою, пов'язана з нею тисячею зв'язків – вертикальних та горизонтальних, що й визначає її правові якості.

Поняття «людина» вживалося ще у Конституції Пилипа Орлика. Воно активно переходило із конституції в конституцію, з декларації у декларацію, внаслідок чого стало універсальним, в першу чергу в конституційному праві, проте з часом це поняття з'являється й у інших національних галузях права, зокрема цивільному.

Визнання людини вищою соціальною цінністю має не лише виключне корпоративне значення. Воно на сьогодні справедливо вважається одним із основних (базових) принципів правового статусу людини, а також, що важливо та підкреслюється у науковій літературі, визначає зміст та структуру другого розділу Конституції України, який присвячено правам і свободам людини та громадянина, а також визначається як орієнтир у подальшому вдосконаленні правового статусу особистості, демократизації соціальних процесів на концептуальній основі [6].

Усвідомлення людини вищою соціальною цінністю, в першу чергу, залежить від того, що ж ми вкладаємо в поняття «цінність».

Так, на думку К. Лисовенка, висловлену у його книзі «Людина і світ її цінностей» цінність – це поняття, що закріплює у свідомості суспільно-необхідний спосіб буття та виражає позитивну значимість природних і соціальних явищ для існування і прогресивного розвитку суспільства, об'єктивно необхідних для задоволення потреб і забезпечення функціонування та діяльності кожної людини. Автор монографії «Ціннісний підхід у системі соціологічного знання» А. Ручка, узагальнюючи розмаїття дефініцій категорії «цінність», виділяє кілька груп, визначень, що відповідають баченню явища цінності під різними кутами зору. Ці визначення:

– роблять наголос на здатності речей, явищ, процесів, ідей, ідеалів тощо виступати засобом задоволення потреб і інтересів людей, служити суспільному прогресу і всебічному розвитку особистості;

– акцентують увагу на значимості речей, явищ, ідей, важливих для життєдіяльності соціальних суб'єктів;

– наголошують на цінності як специфічній формі прояву відносин між суб'єктом і об'єктом стосовно задоволення потреб і інтересів суб'єкта;

– підкреслюють сутність цінностей як специфічних

утворень загальної чи індивідуальної свідомості, що виступають у його структурі узагальненими уявленнями про прийнятні блага і можливі способи їх одержання, ідеальними критеріями оцінки й орієнтації особистості у суспільстві [7].

Отже, розглядаючи людину як найвищу соціальну цінність, необхідно погодитись з тим, що **цінність – це суттєве, значиме для людини (соціальної спільності) в предметному та ідеальному світі для задоволення потреб людей.**

У сучасній Україні проголошено пріоритетність загальнолюдських цінностей над цінностями груповими, насамперед класовими, тому що без цього не може бути подальшого успішного розвитку як України в цілому, так і народів, що її населяють. З огляду ієрархій, тобто розташування цінностей відповідно до тієї ролі, яку вони відіграють у житті суспільства і людини, виділяють три групи цінностей. По-перше, це цінності, що мають другорядне значення для людини і суспільства. Без них нормальне функціонування суспільства і людини не порушується. За аналогією з третьою групою ці цінності можна назвати нижчими. По-друге, цінності повсякденного попиту і повсякденного побуту. До цієї групи належить більшість матеріальних і духовних цінностей. Вони включають у себе все необхідне для нормального задоволення матеріальних і духовних потреб людини, без чого суспільство не може функціонувати і розвиватися. І, по-третє, вищі цінності. Вони вінчають складну і багатоярусну систему цінностей і відображають фундаментальні відносини і потреби людей.

Існування вищих цінностей завжди пов'язане з виходом за межі приватного життя людини. Вищі цінності свідчать про те, що немає вищої цінності, ніж сама людина, ніж те, чим визначається її власне життя, з чим нерозривно пов'язана її доля. Ось чому вищі цінності, як правило, носять загальнолюдський характер. Вони – це частина матеріальних, духовних і соціально-політичних цінностей, які, як правило, мають загальнонародне і загальнолюдське значення – мир, життя людства, цінності суспільного устрою, уявлення про справедливість, свободу, права й обов'язки людей, дружба, любов, довіра, родинні зв'язки, цінності діяльності (праця, творчість, творення, пізнання істини), цінності самозбереження (життя, здоров'я), цінності самоствердження і самореалізації, цінності, що характеризують вибір особистих якостей – чесність, хоробрість, вірність, справедливість, доброта і т. д. До вищих соціально-політичних цінностей належать патріотизм, захист Батьківщини, військовий обов'язок, військова честь та інші, що мають загальнонародний, традиційний характер.

Отже, розкривши особливості людини як найвищої цінності та зупинившись на структурі цінностей в Україні, *перейдемо до дослідження цивільно-правового статусу особи (людини)* відповідно до Цивільного кодексу України та у співвідношенні із Загальною Декларацією прав людини.

Поняття фізичної особи рівнозначно поняттю людина. Людина є індивід – фізична (біологічна) істота, якій притаманна вища форма розвитку психіки –

свідомість. Так як людина – це соціальна істота, яка не може бути незалежною від суспільства, то вона діє і як особа, як суб'єкт цивільно-правових відносин. Це відображено в ст. 6 Декларації, де зазначається, *що кожна людина, де б вона не перебувала, має право на визнання її правосуб'єктності. Вона член «людської сім'ї», під якою розуміється всесвітня, єдина людська сім'я.* На цьому базується сучасне вчення про природні і невід'ємні права людини, а також практика спілкування держав, яка отримує своє закріплення у відповідних міжнародно-правових документах і національному законодавстві держав. У ст. 24 ЦК України передбачено, що людина як учасник цивільних відносин вважається фізичною особою.

Щоб мати можливість брати участь у цих відносинах, закон наділяє фізичних осіб цивільною правосуб'єктністю. З теоретико-правової точки зору під правосуб'єктністю розуміється можливість того чи іншого суб'єкта бути учасником правовідносини, тобто здатність бути суб'єктом права.

Правоздатність фізичної особи виступає складовою частиною правосуб'єктності. Така здатність визнається за всіма фізичними особами України і виникає в момент народження особи та припиняється в момент її смерті. Тобто, правоздатність – це невід'ємна властивість кожної фізичної особи, яка є правоздатною протягом всього свого життя незалежно від віку та стану здоров'я. Отже, з моменту народження, за загальним правилом, і починається цивільно-правовий статус фізичної особи, який триває протягом усього життя та припиняється у момент смерті фізичної особи.

Однак з цього правила існують деякі винятки. Інколи цивільні права виникають у особи, яка ще не народилася, хоча в такому випадку і не можна говорити про правосуб'єктність, але законодавець робить спеціальне застереження.

Так, відповідно до ст. 1261 ЦК України у першу чергу право на спадкування за законом мають діти спадкодавця, у тому числі зачаті за життя спадкодавця та народжені після його смерті, той з подружжя, який його пережив, та батьки. Тобто у випадку, якщо момент смерті фізичної особи залишається зачатая за життя спадкодавця дитина, яка ще не народилася, час прийняття спадщини триває до моменту народження цієї дитини, оскільки ст. 1222 ЦК України чітко зазначає, що спадкоємцем може бути лише особа, що була зачатою за життя спадкодавця *та народжена живою після відкриття спадщини*, а ст. 1298 ЦК України вказує, що видача свідоцтва про право на спадщину та розподіл спадщини можливі лише після народження зачатої дитини. Отже, хоча в такому випадку існує ще тільки зародок, але у правовому полі на нього вже поширюються цивільні права та обов'язки, які починають діяти з моменту його народження.

Право на життя, як суб'єктивне цивільне право, виникає у фізичної особи з моменту народження. Чинне законодавство не дає нам чіткого визначення поняття «народження» як моменту, з якого у особи виникає право на життя. Ускладнюється питання і тим, як правильно зазначається в літературі, що поняття «народження» може мати кілька значень: 1) процес

народження; 2) результат народження – поява дитини [8]. З огляду на такі види слід погодитись із думкою сучасного вченого-цивіліста Р. О. Стефанчука, який вважає, що саме для цивільного права юридично значимим є не стільки процес народження, скільки сам факт народження [2, с. 282].

Право на життя в цивільному праві реалізується через правосуб'єктність його носія, тобто через два основних повноваження: **благоволодіння життям** – конкретна особа може бути визнана носієм даного особистого немайнового блага життя, а також **благовикористання**, яке зводиться до того, що фізична особа, як носій даного блага, має право використовувати його для задоволення власних інтересів у будь-який спосіб, не заборонений законом [9].

Тісно пов'язане із правом на життя – право на охорону здоров'я. Правова регламентація можливостей у сфері власного здоров'я фізичної особи на сьогодні визначається закріпленням низки прав у сфері охорони здоров'я, зокрема, право на усунення небезпеки, яка загрожує здоров'ю (ст. 282 ЦК України), право на охорону здоров'я (ст. 83 ЦК України), право на медичну допомогу (ст. 284 ЦК України), право на інформацію про стан свого здоров'я (ст. 285 ЦК України), право на таємницю про стан свого здоров'я (ст. 286 ЦК України) – в цілому така регламентація майже повністю дублює відповідні положення ст. 49 Конституції України або положення іншого законодавства.

Закріплення в Конституції України демократичного напрямку розвитку політичної системи й проголошення України правовою державою передбачає, що українська спільнота нині перебуває лише на межі перетворення на громадянське суспільство, однією з важливих рис якого є загальна повага до приватного життя людини. Про те, що її рівень в сучасному українському суспільстві ще є недостатнім, свідчать численні неправомірні втручання в сферу особистого життя («касетні» скандали, публікації приватних паперів, фотографій і подробиць інтимного життя осіб без їх дозволу, свавільні проникнення в житло тощо).

Забезпечити ефективність правового механізму охорони особистого життя можна лише тоді, коли межі особистого життя будуть чітко визначеними. Оскільки, як вже вказувалося вище, за допомогою соціологічної науки це зробити неможливо, ми пропонуємо провести розмежування між особистим і суспільним життям лише для потреб юридичної практики, і таке розмежування нам вбачається можливим за ознакою (елементом) публічності. Ознака публічності притаманна всім тим явищам, обставинам, подіям життя людини, які стосуються інтересів суспільства і охороняються різноманітними його інституціями. Тому, якщо певна обставина чи, скажімо, життєва ситуація, хоч і розуміється людиною як прояв її особистого життя, але зачіпає інтереси суспільства (наприклад, сімейна сварка з бійкою або порушення спокою в квартирі багатоквартирного будинку), то вона в юридичному аспекті розглядається як частина суспільного життя, і в такому випадку можливі сторонні втручання в цю сферу.

Подібний підхід вже був запропонований у право-

вій літературі Р. О. Стефанчуком, який визначив особисте життя як поведінку особи поза межами виконання будь-яких суспільних обов'язків, тобто життєдіяльність людини в сфері сімейних, побутових, особистих, інтимних та інших стосунків, звільнених від «тягаря суспільних інтересів» [10]. Проте автор не називає обов'язки, які слід вважати суспільними. Не визначає їх також законодавство і юридична наука, а тому, на нашу думку, визначити особисте життя на основі вказаної ознаки (виконання суспільних обов'язків) чітко не можна.

Необхідно мати на увазі, що деякі прояви особистого життя виходять за його межі і стосуються суспільної діяльності (роботи, навчання та інше), тобто вони мають елемент публічності, але внаслідок їхнього виключного значення для особистості, тісного зв'язку з нею, переважання в них приватного змісту над публічним розглядаються законодавцем як частина особистого життя. Так, спілкування між людьми за допомогою обміну листами (листування), телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції може мати як приватний, так і публічний зміст, але, зазвичай, розрізнити це чітко неможливо, оскільки одна і та сама розмова може одночасно торкатися як особистої, так і суспільної сфер життєдіяльності людини, проте незалежно від змісту підлягає правовій охороні, навіть у гарантуванні таємниці цих форм спілкування (ст. 31 Конституції України і ст. 306 ЦК України).

Отже, на основі вищевикладеного можна стверджувати, що поняття «особисте життя» має величезний обсяг і відповідно до вольового підходу є відносним стосовно кожної людини. Саме тому Європейський Суд з прав людини, розглядаючи справу Даджен проти Північної Ірландії, дійшов висновку про неможливість і недоцільність вичерпного визначення поняття «приватне життя» [11]. Подібні погляди висловлювалися і в спеціальній літературі радянського періоду [12], але твердження про неможливість визначення вказаного поняття не може наразі вважатися достатнім для потреб української юридичної практики, яка ґрунтується на чітких і конкретних нормах законодавства, а це вимагає розроблення даного поняття юридичною наукою.

Характеризуючи зміст феномена особистого життя, не можна замовчати і той факт, що загальноприйнятим на сьогодні в соціології є виділення в структурі особистого життя двох великих груп відносин, зв'язків і явищ, які отримали назву інтимного і сімейного життя. Виділення цих складових частин особистого життя має вплив і на правові норми, а тому обов'язково слід розглянути їх сутність.

Інтимне життя – це вузьке поняття, що характеризує найбільш особистісні відносини людини і події її приватного життя, у зв'язку з чим особа намагається максимально обмежити доступ до інформації про ці відносини і події. Слово «інтимний» (походить від лат. слова *intimus* – найглибший, таємний) означає: глибоко особистий, внутрішній, близький [13], тому інтимне життя являє собою ніби особисте в особистому. Воно становить найглибші шари особистого життя людини. По відношенню одне до одного особисте й інтимне життя виступають відповідно як родові і видові поняття

тя, тому не всі прояви особистого життя є інтимними. У спеціальній літературі під інтимним життям розуміють найбільш таємне, затаєне, суто особисте у відносинах між людьми [14].

Для визначення сутності сімейного життя вирішальне значення має поняття сім'ї, яке вживається у філософському, соціологічному, спеціально-правовому, психологічному, статистичному та інших значеннях. У філософському значенні сім'я – це заснована на шлюбі або кровному спорідненні невелика група людей, члени якої пов'язані спільністю побуту, взаємною моральною відповідальністю і взаємодопомогою [15].

Сімейне життя є ніби спільною частиною особистого життя кожного із членів сім'ї. Якщо особи постійно не проживають разом, але перебувають у зареєстрованому шлюбі, тобто коли сім'я фактично розпалась, а юридично продовжує існувати, мова не може йти про сімейне життя. Особистісні елементи в такому випадку необхідно розглядати з соціологічної і юридичної точок зору лише як прояви особистого (без сімейного) життя кожного з такого подружжя. До поняття сімейного життя також не входять особисті родинні відносини між особами (родичами), які не проживають разом.

Таким чином, *сімейне життя* – це сфера особистого життя осіб, що утворюють сім'ю, в якій задовольняються їхні спільні приватні інтереси.

Ще одним терміном, сутність і сферу застосування якого ми вважаємо за необхідне розглянути, є «приватність» або «прайвесі», що останнім часом нерідко трапляється в друкованих виданнях правозахисних організацій та українсько-російськомовному інформаційному просторі комп'ютерної мережі Інтернет і впевнено входить до системи української правничої термінології. Поява цього терміна пов'язана з намаганням здійснити більш адекватний переклад англійського слова «privacy», що вживається в текстах міжнародно-правових актів англійською мовою та джерелах права англословних країн. «Privacy» у буквальному перекладі означає: усамітнення, зберігання в таємниці, особиста справа [16].

Оскільки для української юридичної науки поняття приватності є новим, ми вважаємо за необхідне звернутися до досвіду країн, де приватність на сьогодні стала загальнообов'язковою нормою, правилом повсякденного життя і правової дійсності. Найбільш показовою країною в цьому відношенні є США. Ще в 1890 році американські юристи С. Уоррен і Л. Брандейз сформулювали концепцію приватності, як права особи бути залишеною у спокої, та наголошували, що приватність – найцінніша з демократичних свобод [17]. Поняття приватності не можна ототожнювати з поняттям особистого життя, але, безперечно, ці поняття за своїм змістом близькі. *Приватність необхідно розуміти як безпеку, недоторканність особистого життя, інтерес людини щодо збереження в таємниці відомостей про її особу та обставини її особистого життя і одночасно можливість визначати, яку інформацію про особисте життя можна або слід розголошувати.*

Поняття приватності вказує більше не на межу особистого життя, а на межу дозволеного втручання в цю сферу.

Таким чином, на основі аналізу наявних в літературі позицій щодо розуміння особистого життя, розгляду його суті, змісту та зв'язку з правом можна визначити такі основні ознаки особистого життя, які характеризують юридичний аспект його поняття:

- це особлива частина приватної сфери людської життєдіяльності;
- його зміст і наповнення визначає сама людина на основі соціальних детермінант;
- воно включає в себе різноманітні прояви поведінки людини на основі її світогляду, які не мають публічного значення;
- особисте життя регулюється людиною на власний розсуд;
- право не регулює відносини в особистому житті, але охороняє його від неправомірних втручань;
- особисте життя є особистим немайновим благом, що гарантується кожній людині.

До цивільно-правового статусу фізичної особи входить інститут охорони особистого життя, закріплений Декларацією (ст. 12) та ЦК України. Окрім норм, які закріплюють право на особисте і сімейне життя, є також норми, що містять положення про деякі інші особисті немайнові права, об'єктами яких є окремі прояви особистого життя, які, кінець кінцем, формують комплекс суб'єктивних прав фізичної особи і загалом – її цивільно-правовий статус. Це такі права: право на індивідуальність (ст. 300); право на власне зображення (ст. 307 – 308); право на особисті документи (ст. 303 – 305); право на таємницю кореспонденції (ст. 306); право на недоторканність житла (ст. 311 ЦК України).

Першим слід розглянути **право на індивідуальність**. Це право є новим для української цивілістики, хоча перші наукові розробки з цього приводу здійснювалися ще на початку ХХ ст. Назване право є самостійним цивільним суб'єктивним правом. Його об'єктом виступає індивідуальність (від лат. *individuum* – неподільне), під якою в сучасній українській мові розуміють сукупність психічних властивостей, характерних рис і досвіду кожної особистості, що відрізняє її від інших індивідів [18]. Індивідуальність – широке поняття і, як стверджує З. В. Ромовська, характеризується національною, культурною, релігійною, мовною самобутністю, включає в себе зовнішність, голос, поведінку та інші особисті риси особи. Індивідуальність формується в людини змалку за рахунок особливостей характеру, психічного складу, здібностей, таланту, нахилів, національної, релігійної належності, культурного, освітнього рівнів та багатьох інших чинників [19, с. 57].

Отже, *індивідуальність як особисте немайнове благо включає в себе, зокрема, деякі прояви, які нині закріплені в цивільному законодавстві в якості об'єктів самостійних цивільних прав* (ім'я (ст. 294–296; зовнішність (ст. 307–308); голос (ст. 306–308 ЦК України). Отже, за ст. 300 ЦК України цивільно-правовій охороні підлягає лише та риса людини, яка не знайшла визнання в якості окремого немайнового блага.

Індивідуальність тісно пов'язана з особистим життям, адже зміст останнього визначає прояви індивідуальності. Вона характеризує фізичну особу як актив-

ного учасника відносин у сфері особистого життя, а тому відносини щодо індивідуальності є відносинами з приводу особистого життя. Це дає змогу визначити право на індивідуальність як захід охорони особистого життя та віднести відповідну норму (ст. 300 ЦК України) до цивільно-правового інституту охорони особистого життя фізичної особи.

Одним з елементів цивільно-правового статусу фізичної особи, який нині набув значення окремого немайнового блага, є особисті папери, а тому одним із заходів цивільно-правової охорони особистого життя є **право на особисті папери** (ст. 12 Декларації). У літературі це право називають «суміжним з правом на особисте життя» [20]. Право на особисті папери тривалий час не знаходило свого закріплення в українському законодавстві, хоча, як пише З. В. Ромовська, схвально оцінювалося цивілістами ще за радянських часів [19, с. 58]. Наразі воно знайшло свою розгорнуту регламентацію в ст. 303–305 ЦК України.

Традиційно характеристика права на особисті папери починається з його об'єкта, яким виступають особисті папери. У літературі також вживаються терміни «особиста документація» [21] або «документи (документація) особистого характеру» [22], але зміст понять, які виражають зазначені терміни, є тотожним.

Постає питання: що ж відноситься до особистих паперів? У ч. 1 ст. 303 ЦК України дається приблизний їх перелік, за яким до особистих паперів належать документи, фотографії, щоденники, інші записи, особисті архівні матеріали тощо. Логічним продовженням цього переліку є блокноти, записники, записні книжки, настільні або настінні календарі з примітками, особисті письмові плани на певний період часу, малюнки, креслення, записки тощо. Ми вважаємо, що до особистих паперів необхідно також відносити отримані листи, телеграми, факсові та інші повідомлення. Особистими паперами можуть бути не лише документи у письмовій формі, а й в інших матеріальних формах закріплення інформації: звуко-, кіно-, відеозапис, фотографічна, електронна форма тощо. Тому особистими паперами необхідно також вважати електронні документи (виконані за допомогою комп'ютера), магнітофонні записи, відео-, фото-, кіноплівки, фотографії та ін., що означає поширення на них цивільно-правової охорони відповідно до ст. 303–305 ЦК України.

Якщо розглядати особисті папери як твори мистецтва, літератури чи науки, право на особисті папери постає як право інтелектуальної власності, переважно авторське право. Але ж не всі особисті папери відповідають тим вимогам, що пред'являються до об'єктів авторського права, тому таке трактування права на особисті папери є дещо обмеженим, оскільки враховує лише частину його об'єктів. У літературі питання розмежування авторського права і права на особисті папери вже знайшло своє наукове вирішення [23], а тому у даному контексті немає потреби його розглядати.

Право на особисті папери постає як різновид права власності тоді, коли розглядати відносини щодо особистих паперів як відносини з приводу володіння, користування і розпорядження письмовими особистими паперами або особистою інформацією, закріпленою у

іншій матеріальній формі. Такий підхід до розуміння сутності даного права бере початок ще з часів римського приватного права і пов'язаний з тим, що особисті папери, зазвичай, мають речову форму (письмові документи, фотографії тощо.), тому їх можна розглядати, як і будь-які речі, в якості об'єктів права Власності. Ті ж особисті папери, що закріплюються у електронній або іншій формі, мають певний інформаційний зміст, а згідно зі ст. 38 Закону України «Про інформацію» інформація теж є об'єктом права власності. Більше того, подібна інформація завжди зберігається за допомогою носія (комп'ютерного диска, магнітної стрічки тощо), який також є річчю і належить до об'єктів права власності.

Речовий підхід був сприйнятий і реалізований в ЦК України законодавцем, адже відповідно до ч. 1 ст. 303 особисті папери фізичної особи є її власністю. Стосовно листів, телеграм та іншої кореспонденції вказується, що вони є власністю адресата (ч. 1 ст. 306). Проте необхідно зазначити, що право на особисті папери закріплюється в книзі «Особисті немайнові права» ЦК України і за своєю суттю є не речовим, а особистим немайновим правом. Тому стає незрозумілою позиція законодавця стосовно даного права. З одного боку, воно проголошується як особисте немайнове, з іншого, – повинно функціонувати як речове. Проте було б неправильно заперечувати відсутність тісного зв'язку між правом на особисті папери і правом власності на їх матеріальні носії.

З цього приводу необхідно зазначити, що особисті папери для людини, в першу чергу, є носіями інформації, а вже потім об'єктами матеріального світу. Тому для людини важливішим є інформаційний зміст, а не їх форма. Це має значення не лише для заміток (якогось тексту), а й для малюнків, фотографій тощо, оскільки вони несуть інформацію про думки, переживання або почуття людини.

На основі цього можна зробити висновок, що право на особисті папери має бути, насамперед, спрямоване на охорону особистого немайнового блага, яким є конфіденційність особистих паперів. Але при цьому необхідно враховувати, що знищення або пошкодження носія інформації, яким є особистий папір, тягне за собою знищення або зменшення обсягу особистої інформації, що охороняється законом. Так само передача особистого паперу іншій особі зумовлює ознайомлення цієї особи з його змістом. Саме тому, поряд із забезпеченням конфіденційності особистих паперів, право, що аналізується, повинно забезпечувати і їх недоторканність.

Виходячи з вищевказаного, ми пропонуємо розглядати право на особисті папери суто в його особистому немайновому розумінні. Щодо авторського і речового підходів, то необхідно зазначити, що регулювання відносин з приводу авторства особистих паперів здійснюється за умови віднесення особистих немайнових паперів до об'єктів авторського права нормами інституту авторського права (гл. 36), а регулювання відносин щодо об'єктивної форми вираження (носія) особистих паперів – інституту права власності (гл. 23–25, 29 ЦК України).

Також хотілося б звернути увагу на положення ч. 4 ст. 303, згідно з яким в разі смерті осіб, яким належить право на особисті папери, згоду на їх використання, у тому числі і шляхом опублікування, можуть надавати діти, вдова (вдівець), а якщо їх немає – батьки, брати та сестри. На нашу думку, таке положення є зайвим, оскільки внаслідок відчужуваності права на особисті папери це право в разі смерті його суб'єкта переходить до іншої особи, але це не буде спадкуванням, адже особисті немайнові права не входять до складу спадщини (ст. 1219 ЦК України). Однак матеріальний носій особистої інформації як річ і відповідне право власності на нього підлягають спадкуванню. Таким чином, право на особисті папери (документи) слідує за правом власності на їх матеріальні носії.

У тісному зв'язку з правом на особисті папери перебуває **право на таємницю кореспонденції**, яке безпосередньо закріплене у Декларації. Крім того, це право встановлюється в нормах нормативно-правових актів різного рівня. Так, у ст. 31 Конституції України зазначається, що кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Згідно зі ст. 27 Закону України «Про зв'язок» таємниця листування, телефонних розмов, телеграфних, а також інших повідомлень, що передаються засобами зв'язку, охороняється законом [24]. Кримінальний кодекс у ст. 163 встановлює відповідальність за порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер.

У літературі це право називають ще правом на недоторканність засобів особистого спілкування [25] або розглядають окремо право на таємницю поштово-телеграфних відправлень й інших повідомлень та право на таємницю телефонних та інших переговорів [26]. У новому ЦК України в ст. 306 отримало своє закріплення право на таємницю кореспонденції, але воно поширюється на всі види кореспонденції, які згадуються в ст. 31 Конституції України.

У літературі «таємницю переписки, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції» пропонується розглядати як інформацію про поштові та телеграфні відправлення, телефонні розмови, яка має конфіденційний характер, надається підприємствами зв'язку відправникові, адресатові, особі, яка бере участь у телефонній розмові, абонентові телефонної мережі або їх представникам, а також слідчим та судовим органам згідно з законодавством України [27]. Однак таке трактування є дещо обмеженим, оскільки звужує відповідне особисте немайнове благо та не враховує різницю між поняттями конфіденційності і таємниці. Окрім того, таємниця кореспонденції поширюється не лише на зміст кореспонденції, а й на інформацію про її факт (особливості), тобто таємними також є суміжні кореспонденції відомості, зокрема: наявність чи відсутність кореспонденції (розмов), тривалість і час телефонної розмови, відомості про осіб, між якими відбувалося спілкування, зміст довідок, особистих документів, що пред'являлися в установах зв'язку при відправленні чи прийнятті повідомлення тощо.

Правову охорону кореспонденції не можна розгля-

дати лише в інформаційному аспекті. Таке спілкування має ще й матеріальний аспект, оскільки повідомленням і відправленням завжди надається певна об'єктивна форма: письмова (листи, телеграми, факсові повідомлення тощо), електронна (електронна пошта) тощо. Звідси постає питання про законодавче забезпечення не лише таємниці, а й недоторканності кореспонденції. Виходячи з вищесказаного, зміст права на таємницю кореспонденції нам вбачається складеним з таких правомочностей: визначати можливість розголошення будь-якої інформації про кореспонденцію (про зміст кореспонденції і супутні відомості) та вимагати від сторонніх осіб, в першу чергу від підприємств зв'язку і їх працівників, забезпечити і додержувати таємницю кореспонденції.

Слід враховувати, що відповідно до ст. 30 Конституції України і ч. 2 ст. 311 ЦК України забороняється проникати не лише в житло фізичної особи, а і в інші її володіння, хоча поняття «інше володіння фізичної особи» законодавчо не визначається. На сьогодні актуальним стає законодавче забезпечення інтересів власників великих за обсягом земельних ділянок не лише щодо недоторканності їх житлового будинку, а й усієї належної їм земельної ділянки. Враховуючи викладене вище, а також нечіткість поняття «інше володіння фізичної особи», ми пропонуємо розширити правову охорону від свавільних втручань не лише на житло, а й на садибу, якою, за ст. 381 ЦК України, є земельна ділянка разом з розташованими на ній житловим будинком, господарсько-побутовими будівлями, наземними і підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями.

Також, виходячи з викладеного вище, ми пропонуємо розширити поняття житла, включивши до нього приміщення, призначені для тимчасового проживання людей, що, на нашу думку, дасть змогу не лише за безпечити інтереси особи щодо недоторканності її помешкання, а й інтереси власника, який володіє приміщеннями, призначеними для тимчасового проживання (готелями, базами відпочинку, пансіонатами, дачами, гуртожитками тощо). Проте право на недоторканність житла не поширюється на службові приміщення і сховища, що в них знаходяться, сейфи тощо, приміщення, вільні для доступу публіки, камери в слідчих ізоляторах, тюрмах, жилі приміщення в установах виконання покарань [28].

Наступною складовою цивільно-правового статусу фізичної особи є право володіти майном як одноособово, так і разом з іншими, що закріплене ст. 17 Декларації. Це право також знайшло своє відображення у Конституції України та ЦК України: кожна особа може вільно володіти, користуватися та розпоряджатися правом власності, яке є непорушним, і ніхто не може бути безпідставно позбавлений цього права. Вказане право знову ж таки майже повністю перегукується із правом володіти. Ніхто не може бути безпідставно позбавлений свого майна.

Право власності є одним із найважливіших, базових, основних прав. Усі інші права є похідними від нього (право володіння, застави) або ґрунтуються на ньому (зобов'язальні права з передачі майна у власність чи користування). Право власності як суб'єктивне цивільне

право фізичної особи полягає у тому, що повноваження власника спираються виключно на закон і не пов'язані з волею будь-яких третіх осіб; власник здійснює свої повноваження на власний розсуд і у власних інтересах, спираючись виключно на закон; повноваження власника не безмежні, їх здійснення не повинно суперечити закону, моральним засадам суспільства і не може порушувати прав і інтересів інших осіб; реалізація власником своїх повноважень має служити примноженню суспільного багатства і загальнолюдським інтересам в цілому.

Статус власника зводиться до характеристики таких основних, визначальних моментів: 1) обсяг повноважень (права і обов'язки) власника; 2) межі їхнього здійснення; 3) гарантії і захист з боку держави. Як уже зазначалося, повноваження власника зводяться в основному до класичних, визначених ще римським правом, правомочностей: володіння, користування і розпорядження майном. Законодавець не розкриває змісту кожного із вказаних правомочностей, проте їхнє розуміння в літературі традиційне і не викликає розбіжностей при визначенні змісту кожного з них. Право володіння – це право фактичного (фізичного або господарського) панування над майном¹; право користування – це можливість вилучення корисних властивостей майна або його споживання для задоволення власних особистих чи майнових потреб; право розпорядження – це можливість визначити долю майна шляхом зміни його приналежності, стану або призначення.

Майно, яке належить фізичній особі, право приватної власності як певні можливості особи щодо належного їй майна, завжди асоціюється з певним благом. Власність – благо для особи, яка нею володіє. Власність – одна з умов економічної, політичної, соціальної свободи особи, її значущості і становища у суспільстві. Але водночас власність і зобов'язує, вимагає від особи певних зусиль, витрат на її утримання (ремонт, догляд) тощо. Внутрішні потреби і культура особи часто спонукають до використання власності не тільки для власної вигоди, а й на користь загальнолюдським інтересам (доброчинні пожертвування, спонсорство меценатство тощо). Реалізація цих повноважень власника – це, звичайно, його право, а не обов'язок. У цілому наукові дослідження були спрямовані на право власності як благо особи. А така сторона власності як несення пов'язаних з нею витрат і ризику залишалася поза увагою. І лише нині ця проблема («власність зобов'язує») стає об'єктом дослідження.

Обов'язок утримання власності зобов'язує особу дбайливо ставитися до свого майна, нести всі витрати і ризики, пов'язані з ним. До таких дій власника стимулює бажання досягти певного результату через примноження власності. Але одночасно власність зобов'язує власника бути дбайливим господарем, діяти з розрахунком, мінімізувати будь-який ризик.

Обов'язок утримувати належне майно, який закріплено у правових нормах, стає юридичним обов'язком, за невиконання якого настає відповідальність. На під-

¹ Ми розуміємо право володіння ширше, ніж право фактичного панування над майном – як право володіння, як вільну, незалежну від інших осіб можливість доступу до фактичного впливу, так і фактичний вплив на майно.

ставі виключного і повного характеру суб'єктивного права власності обов'язки на її носія може бути покладено лише з додержанням певних умов:

1) власник повинен мати реальні можливості утримувати належне йому майно (необхідні матеріальні і фінансові ресурси, стан здоров'я тощо). Відсутність таких можливостей має розглядатися як підстава для звільнення від відповідальності за невиконання обов'язку з утримання власного майна;

2) власнику має бути надана можливість відмовитися від належного йому майна з будь-яких причин, що мають суттєве значення для нього. Така відмова має розглядатися як один із способів припинення права власності;

3) обов'язок щодо утримання майна має бути закріплений у нормах права, насамперед, в інтересах самого власника як стимул його ефективної діяльності, як суттєвий момент у вихованні дбайливого, раціонального господаря. Саме така норма свідчитиме про виховну, стимулюючу функцію права.

У ЦК України закріплено низку дієвих гарантій непорушності права власності. Зокрема, гарантії непорушності права власності дітей: ст. 71 ЦК України – законодавче визначення переліку правочинів, які опікун чи піклувальник не вправі вчиняти без дозволу органів опіки та піклування; ч. 4 ст. 261 ЦК України – перебіг позовної давності у разі порушення цивільного права або інтересу неповнолітньої особи починається від дня досягнення нею повноліття.

Посилено законодавчі гарантії захисту від обманних чи насильницьких дій: власник має право вимагати не лише повернення майна, яке було ним відчужене внаслідок обману, насильства, а й відшкодування збитків у подвійному розмірі та моральної шкоди (ст. 230, 232 ЦК України). Перебіг позовної давності за вимогами про визнання недійсним правочину, вчиненого під впливом насильства, починається від дня припинення насильства (ст. 261 ЦК України). Гарантією непорушності права власності є норма ч. 1 ст. 1157 ЦК України, якою встановлено правило: подання учасником конкурсу речі на конкурс не припиняє його права власності на цю річ; умова конкурсу, за якою засновник конкурсу не повертає його учаснику річ, подану на конкурс, є нікчемною.

Підсумовуючи, слід зупинитися ще на такому праві **як рівний захист законом**. Декларація зазначає, що всі люди рівні перед законом і мають право, без будь-якої різниці, на рівний їх захист законом. Усі люди мають право на рівний захист від будь-якої дискримінації, що порушує цю Декларацію, і від будь-якого підбурювання до такої дискримінації (ст. 7). Кожна людина має право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами в разі порушення її основних прав, наданих їй конституцією або законом (ст. 8).

Цивільне право покликане, поряд з іншим, забезпечувати правильну організацію особистих немайнових зв'язків між учасниками цивільного обороту. Саме цей організуючий момент, на думку фахівців, був і залишається основним змістом норм цивільного законодавства. Ця творча функція, на противагу колишньому вітчизняному законодавству, яке недооцінювало, а часом і

прямо заперечувало важливість чи необхідність за забезпечення прав особистості, знайшла далеке ще до досконалості, але вдаль на свій час відображення в ЦК України. Розташування у ЦК України книг, які містять норми, окремо присвячені особистим немайновим та майновим правам фізичних осіб, досить відверто підкреслює намір України гармонізувати своє законодавство до європейських стандартів.

Для того, щоб в Україні відбувся подальший розвиток засад захисту суб'єктивних цивільних прав людини, необхідно, на нашу думку, продовжити роботу щодо адаптації та гармонізації національного законодавства у цій сфері. Для цього необхідно:

– внести зміни до чинного законодавства, що регулює захист особистих немайнових прав, з метою усунення неточностей у визначенні змісту таких понять як «честь», «гідність», «моральна шкода»;

– розробити нові стандарти правосуддя при вирішенні справ, що стосуються прав особи;

– вивчити практику судового захисту прав особи в Україні та країнах Європейського Союзу. Особливу увагу необхідно приділити вивченню практики Європейського суду з прав людини, чим, власне, і займається Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України, значну частину наукової тематики якого становлять саме ці проблеми;

– організувати широку суспільну інформованість про стан захисту прав особи в країнах Європейського Союзу.

Тож, у результаті проведеного дослідження цивільно-правового статусу людини як вищої соціальної цінності зупинимось ще раз на таких головних висновках:

1) визнання людини вищою соціальною цінністю у ст. 3 Конституції України стало важливим кроком у розбудові громадянського суспільства, оскільки людина є цінністю не лише для самої себе, а й для всього суспільства, для соціуму. Причому, оскільки ця цінність є найвищою, то жодне інше явище не може оцінюватись суспільством вище, аніж людина. Усі соціальні цінності мають бути підпорядковані, субординовані цінності людини;

2) розглядаючи людину як найвищу соціальну цінність, необхідно погодитись з тим, що цінність – це поняття суттєве, значиме для людини (соціальної спільності) в предметному та ідеальному світі для задоволення її потреб;

3) право на життя фізичної особи виникає з моменту її народження, тобто з моменту, коли відбулось відділення (шляхом вигнання або витягнення) живо народженого плоду від організму матері. У випадку ж мертво народженої дитини, питання про виникнення (існування) права на життя у зародка ставиться не може;

4) право на життя в цивільному праві реалізується через правосуб'єктність його носія, тобто через два основних повноваження: благоволодіння життям – конкретна особа може бути визнана носієм даного особистого немайнового блага життя, а також благовикористання, яке зводиться до того, що фізична особа, як носій даного блага, має право використовувати його для задоволення власних інтересів у будь-який спосіб, що не заборонений законом;

5) особисте життя – це особлива частина приватної сфери людської життєдіяльності, яка полягає в різномунітних відносинах, стосунках, явищах, подіях тощо, що не мають публічного значення, визначається і регулюється самою особою на основі соціальних умов, гарантується та охороняється правом від неправомірних втручань;

6) таємниця особистого життя – відомості про особу і її особисте життя, що повідомлені стороннім особам при виконанні останніми службових обов'язків, послуг або певної роботи, режим обігу яких є обмеженим і визначається законом. Недоторканність особистого життя виражає встановлену законом гарантію від неправомірних посягань на матеріальні прояви особистого життя (житло, особисті папери, тіло тощо);

7) виділення деяких проявів особистого життя в якості окремих охоронюваних законом особистих немайнових благ зумовило появу таких окремих особистих немайнових прав як право на індивідуальність (ст. 300 ЦК України), право на власне зображення (ст. 307, 308), право на особисті документи (ст. 303–305), право на таємницю кореспонденції (ст. 306), право на недоторканність житла (ст. 311). Проте всі вони спрямовані на охорону особистого життя і є важливими гарантіями права на особисте життя;

8) дослідження поняття сімейного життя дає підстави стверджувати, що воно, хоч і є частиною особистого життя, однак закріплюється в чинному законодавстві як окремий об'єкт цивільних і сімейних правовідносин. Запропоноване таке визначення поняття сімейного життя: це сфера особистого життя осіб, що утворюють сім'ю, в якій задовольняються їх спільні приватні інтереси;

9) у ст. 41 Конституції України закріплено положення про те, що ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності, право приватної власності є непорушним. Гарантія від протиправного позбавлення є головним, але не єдиним елементом непорушності права власності. У ст. 321 ЦК України в розвиток непорушності права власності закріплено положення про те, що ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні. Такі дії припустимі лише у випадках і порядку, встановлених законом;

10) загалом проблема забезпечення непорушності права приватної власності є не лише суто правовою, а й політичною, соціальною, релігійною. Утвердження у свідомості кожного християнської заповіді «не вкради» стало б величезним соціальним поштовхом на шляху до демократичного, цивілізованого, культурного суспільства. Законодавча та соціальна політика держави в цьому напрямі має бути, насамперед, справедливою, прозорою, зрозумілою для громадян. Лише тоді людина зможе відчутти себе найвищою соціальною цінністю у своїй державі;

11) для того, щоб в Україні відбувся подальший розвиток засад захисту суб'єктивних цивільних прав людини, необхідно, на нашу думку, продовжити роботу щодо адаптації та гармонізації національного законодавства у цій сфері.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Фролов И. Т., Боренков В. Г. Познание человека // Человек. Философско-энциклопедический словарь. – М.: Наука, 2000. – С. 5.

2. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред. Я. М. Шевченко. – Хмельницький: Вид. Хмельницького університету управління та права, 2007. – 626 с.
3. Дроздов А. В. Человек и общественные отношения. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1966. – С. 7.
4. Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена Генеральною асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року (Док. ООН / PES/ 217 А).
5. Карбоньє Ж. Юридическая социология. – М.: Прогресс, 1986. – С. 61.
6. Тодька Ю. Н., Тодька О. Ю. Конституційно-правової статусу человека и гражданина в Украине. – К.: Ін Юре, 2004. – С. 227.
7. Ручка А. А. Ценностный подход в системе социологического знания. АН УССР, Ин-т философии. – К.: Наук. думка, 1987. – С. 36.
8. Остапенко Л. Визначення поняття «життя» як об'єкта кримінально-правової охорони // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 4. – С. 106.
9. Стефанчук Р. О. Право на життя як особисте немайнове право фізичних осіб // Право України. – 2003. – № 11. – С. 115–119.
10. Цивільне право України: Академічний курс: Підручник: У 2-х т. / А. Ю. Бабаскін, Т. В. Боднар, Ю. Л. Бошицький та ін. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т. 1. Загальна частина. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – С. 158; Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є. О. Харитоновна, О. М. Калітенко. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2003. – С. 201.
11. Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е. Європейське право у галузі прав людини: джерела та практика застосування / Пер. з англ. – К.: АртЕк, 1997. – С. 294.
12. Малеин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР. – М.: Юрид. лит., 1981. – С. 155; Малеин Н. С. Охрана прав личности советским законодательством. – М.: Наука, 1985. – С. 50.
13. Словник іншомовних слів / Уклад.: С. М. Морозов, Л. М. Шкарапута. – К.: Наук. думка, 2000. – С. 235.
14. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – С. 22.
15. Философский энциклопедический словарь / Глав. ред. Л. Ф. Ильичев и др. – М.: Сов. энцикл., 1983. – С. 602.
16. Новый большой англо-русский словарь = New english-russian dictionary: В 3 т. / Под общ. рук. Ю. Д. Апресяна и Э. М. Медниковой. – М.: Рус. яз., 2002. – Т. 2: G-Q. – С. 563.
17. Warren S., Brandeis L. The right to privacy // Harvard Law Review. – № 4. – 1890. – P. 220.
18. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2002. – С. 398.
19. Ромовська З. В. Особисті немайнові права фізичних осіб // Українське право. – 1997. – № 1.
20. Цивільне право України: Академічний курс: Підручник: У 2-х т. / А. Ю. Бабаскін, Т. В. Боднар, Ю. Л. Бошицький та ін. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Т. 1. Загальна частина. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – С. 159.
21. Бірюков І. А., Заїка Ю. О., Підпригора О. О. Цивільне право. Частина перша: Курс лекцій. – К.: НАВСУ, 2001. – С. 61; Красавчикова Л. О. Личная жизнь граждан под охраной закона. – М.: Юрид. лит., 1983. – С. 95; Красицька Л. В. Цивільно-правове регулювання особистих немайнових прав громадян: Монографія / МВС України. Донецький ін-т внутр. справ. – Донецьк: ДІВС МВС України, 2002. – С. 155; Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – Кн. 1. – С. 272; Чорнооченко С. І. Особисті немайнові права, які забезпечують соціальне існування фізичних осіб в Україні: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ун-т внутр. справ. – Х., 2000. – С. 15.
22. Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. – М.: МЗ Пресс, 2001. – С. 170; Устименко Н. В. Таємниці особистого життя людини та їх цивільно-правова охорона: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національна юрид. академія України ім. Я. Мудрого. – Х., 2001. – С. 12.
23. Красавчикова Л. О. Личная жизнь граждан под охраной закона. – М.: Юрид. лит., 1983. – С. 102–103.
24. Закон України про зв'язок: Прийнят. 16.05.95 р. // Відомості Верховної Ради. – 1995. – № 20. – Ст. 143.
25. Красавчикова Л. О. Личная жизнь граждан под охраной закона. – М.: Юрид. лит., 1983. – С. 72; Красицька Л. В. Цивільно-правове регулювання особистих немайнових прав громадян: Монографія / МВС України. Донецький ін-т внутр. справ. – Донецьк: ДІВС МВС України, 2002. – С. 156; Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – Кн. 1. – С. 272.
26. Петрухин И. Л. Личные тайны (человек и власть). – М.: Ин-т гос. и права Российской Академии наук, 1998. – С. 68, 84.
27. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – Кн. 1. – С. 12.
28. Петрухин И. Л. Личные тайны (человек и власть). – М.: Ин-т гос. и права Российской Академии наук, 1998. – С. 96; Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є. О. Харитоновна, О. М. Калітенко. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2003. – С. 209.

ВТІЛЕННЯ ПРАВОВИХ ІДЕЙ У СФЕРІ ОСОБИСТОГО НЕМАЙНОВОГО ПРАВА В НОВИЙ ЦК УКРАЇНИ (ДО П'ЯТОЇ РІЧНИЦІ ЦК УКРАЇНИ)

Довгерт А.С.,

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПРН України,
головний науковий співробітник відділу міжнародного приватного права
і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

1. Постановка питання

Вже понад 15 років від того часу як в незалежній Україні розпочалися безпрецедентні кодифікаційні роботи у сфері приватного права. Вважаємо, що їх проміжним етапом стало прийняття нового Цивільного кодексу (ЦК) України. Протягом 5-ти років його застосування (2004–2008 рр.) вже буденною сьогодні видається дещо незвична структура ЦК, зокрема, наявність

в ній Книги другої «Особисті немайнові права фізичної особи», яка слідує відразу за першою Книгою про загальні положення. Науковці ж, як правило, відмічають новаторський характер Книги другої, завдяки якій ЦК України посідає особливе місце в історії світових кодифікацій [1].

Розвиток доктрини особистих немайнових прав в СРСР та пострадянських країнах наведений в багатьох працях радянських та сучасних дослідників. Це твори

М. М. Агаркова, С. М. Братуся, М. Д. Єгорова, В. М. Ко-рецького, Л. О. Красавчикової, М. С. Малєїна, М. М. Малєїнової, М. А. Придворова, З. В. Ромовської, Р. О. Стефанчука, К. А. Флейшиц та інших авторів. Але одна справа доктрина, а інша – воля суспільства втілити наукові пропозиції в законодавче поле країни. В цьому ми можемо переконатися на прикладах останніх кодифікацій цивільного права в СРСР та в пострадянських країнах. Так, наприкінці 80-х років минулого століття здійснювалася праця над останньою радянською кодифікацією цивільного права, підсумком якої стали нові Основи цивільного законодавства Союзу РСР та республік (Основи) [2]. Незважаючи на розвинену на той час радянську доктрину особистого немайнового права та численні пропозиції вчених, що були висунуті під час обговорення положень та концепції документа, Основи мало чим відрізнялися у цьому питанні від чинного законодавства¹.

Другий приклад – Росія, правова доктрина якої у сфері особистих немайнових прав мала на момент кодифікації її цивільного права (1994 р.) значні досягнення (які, між іншим, використані українськими розробниками проекту ЦК України). А що ж вийшло на практиці? Новий Цивільний кодекс Російської Федерації у питанні особистих немайнових прав не відійшов дуже далеко від старих позицій².

Подібні до Росії процеси спостерігалися і в інших країнах колишнього СРСР [3].

Лише в Україні попередньо розроблена доктрина особистих немайнових прав та практика людства в цій сфері (міжнародні документи з прав людини тощо) знайшли належне відображення в новітній цивільно-правовій кодифікації. Чому це вдалося Україні? На нашу думку, тут є дві складові. По-перше, треба віддати належне науковій сміливості вченим Робочої групи з підготовки проекту ЦК (Робоча група)³, які запропонували суспільству відповідний проект. По – друге, на генному рівні українці всім ходом своєї складної історії були підготовлені до сприйняття цього проекту, тому що особисті немайнові права були для них синонімом особистої свободи та волі, за які їх пропращади завжди були готові віддати життя, яке в шкалі цінностей проходило у них після свободи та волі.

Нижче ми спробуємо показати як фактично відбувалося втілення правових ідей у сфері особистого немайнового права в новий ЦК України.

¹ У визначенні відносин, що регулюються цивільним законодавством, акцент робився знов-таки на майнові та пов'язані з ним немайнові відносини. Що стосується особистих немайнових відносин у «чистому» вигляді (тобто не пов'язаних з майновими), то наводилась досить туманна формула про їх регулювання цивільним законодавством, якщо інше не передбачається законодавством або не впливає із суті особистого немайнового відношення (ст. 1). Серед окремих «чистих» особистих немайнових прав знов йшлося лише про захист честі, гідності та ділової репутації (ст. 7).

² Див. ст. 2, 150–152 Цивільного кодексу Російської Федерації.

³ Склад Робочої групи: Головатий С. (міністр юстиції – голова за посадою), Довгерт А. (заступник голови) Підпригора О. (заступник голови), Пушкін О. (науковий координатор), Боброва Д., Кузнєцова Н., Луць В., Ромовська З., Мусіяка В., Сібільов М., Шевченко Я., Калакура В. (вчений секретар).

2. Доктрина особистих немайнових прав в Україні на початку 90-х років ХХ ст.

Складовою частиною концепції ЦК стало вчення про сучасну систему приватного права. Серед нових елементів та напрямів розвитку цієї системи особливу увагу було приділено вивченню нового елемента приватного права – особистого немайнового права. До початку ХХ ст. очевидною була тенденція вбачати основу цивільного права у власності. Тому, скажімо, виключні права на об'єкти творчості тривалий час розглядалися як особливий вид власності. Особисті немайнові права також виводилися з права власності. Приміром, французькі суди традиційно розглядали право на ім'я як власність. Цивілістична література ХІХ ст. обходила питання немайнових прав особи. Окремі автори розглядали ці права як рефлексії об'єктивного права, що відбито в поліцейських та кримінальних законах, або підводили їх під поняття власності.

Проте поступово немайнові права особи почали завойовувати міцні позиції не тільки в доктрині, а й у цивільних кодексах. Система позитивного приватного права, таким чином, змінювалася. Досвід людства показав, що категорія приватної власності не здатна покрити всі інтереси людини, і тому для охорони суто особистих благ до системи приватного права слід включити немайнові права особи. Німецьке цивільне уложення вже містило таке особисте немайнове право як право на ім'я. ХХ ст. минуло під прапором захисту прав людини. І це не могло не позначитися на позитивно-юридичній охороні права на приватне життя, права на ім'я, права авторства тощо. Новий зміст приватного права відбився й у сучасних кодифікаціях. Так, у Цивільному кодексі канадської провінції Квебек положення двох розділів (142 статті) Книги першої цілком присвячені регулюванню немайнових прав особи (положення щодо недоторканності особи, згоди на медичну допомогу, поваги до прав дітей, до репутації та приватного життя тощо).

Здійснюючи сучасну кодифікацію приватного права в Україні, розробники вважали конче потрібним врахувати світову тенденцію розширення змісту приватного права шляхом входження до його системи широкого кола особистих немайнових прав. Тим більше, що теоретичний розвиток цих питань вже дозволяв це зробити.

На момент початку кодифікації цивільного права в Україні її доктрина у цьому питанні вже випрацювала певні підходи щодо важливих аспектів особистого немайнового права. Тут, перш за все, слід відзначити дослідження проф. З. В. Ромовської, яке з'явилося ще в 1968 р. [4]. В 1992 р. вийшов в світ підручник за редакцією професорів Д. В. Бобрової та О. А. Підпригори «Загальна теорія цивільного права», в якому вже в якості окремого розділу містився виклад особистих немайнових прав⁴ [5].

⁴ Окремий розділ про особисті немайнові права зберігався і в наступних виданнях підручника з цивільного права (1995, 1997, 1999, 2002 рр.), підготовлених кафедрою цивільного права Київського національного університету до набрання чинності ЦК України 2003 р.

В названих та інших працях були висловлені такі важливі підходи щодо особистих немайнових прав (переважно в їх «чистому» вигляді): (i) ці права повинні утворювати предмет самостійного структурного підрозділу цивільного права; (ii) цивільно-правове регулювання особистих немайнових відносин означає регулювання не тільки відносин, які виникають у разі порушення особистих немайнових прав, а й тих, які складаються на стадії їх нормального здійснення; (iii) особисті немайнові права – це значний системний комплекс тощо [4, с. 23; 5, с. 362–364].

3. Перший варіант проекту ЦК щодо особистих немайнових прав

Всі вищезазначені теоретичні підходи ще не знайшли свого втілення у першому варіанті (1994 р.) проекту ЦК України. Проте у ст. 2 цього проекту було записано, що «[ц]ивільним кодексом та іншими актами цивільного законодавства регулюються майнові і особисті немайнові відносини, що засновані на юридичній рівності їх учасників» [6].

Таким чином, розробники проекту зробили дуже важливий крок: вони відмовились від поділу особистих немайнових відносин на дві категорії – пов'язаних та не пов'язаних з майновими відносинами. Тим самим всі «чисті» (такі, що не пов'язані з майновими) особисті немайнові відносини повинні були потрапити під парасольку ЦК. Кроком уперед було і те, що в главі 6 проекту «Захист цивільних прав» (ця глава містилася в першому розділі проекту, присвяченому загальним положенням цивільного права) передбачалася загальна норма про право осіб на захист своїх особистих немайнових прав та інтересів (ст. 114). Ця загальна норма доповнювалася каскадом положень про захист конкретних особистих немайнових прав: захист честі та ділової репутації (ст. 115); захист гідності (ст. 116); захист життя і здоров'я громадян (117); захист права на зображення (ст. 118); захист права на ім'я (ст. 119); захист права на таємницю особистого життя (ст. 120); захист права на особисту недоторканність (ст. 121); захист права на найменування юридичної особи (ст. 122); захист права на фірмове найменування і товарний знак (ст. 123).

Як бачимо, по-перше, проект значно розширював перелік особистих немайнових прав, не пов'язаних з майновими, порівняно з ЦК 1963 р., в якому передбачалися лише правила щодо захисту честі, гідності та ділової репутації та стаття про захист права на власне зображення. По-друге, в першому варіанті проекту ЦК помітним є відхилення від позитивного регулювання особистих немайнових прав, а сама їх наявність виводилася лише опосередковано через закріплення прав на їх захист.

4. Другий варіант проекту ЦК щодо особистих немайнових прав

Восени 1994 р. Робоча група розпочала нове обговорення положень першого варіанту проекту ЦК, готуючи тим самим його другу редакцію. Під час праці над розділом першим проектом (Загальні положення) проф. О. А. Пушкіним та проф. А. С. Довгертом було внесено

пропозицію про виділення особистих немайнових прав в окремий розділ (пізніше назву структурної одиниці «Розділ» було замінено на назву «Книга»). Як відомо, в науковій літературі були різні думки щодо питання про визнання відповідної системи цивільно-правових норм чи то окремим інститутом чи підгалуззю цивільного права¹ [7; 8]. Проф. О. А. Пушкін та проф. А. С. Довгерт схилилися до думки про існування надзвичайно широкої системи особистих немайнових прав як підгалузі цивільного права, що потребує їх кодифікації в окремому розділі ЦК на рівні з речовим та зобов'язальним правом.

Інша пропозиція проф. О. А. Пушкіна та проф. А. С. Довгерта була пов'язана з визначенням місця особистих немайнових прав в структурі ЦК. В науковій літературі щодо цього питання також були різні думки [9]. Проф. О. А. Пушкіним та проф. А. С. Довгертом був запропонований зовсім новий підхід: враховуючи соціальну значущість особистих немайнових прав, яка є значно вищою, ніж права, які існують в матеріальній сфері життя суспільства, відповідний розділ повинен без врахування загальних положень фактично «відкривати» ЦК.

Члени робочої групи погодилися з запропонованими підходами, що і було віддзеркалено в тексті другого варіанту проекту ЦК [10].

Розділ третій цього варіанту (який містився відразу після загальних положень цивільного права) мав назву «Особисті немайнові права» та складався із однієї глави (глава 7 «Захист особистих немайнових прав»). До цієї глави було перенесено в дещо поновленому вигляді статті першого варіанту проекту ЦК². Одна стаття (про захист права на фірмове найменування і товарний знак) була знята з тим, що її зміст буде відтворений в іншій частині проекту, присвяченій праву інтелектуальної власності. Натомість у другому варіанті проекту з'явилися дві нові статті: ст. 204 про захист честі, ділової репутації та гідності померлої фізичної особи та ст. 208 про захист права на авторське ім'я.

У другому варіанті проекту ЦК розділ про особисті немайнові права розпочинався статтею «Загальні положення». І хоча її зміст відтворював певною мірою положення ст. 114 першого варіанту проекту, слід зазначити, що вона послужила поштовхом для розробки в наступному спеціальній главі про загальні положення особистих немайнових прав.

Таким чином, даний етап роботи характеризувався такими суттєвими здобутками: особисті немайнові права були виділені в окрему підгалузь приватного права, якій присвячувався самостійний розділ в проекті ЦК. Причому цей розділ був поставлений не просто поряд з такими традиційними розділами як право власності, зобов'язальне право тощо, а й передував їм; розширено коло особистих немайнових прав, захист яких передба-

¹ Одні науковці говорили про підгалузь, інші – про інститут.

² Статті про захист честі та ділової репутації; захист права на гідність; захист права на життя і здоров'я громадян; захист права на зображення; захист права на ім'я; захист права на таємницю особистого життя; захист права на особисту недоторканність; захист права на найменування юридичної особи.

чався безпосередньо ЦК; намітився контур загальної частини особистого немайнового права.

Розробники проекту розуміли, що це тільки початок нової наполегливої праці над розділом особистих немайнових прав. Представити його новий текст для обговорення було доручено проф. З. В. Ромовській, яка, як відомо, починала свою наукову діяльність з дослідження проблем особистих немайнових прав.

В той самий час, даючи таке доручення, Робоча група намагалася визначитися з класифікацією особистих немайнових прав, бо це було питанням структури відповідного розділу. В науковій літературі було висловлено багато точок зору з приводу групування особистих немайнових прав, використовувалися різні критерії для їх класифікації. Наприклад, у згаданому підручнику з цивільного права 1992 р. пропонувалося різні види особистих немайнових прав зібрати у три групи: (і) право на немайнові блага, втілені у самій особистості (права на ім'я (найменування), на товарний знак (знак обслуговування), на честь та гідність, на власне зображення); (іі) право на особисту недоторканність і свободу, на охорону життя і здоров'я; (ііі) право на недоторканність особистого життя (право на недоторканність житла, на особисту документацію, на таємницю особистого життя, на таємницю особистого спілкування) [5, с. 364–367].

Напрямок, в якому пішла класифікація особистих немайнових прав в проекті ЦК, був знайдений несподівано. Проф. Г. К. Матвеев, який на той час підтримував різноманітні наукові зв'язки, незважаючи на свої 86 років, запропонував розробникам ознайомитися з щойно виданою монографією Л. О. Красавчикової, в якій наводилася дворівнева структура цих прав: до структурного підрозділу першого рівня пропонувалося включити особисті немайнові права, що забезпечують фізичне існування людини (право на життя, здоров'я, особисту недоторканність тощо), а до структурного підрозділу другого рівня – особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття індивіда (право на ім'я, на честь і гідність, право на особисте життя тощо) [9, с. 53–76]. Запропонована класифікація особистих немайнових прав спиралася на солідне теоретичне обґрунтування, тому цей підхід був підтриманий членами Робочої групи, а інші варіанти класифікації вже не розглядалися.

Ще одним рамочним питанням подальшої праці над текстом розділу було переведення особистих немайнових прав в позитивне русло правонаділення, а не тільки захисту. Як вже зазначалося, існуючий на той момент текст проекту віддавав перевагу захисту перед позитивним регулюванням особистих немайнових прав.

Таким чином, проф. З. В. Ромовській доручалося доопрацювання тексту розділу, що розглядався, відповідно до заданих параметрів: дворівнева класифікація особистих немайнових прав; розширення кола цих прав, безпосередньо передбачених ЦК; переведення їх у регулятивне русло.

5. Остаточне опрацювання проекту Книги другої

В січні 1996 р. Робоча група розпочала остаточне опрацювання проекту ЦК, яке було завершено 20 берез-

ня 1996 р. Проте в середині цього ж року Робочій групі довелося попрацювати ще певний час аби узгодити проект ЦК з положеннями щойно прийнятої Конституції України [11]. Так з'явився проект ЦК від 25 серпня 1996 р., який пізніше і був прийнятий Верховною Радою (ВР) України у першому читанні (червень 1997 р.).

До та протягом періоду остаточного опрацювання проекту ЦК відбулися події, які зміцнили позиції розробників проекту щодо робочої концепції особистих немайнових прав та надали їм більшої впевненості. Мова йде, передусім, про прийняття у 1996 р. нової Конституції України. По-перше, вона відкривала шлях до розгляду проекту цивільно-правової кодифікації у парламенті. По-друге, в ній знайшли відображення права і свободи людини та громадянина, закріплені у міжнародних актах – Загальній декларації прав людини (1948 р.), Конвенції про захист прав і основних свобод людини (1950 р.), Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (1966 р.), Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права (1996 р.). Зокрема, Конституція України передбачала право на життя, право на повагу до гідності людини, право на свободу та особисту недоторканність, право на недоторканність житла, право на невтручання в особисте та сімейне життя тощо. А людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнавалися в Україні найвищою соціальною цінністю.

Іншою вагомою подією стало набуття Україною членства у Раді Європи в 1995 р. В результаті цього Україна, між іншим, взяла на себе міжнародне зобов'язання щодо прийняття нового Цивільного кодексу. Наступним кроком стала ратифікація Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року та ряду протоколів до неї, що відкрило шлях до Європейського суду з прав людини та його практики правозастосування.

Під час остаточного доопрацювання проекту ЦК була змінена назва книги (раніше – розділу). Якщо попередній варіант мав назву «Особисті немайнові права», то в остаточній редакції Книга була перейменована на «Особисті немайнові права фізичної особи». За свідченнями проф. З. В. Ромовської ініціатором такої зміни був проф. О. А. Пушкін [12]. Така заміна назв пояснювалася певною мірою впливом нової Конституції України, яка проголошувала людину, її права найвищою цінністю в суспільстві, а також впливом міжнародних пактів з прав людини. Варто зазначити, що схожу назву пропонувала і проф. Л. О. Красавчикова у згаданій нами монографії.

В такій переорієнтації був, безумовно, і негативний момент, тому що особисті немайнові права так само як і інші цивільні права (речові, зобов'язальні тощо) можуть належати, як правило, усім учасникам цивільних відносин. За логікою назви Книги другої можна було б створити ЦК тільки для фізичних осіб, на чому, між іншим, наполягали «господарники».

Нова назва Книги потягнула за собою створення спеціальної статті у главі про юридичні особи під назвою «Особисті немайнові права юридичної особи» (ст. 70 проекту ЦК від 25 серпня 1996 р.), відповідно до якої особисті немайнові права, які можуть належати юридичній особі, визначаються та захищаються так само як і аналогічні права фізичних осіб (Книга друга).

Книга друга проекту ЦК від 25 серпня 1996 р. складалася із трьох глав: Загальні положення (глава 19); Особисті немайнові права, що забезпечують природне існування фізичної особи (глава 20); Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи (глава 21).

Важливим досягненням кодифікаційних робіт у цей період стало формулювання загальної частини особистих немайнових прав. І хоча в тексті загальні положення прив'язані до особистих немайнових прав лише фізичної особи, їх слід розглядати як загальні положення всієї підгалузі особистих немайнових прав. Таким чином, різноманітні особисті права, які містяться в різних частинах ЦК та інших законах, були приведені до єдиної позитивної системи. Достойне місце серед загальних положень зайняли положення про захист особистих немайнових прав. Крім способів захисту, що вже були відомі вітчизняному цивільному законодавству: відшкодування збитків, компенсація моральної шкоди – додано низку нових, зокрема: право суду винести порушникові громадську догану, заборонити випуск у світ газети чи книги, у якій міститься неправдива інформація, вилучити тираж книги чи газети і знищити його [13].

У наступних двох главах особисті немайнові відносини були забезпечені правовим регулюванням у нормальному стані, тобто у порівнянні з попереднім варіантом відбулося їх переведення у позитивне русло правонаділення. До першої групи особистих немайнових прав було віднесено право на життя, на охорону здоров'я, на особисту свободу і недоторканність, право на сім'ю, право на опіку та піклування тощо. Серед особистих немайнових прав другої групи подавався зміст таких прав як право на ім'я, на недоторканність гідності, честі та ділової репутації, на індивідуальність, на особисте життя та його таємницю, на недоторканність житла, на інформацію, на особисті папери, на таємницю кореспонденції, на свободу творчості, на об'єднання, на мирні зібрання.

Розробники проекту ЦК небезпідставно сподівалися, що положення Книги другої сприятимуть гуманізації відносин людей, усвідомленню того, що кожна людина, її життя, здоров'я, гідність є найвищою цінністю в суспільстві [14].

Проект ЦК від 25 серпня 1996 р. був надрукований в журналі «Українське право» накладом 3000 примірників [15], що дало можливість провести його громадське обговорення. Ця публікація дала також поштовх до проведення в Україні наукових досліджень та конференцій з актуальних питань приватного права. Почали виконуватися численні дисертаційні дослідження, в яких аналізувалися положення надрукованого в журналі проекту ЦК [16]. Це повною мірою відноситься і до Книги другої проекту.

В цілому Книга друга знайшла підтримку у науковців¹ та у відгуках на проект органів державної влади. Рішуче виступили проти неї лише «господарники», які продовжували наполегливо нав'язувати суспільству

¹ Див. матеріали, вміщені в журн. Українське право за 1997 р. (№ 1 та № 3) та 1998 р. (№ 1).

ортодоксальний проект свого Господарського кодексу. Зокрема, проф. Г. Знаменський вважав, що положення цієї Книги мають не юридичний, а пропагандистський характер, а тому не заслуговують виділення в окрему книгу. Проф. Г. Знаменський, заперечуючи приватно-правовий аспект прав людини, який вже давно доведений цивілістичною доктриною, наводив стару для цивілістів аргументація про те, що проблематика прав і свобод людини – це сфера конституційного та інших галузей публічного права [17]. Крім того, чомусь було зауважено, що зміст статей Книги другої проекту не відповідає ознакам цивільних відносин, що викладені у ст.1 проекту (юридична рівність, вільне волевиявлення, майнова самостійність)².

6. Проходження проекту у Верховній Раді України (1997–2002 рр.)

Як зазначалося, 25 серпня 1996 р. з'явився текст проекту Книги другої ЦК, який після певних опрацювань протягом 1997–2002 рр. став текстом нині чинного ЦК. Перше читання проекту ЦК у ВР України відбулося в червні 1997 р. Воно не привело до будь-яких змін у порівнянні з внесеним проектом.

Між першим та другим читанням проекту ЦК у ВР України був інтервал у три роки (червень 1997 – червень 2000 рр.). В цей час розробники проекту, які вже мали статус експертів парламентських Тимчасових комісій з підготовки проекту ЦК до розгляду у ВР України, продовжували працю над Книгою другою. Зокрема, було опрацьовано 41 пропозицію щодо змін та доповнень до цієї Книги [18]. Одні пропозиції стосувалися змісту норм, інші – уточнювали термінологію або мали редакційний характер.

Влітку 2000 р., після прийняття проекту у другому читанні, експерти підготували проект ЦК до третього читання. До Книги другої пропонувалося внести понад 30 змін, які також мали редакційний характер і були спрямовані на уточнення формулювань окремих статей [19]. Але ВР України цей варіант змін не розглянула на своїх пленарних засіданнях. Натомість проект Книги другої був внесений на розгляд ВР України у третьому читанні після його редагування проф. З. В. Ромовською та Головним юридичним управлінням ВР України [20]. Книга друга разом з Книгами першою та третьою приймається в останньому читанні 21 червня 2001 р., а 29 листопада 2001 р. ЦК України приймається в цілому. Але Президент України накладає на цей закон *veto* та повертає кодекс на доопрацювання. Серед зауважень та пропозицій Президента України містилися й такі, що стосувалися Книги другої ЦК³. Кодекс повторно приймається ВР України лише 13 січня 2003 р.

² На жаль, така думка проникла навіть до лав цивілістів. Так, в Науково-практичному коментарі Цивільного кодексу України за ред. Харитонової Є. О., Харитонової О. І., Голубевої Н. Ю. (К., 2008. – С. 8) зазначається, що юридична рівність, вільне волевиявлення, майнова самостійність характеризують лише майнові відносини. На нашу думку, це «генний код» всіх цивільних відносин.

³ Зокрема, Президент України вважав, що ч. 6 ст. 285 ЦК (якою передбачалася можливість припинення надання медич-

Слід зазначити, що, незважаючи на чисельність пропозицій та рекомендацій щодо Книги другої протягом її «мандрування» у парламенті, Книга не змінилася ні концептуально, ні структурно, якщо не зважати на деякі редакційні уточнення назв структурних підрозділів, переважно статей¹. А зроблені зміни були спрямовані на відшукування кращого тексту конкретної статті, більш повного та коректного формулювання змісту того чи іншого особистого немайнового права.

Проте слід зауважити, що протягом цього періоду на засіданнях експертів неодноразово виносилося питання про перенесення у формулюванні ст. 1 (цивільні відносини) слів «особисті немайнові» на перше місце, з тим, щоб вони передували майновим відносинам. Це було цілком логічно з огляду на структуру проекту та значущість цих відносин. Але тяжіння старих поглядів на предмет цивільного права було занадто сильним. Не одне покоління юристів вчило, що цивільні закони створювалися для майнових відносин, для майнового обігу, для забезпечення економічного життя суспільства. Особливо наполегливо стояла на цьому проф. Я. М. Шевченко. Але новий підхід все ж таки знайшов собі дорогу і це сталося на фінальній стадії редагування проекту проф. З. В. Ромовською.

7. Зміни у Книзі другій протягом дії ЦК (2004–2008 рр.) та напрями подальшого удосконалення системи особистих немайнових прав

ЦК України діє понад 5 років. За цей період окремими законами внесені деякі зміни до всіх його Книг, в тому числі і до Книги другої, зокрема зміни торкнулися семи її статей. Так в ст. 277 ЦК виправлена помилка, що з'явилася під час юридико-технічного редагування проекту, змінюючи зміст ч. 3 цієї статті². Нову редакцію отримали ст. 277 ЦК (заборона поширення інформації, якою порушуються особисті немайнові права), ст. 295 ЦК (право на зміну імені), ст. 302 ЦК (право нашої допомоги фізичній особі, що перебуває без свідомості, за згодою батьків, інших членів сім'ї, опікуна чи піклувальника та на підставі висновку уповноваженої лікарської комісії з одночасним повідомленням прокурора) не є предметом цивільного законодавства. В цьому випадку ми знов стикаємось з недооцінкою приватноправового аспекту основних прав і свобод людини.

¹ В проекті ЦК, прийнятому у першому читанні, Книга друга складалася із 3 глав та 48 статей. Чинний ЦК має також 3 глави, але 47 статей. В цей період (1997–2002 рр.) 3 статті були зняті (стаття про рівність особистих прав, статті про право на вибір опікуна та піклувальника і про право на патронатне піклування), одна стаття розділена на дві (право на свободу та право на особисту недоторканність), додана одна стаття (повага до людини, яка померла). Назви 11 статей незначно відредаговано. Наприклад, в першому варіанті стаття називалася «Право на об'єднання», в остаточній редакції – «Право на свободу об'єднання». В назві Книги другої та глави 19 термін «фізична особа» вживався у множині, в остаточному варіанті – в однині.

² Це положення було сформульоване так: «Вважається, що негативна інформація, поширена про особу, є недостовірною». Зрозуміло, що тут була пропущена частина речення «якщо особа, яка її поширила, не доведе протилежне». Так, власне, було записано у всіх варіантах проекту ЦК. Проте така помилка викликала бурю критики з боку журналістів.

інформацію) та окремі положення ст. 281 ЦК (право на життя), ст. 296 ЦК (право на використання імені), ст. 301 ЦК (право на особисте життя та його таємницю).

Не вдаючись до розгляду змісту цих змін, слід зауважити, що загалом вони показують один із напрямів, в якому і надалі буде модифікуватися система особистих немайнових прав у цивільному праві. Цей напрям можна характеризувати як покращення змісту вже існуючих статей Книги другої. І це виходить з того, що відразу точно представити позитивний зміст того чи іншого особистого немайнового права дуже важко із-за надзвичайної складності соціальної системи, з елементами якої має зв'язки те чи інше немайнове право.

Другим напрямом удосконалення Книги другої є, на нашу думку, закріплення змісту інших важливих особистих немайнових прав, як першого (фізичного), так і другого (соціального) рівнів, що пов'язано з постійним розвитком будь-якої системи, в тому числі і системи особистих немайнових прав. Так, скажімо, сьогодні ті чи інші немайнові права з огляду на потреби особи ще не мають найважливішого значення, а завтра вони вийдуть на перший план.

Іншим напрямом розвитку системи особистих немайнових прав ми вбачаємо в поступовому накопиченні досвіду правозастосування вже існуючих положень Книги другої. Причому правозастосування повинно бути проникнуто у відповідних випадках судовою практикою європейських інстанцій.

Надзвичайно важливим напрямком ми вважаємо удосконалення загальної частини особистих немайнових прав, яка є своєрідним цементуючим матеріалом для окремих особистих немайнових прав, зафіксованих не тільки в ЦК України, а й у багатьох інших законах.

Самостійної уваги заслуговує питання про особисті немайнові права юридичної особи. Так як справа ця для нас зовсім нова, практика, перш за все, потребує ґрунтовної наукової розробки.

Безумовно, подальших наукових досліджень потребують і всі вищезазнані та, можливо, інші напрями удосконалення системи особистих немайнових прав. Останніми роками українська юридична наука у цій сфері зробила значний крок уперед. Захищено чимало кандидатських та докторських дисертацій, написано чисельні монографії. Особливо слід відзначити вагомий науковий внесок проф. Р. Стефанчука [1; 21; 22]. Добрих слів заслуговує й Хмельницький інститут регіонального управління та права, який постійно ініціює проведення наукових обговорень проблем особистого немайнового права.

Виконанню запропонованих вище завдань сприятиме належне викладання у вузах відповідного матеріалу. У зв'язку з цим вважаємо неприпустимим виклад у підручниках з цивільного права підгалузі особистого немайнового права як продовження глави про фізичну особу³, бо це не відповідає концепції новітньої кодифі-

³ Наприклад, таким чином запропонований виклад у підручниках: Цивільне право України: В 2-х томах. Том 1: Підручник / За ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої. – Х., 2008; Цивільне право України. Академічний курс: Підруч.: У 2 т. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – Вид. 2-ге, доп. і перероб. – К., 2006. – Т. 1.

кації цивільного права та структурі ЦК України. Особисті немайнові права слід викладати у підручниках самостійним розділом, який слідує після загальної частини. Причому цей розділ повинен відноситися не тільки до фізичної особи, а й до всіх суб'єктів цивільного права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Стефанчук Р. О. Загальнотеоретичні проблеми поняття та системи особистих немайнових прав фізичних осіб у цивільному праві України. – Хмельницький, 2006. – С. 6.
2. Ведомости съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. – 1991. – № 26. – Ст. 733.
3. Федюк Л. В. Система особистих немайнових прав у цивільному праві. Монографія. – Івано-Франківськ, 2007. – С. 12–16.
4. Ромовская З. В. Личные неимущественные права граждан СССР: понятие, виды, классификация, содержание, гражданско-правовая защита // Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 1968.
5. Довгерт А. С. Особисті немайнові права // Загальна теорія цивільного права. Підручник / За ред. професорів О. А. Підпригора і Д. В. Бобрової. – К., 1992. – С. 362–376.
6. Цивільний кодекс України. Проект. Перша частина. – К., 1994.
7. Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений. – Л., 1988. – С. 122.
8. Красавчиков О. А. Охрана интересов личности и Свод законов Советского государства // Гражданско-правовая охрана интересов личности в СССР. – Свердловск, 1977. – С. 32–33.
9. Красавчикова Л. О. Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. – Екатеринбург, 1994. – С. 74.
10. Цивільний кодекс України. Проект. Ч. Перша. 2 варіант. – К., 1994.
11. Довгерт А., Калакура В. Про підготовку проекту Цивільного кодексу України // Українське право. — 1997. – № 1. – С. 108–114.
12. Ромовська З. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник. К., 2005. – С. 75.
13. Ромовська З. В. Шляхи вирішення проблеми особистих немайнових прав особи // Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. – К., 2000. – С. 166.
14. Головатий С., Довгерт А., Підпригора О., Пушкін О., Боброва Д., Кузнєцова Н., Луць В., Ромовська З., Мусіяка В., Сібільов М., Шевченко Я. Передмова до проекту Цивільного кодексу України // Українське право. – 1996. – № 2. – С. 12.
15. Цивільний кодекс України. Проект від 25 серпня 1996 р. // Українське право. – 1996. – № 2. – С. 31–523.
16. Головатий С., Довгерт А. Друге видання матеріалів з реформи цивільного права // Українське право. – 1999. – № 1. – С. 4–5.
17. Знаменський Г. Хиби Книги другої проекту ЦК України // Тези доповідей учасників IV Всеукраїнської науково-практичної конференції з питань кодифікації законодавства України, 18–20 червня 1997 р., м. Київ. – К.: УПФ, 1997. – С. 48–50.
18. Загальна характеристика Книги другої // Кодифікація приватного (цивільного) права України. – К., 2000. – С. 154.
19. Порівняльна таблиця до проекту Цивільного кодексу України (третє читання). – К., 2000. – С. 2.
20. Ромовська З. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник. – С. 93.
21. Стефанчук Р. О. Захист честі, гідності та репутації в цивільному праві. – К., 2001.
22. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія. – Хмельницький, 2007.

**ЦИВІЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ: РОБОТА НАД ПОМИЛКАМИ
(ДО П'ЯТОЇ РІЧНИЦІ НАБРАННЯ ЧИННОСТІ ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ)**

Стефанчук Р. О.,

*доктор юридичних наук, професор,
старший науковий співробітник Лабораторії з проблем адаптації
цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

1 січня 2009 року виповнилося 5 років з моменту набрання чинності нового Цивільного кодексу України, що ознаменувало завершення нової віхи у розвитку цивілістичної науки. Бо, ставши предметом науково-політичного компромісу, новий ЦК України на сьогодні є одним із найбільш важливих та найбільш вдалих кодифікацій національного законодавства України. Адже при його підготовці розробникам вдалось «уловити» вектор економічних, політичних та соціальних перетворень та грамотно, логічно і послідовно відобразити їх у тексті Цивільного кодексу. А це вже сповнило даний кодифікований акт новим, непритаманним йому раніше духом: духом поваги до прав та свобод людини, духом вільного ринку, духом свободи підприємництва, тобто усього того, що з часом стало визнано у національній системі законотворчості як «європейські стандарти» та стало культивуватись як ідеал, до якого слід приводити все національне законодавство. Однак, незважаючи на таке значення Цивільного кодексу України, потрібно зазначити, що зовсім непомітно промайнула в Україні п'ята річниця з моменту прийняття однієї із найбільш

важливої кодифікації у сфері приватного права. Зазвичай цей момент мав би стати першим відрізком, коли б уся громадськість проаналізувала ефективність існування цього нормативно-правового акта та виявила основні проблеми та перспективи його вдосконалення. Однак такої системної «роботи над помилками», на жаль, не було проведено ні на доктринальному рівні, ні на офіційному державному рівні. Саме тому ми хотіли б зупинитись на основних проблемах, які, на нашу думку, є притаманними сучасному стану приватноправової кодифікації.

Першою та найбільш важливою проблемою є те, що, на жаль, Цивільний кодекс України так і не став тим єдиним «кодексом приватного права» як це задумувалось в період його розробки. І питання стоїть не тільки у виокремленні Сімейного кодексу України, що вже набив оскомину, Закону України «Про міжнародне приватне право» та існуванні такої суміжної, дублюючої та часто суперечливої кодифікації як Господарський кодекс України. Проблема стоїть набагато ширше. На жаль сьогодні все реальнішими є ризики розбалансова-

ності та, як наслідок, загальної руйнації структури та змісту цивільно-правових положень. І причин цьому декілька. Перша пов'язана із тим, що новий ЦК України за своїм характером пристосований до динамічних змін. Така якість нового ЦК України отримала в науці влучну назву «пасіонарність» [1, с. 19]. І саме «пасіонарність» ЦК України повинна забезпечувати йому здатність відчувати і оперативно відображати у своїх нормах останні тенденції змін у суспільних відносинах. Однак така, з одного боку, позитивна риса ЦК України, що гарантує динамічність та мобільність його положень, з іншого – може містити певну латентну загрозу, яка потенційно здатна призвести до так званої кодексоманії. Прикладом такої розвинутої «кодексоманії» може стати історія внесення змін та доповнень до Кримінального кодексу України, який був прийнятий 5 квітня 2001 року і набрав чинності з 1 вересня 2001 року. Так от, здавалося, Кримінальний кодекс України – високофахова кодифікація кримінального законодавства, яка підготовлена кращими вітчизняними науковими умами, але вже менше ніж за 8 років свого існування до Верховної Ради України було подано понад 200 (!) законопроектів про внесення змін та доповнень до його положень, 40 із яких на сьогодні вже втілені в життя. І це на фоні того, що в загальній теорії права майже в один голос однією із переваг кодифікації над іншими формами систематизації законодавства визначається її стійкий характер. Мабуть саме такий стан речей дав усі підстави академіку В. В. Сташису стверджувати, що переважна більшість із таких змін та доповнень є юридично некоректними, що вказує на їх підготовку не юристами [2].

Аналогічна ситуація складається і стосовно нового Цивільного кодексу України. Адже за 5 років його існування щодо вдосконалення даного кодифікаційного акта цивільного законодавства вже було внесено на розгляд до Верховної Ради України понад 50 законопроектів, 22 із яких на сьогодні прийняті та діють як чинні зміни і доповнення. То ж виникає запитання: чи справді такий вже поганий наш новий ЦК України, що менш ніж за 5 років у ньому знайдено майже півсотні «дір», які підлягають терміновому латанню? Відповідь очевидна. Звичайно ж ні. Адже якщо окремі із положень і справді усувають певні неточності, які було допущено на стадії прийняття нового ЦК України, то велика кількість положень сповнена просто елементарним нерозумінням сутності цивільного законодавства. Наприклад, весь цивілістичний світ свого часу сколихнула внесена до ЦК України зміна щодо введення довірчої власності як особливого виду права власності (ч. 2 ст. 316 ЦК України). При цьому ніде більше в законодавстві не було пояснення щодо поняття, змісту, особливостей здійснення та захисту згаданого виду власності. Певним засиллям публічно-правового імперативу до лона приватного права віддає і від внесення доповнень до ст. 268 ЦК України, відповідно до якої позовна давність не поширюється на вимогу центрального органу виконавчої влади, що здійснює управління державним резервом, стосовно виконання зобов'язань, що випливають із Закону України «Про державний матеріальний резерв». Не зовсім юридично виваженим видається нам і доповнення п. 2 ст. 190 ЦК України,

відповідно до якого між поняттям «майнове право» та «речове право» ставиться знак тотожності, ігноруючи при цьому такі різновиди майнових прав як зобов'язальні, корпоративні, виключні та інші цивільні права. Але це вже відноситься до категорії «маємо те, що маємо». Хоча і з такими «узаконеними недолугостями» треба боротись.

Більшу загрозу для цілісності та одноманітності положень ЦК України становить низка змін і доповнень, які перебувають на розгляді у Верховній Раді. Звичайно, дуже б хотілося, щоб окремі із них отримали свою негативну оцінку ще на стадії юридичної експертизи законопроекту і не стали предметом лобіювання заради задоволення власних корпоративних інтересів. Адже дуже важко буде усвідомити, як, наприклад, в ЦК України існуватиме норма, яка покликана регулювати відносини щодо порядку здійснення допиту (відносини щодо порядку здійснення якого є предметом правового регулювання кримінально-процесуального законодавства), як це пропонується в законопроекті щодо використання засобів інструментальної діагностики Емоційної напруги при допиті фізичної особи. Або ж законопроект із претензійною назвою – проект Закону про внесення змін до Цивільного кодексу України (щодо відповідності законодавству Європейського Співтовариства), у якому йдеться всього про деякі аспекти вдосконалення окремих положень ЦК України, які аж ніяк не пов'язані із питаннями адаптації національного законодавства до законодавства ЄС. Продовжувати такі приклади можна довго. Тому проблема очевидна. Однак вважаємо, що слід більш уваги сконцентрувати не стільки на проблемах, скільки на шляху їх вирішення.

На нашу думку, вирішення вказаних проблем можливе кількома шляхами. По-перше, розробка законодавчих актів повинна бути не лише «покликом душі», а й справою професіоналів. Тому в цьому напрямі, вважаємо, ефективним буде залучення до законотворчого процесу практичних працівників судів, правоохоронних та правозастосовних органів. Особливу увагу слід звернути на наукові розробки, які здійснюються здобувачами наукового ступеня, особливо щодо сфери юридичних наук. Адже будь-яке наукове дослідження, тим паче, якщо воно вистраждане власними зусиллями, повинно мати прикладне значення, яке може полягати в обов'язковості формулювання здобувачем своєї редакції відповідної норми чи змін та доповнень до вже існуючих актів законодавства.

По-друге, вважаємо, що необхідно посилити питання експертизи законопроектів. Адже доводиться констатувати той факт, що через вал законодавчої активності окремих суб'єктів права законодавчої ініціативи, яка доволі часто обернено пропорційна якості цих законопроектів, офіційна державна експертиза є не завжди ефективною. Адже не секрет, що інколи до уваги може більше братись не стільки якість законопроекту, скільки вагомість імені суб'єкта права законодавчої ініціативи. І тому, вважаємо, що доцільно більш широко залучати громадську експертизу законопроектів у наукових установах Національної академії наук України та, що особливо важливо, – Академії правових наук України. Допоміжними в цьому напрямі могли б стати ви-

щі навчальні заклади, які мають відповідні правові школи за певними напрямками. Найбільш значущі законопроекти доцільно публікувати в засобах масової інформації з метою їх детального обговорення.

По-третє, при здійсненні законопроектної діяльності потрібно чітко відслідковувати три основних тенденції: тенденцію відповідності, тенденцію повноти та тенденцію системності. Коли мова йде про відповідність, то мається на увазі, що зміни до законодавства повинні відповідати чинному ЦК України. І саме тому наявність абз. 3 ч. 2 ст. 4 ЦК України дає нам законодавчі підстави вимагати, щоб суб'єкт права законодавчої ініціативи, який подав до Верховної Ради України проект закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж ЦК України, одночасно подавав проект закону про внесення змін до Цивільного кодексу. Проте слід зауважити, що доволі часто ця норма не виконується. І тому виходом із даної ситуації, на нашу думку, може бути надання кодифікованим актам вищої юридичної сили, ніж законам України. Таке положення повинно віднайти своє місце в вистражданому законопроекті «Про нормативно-правові акти», оскільки воно дасть можливість забезпечити концептуальну єдність цивільного законодавства. Що стосується повноти, то нам потрібно якомога швидше закінчувати прийняття тих законів, на які існує відсилання у тексті ЦК України, але які до цих пір не прийняті (наприклад, ст. 1177 ЦК України). Що ж стосується системності ЦК України, під яким ми розуміємо забезпечення доктринальної структурованості та непорушності принципів побудови ЦК України, то

тут слід погодитись із професором А. С. Довгертом, який вважає, що доцільно ввести такий орган як кодифікаційну раду (чи інший науково-консультативний орган), яка буде надавати висновки щодо якості законопроекту та того чи він впливає на системну єдність кодифікованого акта.

Важливим питанням слід визнати відсутність єдності та системності судової практики по однорічних питаннях. При цьому ми не торкаємось загальної проблеми подекуди низького юридичного фаху суддів. Мова йтиме про інше. Нам видається за важливе, щоб Верховний Суд України більш чітко відслідковував питання судової практики, більш повно та ефективно здійснював аналіз судової практики по різних питаннях та формулював свої правові позиції.

І лише за дотримання вказаних напрямів розвитку ми зможемо якщо не викоринити, то, принаймні, суттєво знизити кількість зловживань та елементарних амбіційних юридичних некоректностей, які відбуваються при вдосконаленні положень Цивільного кодексу України. Досягнення цього результату стане першим кроком до ствердження загальних, прозорих, зрозумілих та стабільних правил гри в сфері приватного права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Харитонов Є. О. Новий Цивільний кодекс України як кодекс «пасіонарного» типу / Є. О. Харитонов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2002. – № 2. – С. 16–20.
2. Ковальський В. Правова наука в пошуках істини / Віктор Ковальський // Юридичний вісник України. – 2006. – № 11.

ШЛЯХИ РОЗВИТКУ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ НА ЗЛАМІ ТИСЯЧОЛІТЬ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВА РЕТРОСПЕКТИВА

Скрипнюк О. В.,

*доктор юридичних наук, професор, академік АПрН України,
завідувач відділу теорії та історії приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

Аналізуючи шляхи становлення та розвитку громадянського суспільства в Україні, не можна залишити поза увагою те, яким чином загальна орієнтація на розбудову та всебічне сприяння становленню інститутів громадянського суспільства в Україні відображена в складному й тривалому конституційному процесі України. На перший погляд таке, суто історико-правове звернення до методологічних питань генези конституційної системи незалежної України, має надзвичайно важливе теоретико-правове значення. Адже процес розробки та прийняття Конституції, по суті, виявився ще й процесом опрацювання, вироблення та обґрунтування тієї теоретичної моделі громадянського суспільства, яка була покладена в основу подальшого розвитку суверенної, демократичної Української держави.

Одним із перших актів, у зазначеному контексті, була Концепція нової Конституції України, схвалена Верховною Радою Української РСР 19 червня 1991 року. У третьому розділі «Громадянське суспільство і держава» зазначалося, що «Конституція Республіки має закріпити основи формування, розвитку і захисту громадянського суспільства, визначити засади його взаємозв'язків з державою... вона, зокрема, повинна прого-

лосити пріоритет громадянського суспільства над державою, яка забезпечує умови нормального його функціонування» [1]. Фактично цією Концепцією було окреслено як основні вимоги щодо майбутньої Конституції України, так і основоположні принципи співіснування демократичної, правової, соціальної влади та громадянського суспільства. Слід згадати такі вимоги до змістовної розробки конституційних положень:

– гарантування економічної свободи, багатоманітності, рівноправності й недоторканності форм власності та їх захист з боку держави;

– правове забезпечення господарської самостійності промислових і сільськогосподарських підприємств, неприпустимості монополізації економіки, захисту діяльності власників від адміністративно-командних методів керівництва, свободи підприємництва і чесної конкуренції на основі ринкових відносин, захисту прав та інтересів споживачів;

– закріплення положень щодо реалізації принципів гуманізму і соціальної справедливості, виключення зрівнялівки та нейтралізації утриманських настроїв;

– проголошення свободи і добровільності праці, закріплення принципу вільного вибору трудової діяльності;

– створення умов для зайнятості працездатного населення і здійснення соціального захисту громадян шляхом проведення ефективної соціально-економічної політики, забезпечення охорони праці, достатнього рівня життя для різних верств населення на основі індексації заробітної плати, пенсій та інших соціальних виплат;

– покладання на державу обов'язку піклуватися про сім'ю, проводити таку молодіжну та демографічну політику, яка б сприяла стабільності шлюбів, забезпечувала охорону материнства і дитинства;

– закріплення принципів та гарантій екологічної безпеки і раціонального природокористування;

– закріплення основних положень про організацію науки, освіти, культури і духовного розвитку народу України, гарантування всім меншинам, що проживають на території України, права вільного національно-культурного розвитку;

– визначення ефективної системи охорони здоров'я, форм і принципів медичного обслуговування населення (насамперед це високоефективне, повне, своєчасне, рівноправне і доступне медичне обслуговування);

– закріплення засад створення і діяльності в Україні громадських об'єднань (політичних партій, громадських організацій, рухів тощо) та заборона створення і діяльності партій, інших громадських об'єднань і рухів, що ставлять за мету насильницьку зміну конституційного ладу, порушення територіальної цілісності країни, а також підризу її безпеки, розпалювання національної, расової, релігійної ворожнечі, зазіхання на права людини, національних меншин та української нації;

– проголошення та забезпечення положення про можливість досягнення політичної влади лише через вільні демократичні вибори;

– забезпечення гласності в усіх сферах життєдіяльності суспільства, свободи слова і друку, вільного функціонування ЗМІ.

Зазначені у Концепції 1991 року кроки щодо конституційно-правового забезпечення діяльності громадянського суспільства та соціальної, правової держави дістали відображення в тому, як розвивався процес розробки й прийняття Конституції України. Так, у Проекті Конституції, винесеному на всенародне обговорення Верховною Радою України в редакції від 1 липня 1992 року, весь третій розділ було присвячено проблемі взаємодії громадянського суспільства і держави. Про важливість зазначених питань свідчить хоча б те, що цей розділ було вміщено в Проекті безпосередньо після визначення загальних засад конституційного ладу (розділ I) та прав і свобод людини і громадянина (розділ II). Структурно цей розділ складався з восьми глав: загальні положення (глава 7, статті 64, 65), власність (глава 8, статті 66–73), підприємництво (глава 9, статті 74–78), екологічна безпека (глава 10, статті 79–83), сім'я (глава 11, статті 84–88), освіта, наука і культура (глава 12, статті 89–94), громадські об'єднання (глава 13, статті 95–98), свобода інформації (глава 14, статті 99–103).

Такий структурний аналіз доречний з огляду на те, що в ньому відображено не лише характер правових норм, покликаних врегулювати державну політику в тих чи інших сферах, безпосередньо пов'язаних з діяльністю громадянського суспільства, а й надано юридич-

ну класифікацію основних напрямів право забезпечувальної діяльності державної влади, яка дає змогу успішно функціонувати основним інститутам громадянського суспільства, перетворюючи його з ідеологічного гасла на державно-правову та суспільну реальність.

Саме тому в Проекті чітко визначалися правові позиції щодо власності. Так, у ст. 66 було зафіксовано положення: «Власність в Україні є публічною і приватною... публічною власністю є державна і комунальна власність, а вся інша власність — приватна». Водночас у частині третій цієї статті йшлося про те, що держава підтримує соціальну функцію власності. На жаль, це положення було виключено із наступних проектів Конституції. Отже, у приватній власності можуть бути засоби виробництва, майно будь-якого призначення, а також результати виробничої та інтелектуальної праці. Щодо землі, то відповідно до ст. 68 Проекту вона може бути як у публічній, так і у приватній власності.

Важливою юридичною паралеллю в процесі розробки Проекту стало прийняття Закону України «Про власність» від 7 лютого 1991 року [2]. Звичайно, не можна вважати, що ним було вирішено всі проблеми щодо відносин власності в Україні, а також їх правового регулювання. Проте не можна недооцінювати і тих нормативно-правових положень, необхідних для нормальної розбудови інститутів громадянського суспільства, що були ним зафіксовані. Так, ст. 2 закріплювалися такі важливі норми: «Право власності — це врегульовані законом суспільні відносини щодо володіння, користування і розпорядження майном. Право власності в Україні охороняється законом. Держава забезпечує стабільність правовідносин власності. Кожен громадянин в Україні має право володіти, користуватися і розпоряджатися майном особисто або спільно з іншими. Власність виступає в таких формах: приватна, колективна, державна. Всі форми власності є рівноправними». Важливим видається і третій розділ Закону — «Право індивідуальної власності» (ст. 11–19).

По-перше, у ст. 11 чітко встановлювалося, що суб'єктами права приватної власності в Україні є громадяни України, іноземні громадяни та особи без громадянства. Щодо підстав виникнення права приватної власності, то законодавцями було чітко визначено: «Праця громадян є основою створення і примноження їх власності». Тобто громадянин може набувати право власності на доходи від участі в суспільному виробництві, індивідуальній праці, підприємницької діяльності, вкладення коштів у кредитні установи, акціонерні товариства, а також на майно, одержане в результаті успадкування або укладення інших угод, не заборонених законом. Щодо об'єктів права приватної власності, то відповідно до ст. 13 до них було віднесено: житлові будинки, квартири, предмети особистого користування, дачі, садові будинки, предмети домашнього господарства, продуктивна і робоча худоба, земельні ділянки, насадження на земельній ділянці, засоби виробництва, вироблена продукція, транспортні засоби, кошти, акції, інші цінні папери, а також інше майно споживчого і виробничого призначення. Об'єктами права власності громадян також визнавалися твори науки, літератури та мистецтва, відкриття, винаходи, корисні моделі,

промислові зразки, раціоналізаторські пропозиції, знаки для товарів і послуг та інші результати інтелектуальної праці.

По-друге, слід звернути увагу на ст. 19, де визначалися основні права громадян щодо здійснення права приватної власності: 1) право використовувати належне їм майно для ведення господарської та іншої не забороненої законом діяльності; 2) право передавати належне їм майно у тимчасове користування іншим громадянам, юридичним особам та державі; 3) право відчужувати належне їм майно.

Сферою визначення меж правового втручання держави у діяльність суспільства, чому приділено особливу увагу в процесі підготовки Проекту, стало законодавче закріплення основних засад та принципів здійснення підприємницької діяльності (глава 9). Зокрема, ст. 74 передбачала, що держава гарантує свободу підприємництва, договорів і сумлінної та ненадмірної конкуренції, створює економічні передумови для їхнього розвитку, використовуючи для цього економічний механізм регулювання, формуючи валютно-фінансову, податкову, цінову, інвестиційну та кредитну політику. При цьому категорично заборонялося втручання державних органів у безпосередню господарську діяльність підприємств (за винятком введення воєнного або надзвичайного стану).

Продовжувати дослідження шляхів здійснення законотворчої діяльності щодо правового забезпечення та створення конституційно-законодавчих засад функціонування громадянського суспільства не можна без висвітлення проблеми співвідношення принципу «державного невтручання», проголошеного у сфері взаємодії демократичної влади і громадянського суспільства та «гарантування дотримання основних прав і свобод» правової, соціальної держави. Однак, щоб наповнити запропоновані методологічні висновки практичним правовим змістом, слід дослідити, як зазначена «колізія», яка, на думку деяких дослідників, є принципово нерозв'язаною, вирішується в галузі підприємницької діяльності. Звернення до цього питання видається актуальним ще й з тієї причини, що здебільшого всі аргументи проти перебирання державою ряду соціальних функцій (коли вона починає безпосередньо діяти як соціальна держава) стосуються саме економічного аспекту поєднання свободи підприємництва, характерного для ринкового типу економіки, з необхідністю накладення цілої низки обмежень і обов'язків на суб'єктів підприємницької діяльності.

На перший погляд, подібне делегування всіх функцій управління підприємницькою діяльністю самим підприємцям повинно логічно призвести до того, що принцип свободи підприємницької діяльності дасть кожному власнику того чи іншого підприємства право нехтувати принципом соціальної справедливості. Тобто утвориться своєрідна правова «піраміда принципів», коли між двома зазначеними положеннями ми змушені встановити ієрархічні відносини й на рівні тлумачення конституційних норм визнати за одним із згаданих принципів (до речі, цей список може бути розширено) юридичний пріоритет. Вирішення цієї проблеми, запропоноване авторами Проекту, полягало в тому, що в ст.

75 було зафіксовано таке положення: «З метою забезпечення соціальної справедливості підприємництва визнається право трудових колективів брати участь в управлінні підприємствами у формах і межах, встановлених законом». Тобто функцію підтримання соціальної справедливості було покладено на самі трудові колективи як складову громадянського суспільства.

Проте цілком зрозуміло і те, що така важлива для існування громадянського суспільства та правової, соціальної держави сфера як підприємництво потребує не лише конституційно-правової регламентації, а й всебічної охорони як з погляду забезпечення умов для її здійснення і розвитку, так і з охорони від протидії такій діяльності і порушень правил її функціонування [3]. У зв'язку з цим слід звернутися до аналізу трьох важливих на той час законів — «Про підприємництво» від 7 лютого 1991 року [4], «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року [5] та «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» від 18 лютого 1992 року [6].

У першому з них визначалися загальні правові, економічні та соціальні засади здійснення підприємницької діяльності (підприємництва) громадянами та юридичними особами на території України, а також встановлювалися гарантії свободи підприємництва, його державної підтримки. Так, у ст. 1 підприємництво було визначено як самостійна ініціатива, систематична, на власний ризик діяльність по виробництву продукції, виконанню робіт, наданню послуг та заняття торгівлею з метою одержання прибутку. Відповідно до Закону підприємництво здійснюється на основі таких принципів як: вільний вибір видів діяльності; залучення на добровільних засадах до здійснення підприємницької діяльності майна та коштів юридичних осіб і громадян; самостійне формування програми діяльності та вибір постачальників і споживачів виробленої продукції, встановлення цін відповідно до законодавства; вільний найом працівників; залучення і використання матеріально-технічних, фінансових, трудових, природних та інших видів ресурсів, використання яких не заборонено або не обмежено законодавством; вільне розпорядження прибутком, що залишається після внесення платежів, установлених законодавством; самостійне здійснення підприємцем — юридичною особою зовнішньоекономічної діяльності, використання будь-яким підприємцем належної йому частки валютної виручки на власний розсуд (ст. 5).

У третьому розділі закону «Підприємець і держава» чітко зазначалося, що держава гарантує всім підприємцям, незалежно від обраних ними організаційних форм підприємницької діяльності, рівні права і створює рівні можливості для доступу до матеріально-технічних, фінансових, трудових, інформаційних, природних та інших ресурсів. Водночас вона гарантує недоторканність майна і забезпечує захист права власності підприємця, а збитки, завдані підприємцю внаслідок порушення громадянами, юридичними особами і державними органами його майнових прав, що охороняються законом, відшкодовуються підприємцю відповідно до чинного законодавства України (ст. 12).

Тобто з метою створення сприятливих організаційних та економічних умов для розвитку підприємництва держава офіційно взяла на себе такі зобов'язання (ст. 14): 1) на умовах і в порядку, передбачених чинним законодавством, надавати земельні ділянки, передавати підприємцю державне майно (виробничі та нежилі приміщення, законсервовані й недобудовані об'єкти та споруди, невикористовуване устаткування), необхідні для здійснення підприємницької діяльності; 2) сприяти організації матеріально-технічного забезпечення та інформаційного обслуговування підприємців, підготовці й перепідготовці кадрів; 3) здійснювати первісне облаштування неосвоєних територій об'єктами виробничої і соціальної інфраструктури з продажем або передачею їх у кредит підприємцю; 4) стимулювати за допомогою економічних важелів (цільових субсидій, податкових пільг тощо) модернізацію технології, інноваційну діяльність, освоєння нових видів продукції та послуг; 5) надавати підприємцям цільові кредити; 6) подавати підприємцям інші види допомоги.

Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» визначає правові засади захисту підприємців і споживачів від недобросовісної конкуренції та спрямований на встановлення, розвиток і забезпечення торгових та інших чесних правил ведення конкуренції при здійсненні підприємницької діяльності в умовах ринкових відносин. Слід звернути увагу, насамперед, на визначення поняття недобросовісної конкуренції: це будь-які дії, що суперечать торговим та іншим чесним правилам у підприємницькій діяльності. У II, III та IV главах Закону закріплено класифікацію дій, що констатують поняття недобросовісної конкуренції. По-перше, це неправомірне використання ділової репутації підприємця (ст. 4–7), по-друге, створення перешкод підприємцям у процесі конкуренції та досягнення неправомірних переваг у конкуренції (ст. 8–15), по-третє, неправомірне збирання, використання та поширення комерційної таємниці (ст. 16–19).

До першої з перелічених груп законодавцями віднесено такі дії:

1. Неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упаковки, тобто використання без дозволу уповноваженої на те особи чужого імені, фірмового найменування, знаків для товарів і послуг, інших позначень, а також рекламних матеріалів, упаковки товарів, назв літературних, художніх творів, періодичних видань, назв місць походження товарів, що може призвести до змішування з діяльністю іншого підприємця, який має пріоритет на їх використання.

2. Неправомірне використання товару іншого виробника, тобто введення у господарський обіг під своїм позначенням товару іншого виробника шляхом змін чи зняття позначень виробника без дозволу уповноваженої на те особи.

3. Копіювання зовнішнього вигляду виробу, тобто відтворення зовнішнього вигляду виробу іншого підприємця і введення його у господарський обіг без одностороннього зазначення виробника копії, що може призвести до змішування з діяльністю іншого підприємця.

4. Порівняльна реклама, тобто така, що містить порівняння з товарами, роботами, послугами чи діяльністю іншого підприємця.

До другої зазначеної у Законі групи належать такі дії:

1. Дискредитація підприємця, тобто поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з особою чи діяльністю підприємця, які завдали або могли завдати шкоди діловій репутації підприємця.

2. Купівля-продаж товарів, виконання робіт, надання послуг із примусовим асортиментом, тобто купівля-продаж одних товарів, виконання робіт, надання послуг за умови купівлі-продажу інших товарів, виконання робіт, надання послуг, не потрібних споживачу або контрагенту.

3. Схиляння до бойкоту підприємця, тобто спонукання конкурентом іншої особи, безпосередньо або через посередника, до відмови від встановлення договірних зв'язків із цим підприємцем.

4. Схиляння постачальника до дискримінації покупця (замовника), тобто спонукання постачальника конкурентом покупця (замовника), безпосередньо або через посередника, до надання постачальником конкуренту покупця (замовника) певних переваг перед покупцем (замовником) без достатніх на те підстав.

5. Схиляння підприємця до розірвання договору з конкурентом, тобто вчинене з корисливих мотивів або в інтересах третіх осіб спонукання підприємця – учасника договору до невиконання або виконання не належним чином договірних зобов'язань перед цим конкурентом шляхом надання або пропонування підприємцю – учаснику договору, безпосередньо або через посередника, матеріальної винагороди, компенсації чи інших переваг.

6. Підкуп працівника постачальника, тобто надання або пропонування йому конкурентом покупця (замовника), безпосередньо або через посередника, матеріальних цінностей, майнових або немайнових благ за неналежне виконання або невиконання працівником постачальника службових обов'язків, що впливають з укладеного чи пов'язані з укладенням між постачальником і покупцем договору поставки товарів, виконання робіт, надання послуг, що призвело або могло призвести до отримання конкурентом покупця (замовника) певних переваг перед покупцем (замовником).

7. Підкуп працівника покупця (замовника), тобто надання або пропонування йому конкурентом постачальника, безпосередньо або через посередника, матеріальних цінностей, майнових чи немайнових благ за неналежне виконання або невиконання працівником покупця (замовника) службових обов'язків, що впливають з укладеного або пов'язані з укладенням між постачальником і покупцем договору поставки товарів, виконання робіт, надання послуг, що призвело або могло призвести до отримання конкурентом постачальника певних переваг перед постачальником.

8. Досягнення неправомірних переваг у конкуренції, тобто отримання таких переваг щодо іншого підприємця шляхом порушення чинного законодавства, яке підтверджене рішенням державного органу, наділеного відповідною компетенцією.

Третю групу становлять діяння, що суперечать чесним правилам ведення конкуренції:

1. Неправомірне збирання комерційної таємниці, тобто добування протиправним способом відомостей,

що відповідно до законодавства України становлять комерційну таємницю, якщо це завдало чи могло завдати шкоди підприємцю.

2. Розголошення комерційної таємниці, тобто ознайомлення іншої особи без згоди особи, уповноваженої на те, з відомостями, що відповідно до чинного законодавства України становлять комерційну таємницю, особою, якій ці відомості були довірені у встановленому порядку або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків, якщо це завдало чи могло завдати шкоди підприємцю.

3. Схилення до розголошення комерційної таємниці, тобто спонукання особи, якій були довірені у встановленому порядку або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків відомості, що відповідно до законодавства України становлять комерційну таємницю, до розкриття цих відомостей, якщо це завдало чи могло завдати шкоди підприємцю.

4. Неправомірне використання комерційної таємниці, тобто впровадження у виробництво або врахування під час планування чи здійснення підприємницької діяльності без дозволу уповноваженої на те особи неправомірно отриманих відомостей, що становлять відповідно до законодавства України комерційну таємницю.

Вчинення всіх зазначених дій тягне за собою накладання Антимонопольним комітетом України штрафів, передбачених цим Законом, а також адміністративну, цивільну та кримінальну відповідальність у випадках, передбачених законодавством.

Третій із згаданих нами – Закон України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності». Ним визначалися правові основи обмеження і попередження монополізму, недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності та здійснення державного контролю за додержанням норм анти монопольного законодавства. Обґрунтованим є звернення до норм, які безпосередньо регулюють відносини підприємницької діяльності й забезпечують рівне правове становище всіх суб'єктів підприємницької діяльності. Надзвичайно важливим є положення ст. 4, в якій дається юридична класифікація дій щодо зловживання монопольним становищем: 1) нав'язування таких умов договору, які ставлять контрагентів у нерівне становище, або додаткових умов, що не стосуються предмета договору, в тому числі нав'язування товару, не потрібного контрагенту; 2) обмеження або припинення виробництва, а також вилучення з обороту товарів, що призвели або можуть призвести до створення або підтримки дефіциту на ринку чи встановлення монопольних цін; 3) часткова або повна відмова від реалізації чи закупівлі товару при відсутності альтернативних джерел постачання або збуту, що призвели або можуть призвести до створення або підтримки дефіциту на ринку чи встановлення монопольних цін; 4) інші дії, що призвели або можуть призвести до створення перешкод доступу на ринок (виходу з ринку) інших суб'єктів господарювання; 5) встановлення дискримінаційних цін (тарифів, розцінок) на свої товари, що обмежують права окремих споживачів; 6) встановлення монопольно високих цін (тарифів, розцінок) на свої товари, що призвело або

може призвести до порушення прав споживачів; 7) встановлення монопольно низьких цін (тарифів, розцінок) на свої товари, що призвело або може призвести до обмеження конкуренції.

Проте, визначаючи коло можливих порушень у цій важливій сфері суспільного життя, слід зазначити, що їх суб'єктом можуть виступати не лише підприємці. Дискримінація суб'єктів господарювання, як свідчать непоодинокі факти, може здійснюватися також органами державної влади, органами місцевого самоврядування та органами адміністративно-господарського управління та контролю. Тому в ст. 6 було встановлено перелік тих дій, які містять ознаки такого правопорушення. Це, зокрема: 1) заборона створення нових підприємств чи інших організаційних форм підприємства в будь-якій сфері діяльності, а також встановлення обмежень на здійснення окремих видів діяльності, на виробництво певних видів товарів, що призвели або можуть призвести до обмеження конкуренції; 2) примушення суб'єктів господарювання до вступу в асоціації, концерни, міжгалузеві, регіональні та інші об'єднання підприємств, а також до пріоритетного укладання договорів, першочергової поставки товарів певному колу споживачів; 3) прийняття рішень про централізований розподіл товарів, що призвело або може призвести до монопольного становища на ринку; 4) встановлення заборони на реалізацію товарів з одного регіону республіки в інший; 5) надання окремим суб'єктам господарювання податкових та інших пільг, які ставлять їх у привілейоване становище щодо інших суб'єктів господарювання, що призвело або може призвести до монополізації ринку певного товару; 6) обмеження прав суб'єктів господарювання щодо придбання та реалізації товарів; 7) встановлення заборон чи обмежень відносно окремих суб'єктів господарювання або груп суб'єктів господарювання.

Наступною сферою активної взаємодії правової, соціальної держави та громадянського суспільства, яка в сучасних умовах виходить на перший план, є за забезпечення стану екологічної безпеки. При цьому мається на увазі не лише та ситуація, що сьогодні реально склалася в Україні, а й загальносвітова тенденція розвитку певного кола функцій громадянського суспільства [7]. В зазначеній структурі взаємодії держава бере на себе обов'язок виконання таких функцій:

1) здійснення екологічної політики, спрямованої на забезпечення екологічної безпеки шляхом охорони навколишнього середовища та збереження генетичного фонду живої природи;

2) здійснення заходів щодо охорони і науково обґрунтованого, раціонального використання землі, водних ресурсів, рослинного і тваринного світу, для збереження в чистоті ґрунту, повітря і води, відтворення природних ресурсів, а також організація відселення людей із зон екологічного лиха;

3) забезпечення раціональної переробки і використання вторинної сировини, відходів виробництва та споживання.

Зі свого боку, громадянське суспільство в особі незалежних асоціацій, неурядових організацій, громадських об'єднань тощо здійснює громадський контроль

за станом природного середовища, будівництвом, розміщенням та діяльністю екологічно небезпечних об'єктів, постачанням населенню продуктів харчування і предметів побуту, за додержанням умов життя і праці відповідно до встановлених державою екологічних стандартів.

Важливим етапом закріплення цих повноважень громадянського суспільства стало прийняття Закону України «Про екологічну експертизу» від 9 лютого 1995 року, в якому ця експертиза визначалася як вид науково-практичної діяльності спеціально уповноважених державних органів, еколого-експертних формувань та об'єднань громадян, що ґрунтується на міжгалузевому екологічному дослідженні, аналізі та оцінці передпроектних, проектних та інших матеріалів чи об'єктів, реалізація і дія яких може негативно впливати або впливає на стан навколишнього природного середовища та здоров'я людей і спрямована на підготовку висновків про відповідність запланованої чи здійснюваної діяльності нормам і вимогам законодавства про охорону навколишнього природного середовища, раціонального використання і відтворення природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки.

Отже, поряд з державною екологічною експертизою існує і така її форма як громадська екологічна експертиза (ст. 12), котра відповідно до ст. 16 може здійснюватися в будь-якій сфері діяльності, що потребує екологічного обґрунтування, за ініціативою громадських організацій чи інших громадських формувань. При цьому громадська екологічна експертиза може здійснюватися одночасно з державною шляхом створення на добровільних засадах тимчасових або постійних еколого-експертних колективів громадських організацій чи інших громадських формувань.

Порядок оголошення заяви про проведення громадської екологічної експертизи встановлюється ст. 40: з метою інформування населення та узгодження дій з іншими об'єднаннями громадян суб'єкти громадської екологічної експертизи оголошують через ЗМІ заяву про проведення громадської екологічної експертизи, в якій зазначаються відомості про склад громадського еколого-експертного формування, перелік спеціалістів, залучених до участі в експертизі, об'єкт екологічної експертизи, строки її проведення. Заява подається до відповідних місцевих органів виконавчої влади та державної екологічної експертизи. Щодо висновків про результати діяльності громадських екологічних експертів, то вони можуть бути висвітлені у ЗМІ й надіслані відповідним органам виконавчої влади на місцях, органам державної екологічної експертизи, іншим заінтересованим органам і особам та замовникам об'єктів екологічної експертизи, щодо яких вона проводилася. Водночас ці висновки можуть враховуватися при проведенні державної екологічної експертизи, а також органами, що приймають рішення про реалізацію об'єкта експертизи.

Фактично діяльність громадських об'єднань як складових громадянського суспільства в процесі здійснення екологічного контролю багато в чому залишається нерозробленою. Певною мірою це пояснюється не обхідністю подальшої законодавчої діяльності у цьому напрямі, проте здебільшого причини неефективності

цих суспільно важливих функцій слід шукати у відсутності нормативно-правового досвіду відстоювання громадських екологічних інтересів.

Органічним продовженням конституційного, політико-правового забезпечення шляхів розбудови в Україні громадянського суспільства стала розробка Комісією Верховної Ради України Проекту Конституції України в редакції від 27 травня 1993 року. Зокрема, у ст. 64, 65 було зафіксовано такі важливі положення:

– громадянське суспільство ґрунтується на засадах свободи і рівноправності людей, самоорганізації і саморегулювання;

– держава покликана служити громадянському суспільству;

– правове регулювання в громадянському суспільстві здійснюється в межах, визначених Конституцією, і спрямоване на забезпечення інтересів людини.

У цьому Проекті був також розділ «Громадянське суспільство і держава», в якому визначалися основні конституційні норми щодо регулювання відносин власності (ст. 66–68), підприємництва (ст. 69–72), а також проблем екологічної безпеки, свободи інформації (ст. 90–93), забезпечення правового становища громадських об'єднань (ст. 85–89) тощо.

Чимало із щойно досліджених норм та положень дістало закріплення в остаточному варіанті Конституції України (хоча в ній і немає такого розділу як «Громадянське суспільство та держава»), який, до речі, зарубіжними фахівцями було оцінено як «основу утвердження України як плюралістичної і демократичної держави, що захищає права людини». Мається на увазі висновок Європейської комісії «Демократія через право».

Більшість з тих положень, що врегульовували діяльність політичних партій та громадських організацій, увійшла в ст. 36 та 37 Конституції України. Маються на увазі такі засадничі принципи: 1) громадяни України мають право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів; 2) політичні партії в Україні сприяють формуванню і вираженню політичної волі громадян, беруть участь у виборах; 3) громадяни мають право на участь у професійних спілках з метою захисту своїх трудових і соціально-економічних прав та інтересів; 4) заборона діяльності об'єднань громадян здійснюється лише в судовому порядку.

Отже, навіть коротке ознайомлення з процесом законодавчого закріплення тих вихідних політико-правових засад, які забезпечують створення сприятливих умов для всебічного розвитку інститутів громадянського суспільства в Україні, а також регламентують основні механізми та принципи взаємодії громадянського суспільства із правовою, соціальною державою, дає підстави для висновку про постійну увагу до цих питань у ході розбудови в Україні демократичної держави. І це цілком логічно, оскільки, як показано вище, вже сама орієнтація на створення демократичної системи управління, на реалізацію норм та принципів правової, соціально орієнтованої державної влади об'єктивно зумовлюють звернення до питань громадянського суспільства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Конституція незалежної України. Документи, коментарі, статті. – К., 1995. – Кн. 1. – С. 70.
2. Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 20. – Ст. 249.
3. Цельов О. Деякі аспекти компетенції міліції в сфері охорони підприємницької діяльності від монополізму та недобросовісної кон-

курентції // Громадянське суспільство і правова держава, проблеми становлення. – К., 1997. – С. 37.

4. Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 14. – Ст. 168.
5. Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 36. – Ст. 164.
6. Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 21. – Ст. 296.
7. Гражданское общество. Мировой опыт и проблемы России. – С. 35.

ЛІНГВІСТИЧНА СКЛАДОВА ПРИВАТНОГО ПРАВА: СПОСОБИ РЕАЛІЗАЦІЇ ОДНОГО ЗНАЧЕННЯ

Янчук І. А.,

*кандидат філологічних наук,
старший науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

У пізнанні основних закономірностей і засад юридичної галузі застосовується сучасний український лексикон. Мовні знаки є не тільки засобом накопичення, узагальнення, а й – поширення знань та обміну інформацією. Задіяні в цих процесах мовні знаки мають сприяти розумінню права в усіх його розгалуженнях і диференціаціях.

В теорії права велика увага приділяється категорії праворозуміння, вона є першоджерельною в юридичній герменевтиці, яка тлумачить право як продукт герменевтичного праворозуміння, яке конструюється засобами мови [1]. Проте мовні аспекти не можуть виступати головними як в герменевтиці, так і в будь-якій правовій галузі. Першочерговими є чинність законодавства, юридичні знання, фахова компетентність, стан правосвідомості тощо.

Особливість лінгвістичної участі полягає в тому, що саме мовна складова має втілювати різнобічні фахові міркування, створювати лексичні термінологічні одиниці для всього реєстру правових понять, надавати юридичній галузі різноманітні терміни на позначення змісту правових визначень, категорій, тлумачень тощо. Такі засоби зберігаються у мовній системі та можуть бути задіяні в процесах термінологічної номінації. Важливу роль у формуванні понятійного апарату відіграє також і мовна компетенція, яка дає змогу зорієнтуватися у можливостях мовних норм і правил, скористатися перевагами мовної системи, а також повною мірою застосовувати мовні властивості з метою найбільш вдалого втілення змісту юридичних понять у лексичну форму сучасної української мови. Такий погляд на формування і функціонування юридичного лексикону підтверджує необхідність системного вивчення сучасного стану, історичних витоків і тенденцій розвитку фахової юридичної мови.

Мовна складова, яка розкриває зміст усіх доктрин і категорій права, його теорій і методів, його сталих понять і термінологічних позначень, залишається актуальною ще й тому, що в будь-якій комунікативній ситуації всі співрозмовники прагнуть бути зрозумілими. Тому вдалий вибір і застосування лексикону як загальномовного, так і термінологічного вжитку дає змогу встановлювати правильний зміст правових понять і норм, а також уточнювати та доповнювати визначення (описи) та семантику правових тлумачень через використання саме тих мовних форм, які зберігають відповідне значення.

Враховуючи те, що право, безперечно, покликане слугувати оптимальному задоволенню суспільних інтересів і має творити і забезпечувати справедливість [2, с. 21], юридична наука не стоїть осторонь проблем, пов'язаних із семантичними характеристиками терміна, застосуванням зрозумілої і однозначної для всієї системи права термінології. Виходячи з функції права забезпечувати справедливе рішення, пропонуються також методи подолання багатозначності правової термінології та визначення однозначного терміна шляхом тлумачення, хоча із застереженням про те, що «тлумачення це не однозначний метод, він переважно потребує здійснення вибору між багатьма дискусійними варіантами і підходами» [2, с. 23].

Питання про мову та право, застосування мовних засобів у правових дефініціях є спільним питанням, в якому зацікавлена як галузь права, так і лінгвістика. Цим зумовлена можливість аналізувати та осмислювати проблеми термінологічної складової в праві не тільки з позицій праворозуміння та реалізації, а ще й виходячи з закономірностей розвитку мови, особливостей лексико-семантичних зв'язків, змін у номінаціях і словотвірних моделях, впливу мовних чинників тощо.

Такий підхід до термінологічної складової в юридичній галузі пояснюється тим, що семантична природа термінів (слів, терміносполучень) зумовлена вимогами з боку мовної системи, тенденціями та характерними ознаками, які притаманні мовним нормам і правилам, які мають враховуватися у фаховому обігу та вжитку. Вибір і залучення до юридичної науки термінологічних одиниць за таких підходів має свої переваги – мова пропонує способи термінотворення, завдяки яким лексичні одиниці набувають термінологічних ознак. Юридична галузь має зробити обґрунтований вибір, систематично поповнювати термінологію новими лексичними одиницями, що позначають нові реалії юридичної науки, практики, законодавства тощо. Завданням лінгвістики залишається узагальнення – систематизація, уніфікація та стандартизація вітчизняної термінології через створення, зокрема, галузевих тлумачних словників.

На думку дослідників мови, у формуванні термінологічної складової різних галузей знань важливу роль відіграє той апріорний факт, що мова довговічніша за будь-яку форму суспільної організації [3, с. 73]. Протягом тривалого періоду розвитку в мові накопичуються і зберігаються необмежені внутрішні властивості та можливості, унормовані вимогами та прави-

лами, за якими існує та стає наявним великий обсяг лексико-семантичних структур і сполучень, що набувають термінологічних ознак.

На сучасному етапі реалізується лише невелика частина таких можливостей. Якщо виникає потреба використання і впровадження у практику додаткових елементів мовної системи, – це стає можливим завдяки системним і функціональним особливостям лексичних елементів, «значення яких визначається місцем позначуваних понять у кожній з окремо взятих термінологічних систем» [3, с. 72].

Серед основних вимог, які висувуються до терміноутворення і терміновживання, виокремлюються такі: однозначна відповідність терміна поняттю; відповідність лексичного значення терміна позначеному ним поняттю; системність; раціональна стислість; словотворча (дериваційна) здатність; мовна правильність та ін. [4]. Обов'язковою ознакою терміна визнається також наявність тлумачення, опису, коментаря, тобто – дефініції. На цю особливість звертають увагу в дослідженнях семантичної природи терміна: термін – це «слово (словосполучення) спеціальної галузі застосування, яке позначає наукове або виробничо-технологічне поняття і потребує дефініції» [5, с. 32]. Будь-які фахові дефініції, юридичні тлумачення, коментарі створюються через застосування сталих термінологічних позначень відомих понять відповідної предметної галузі, що дає можливість відрізнити їх від інших описів. За таких ознак терміни мають бути системними, тобто утворюватися системним застосуванням словотворчих або інших мовних засобів. Системними є як прості терміни, так і терміни-словосполучення. Враховуючи такі вимоги, маємо приклади лексичного втілення семантики, пов'язаної з певною дією або подією: «дію позначають, як правило, віддієслівними іменниками з суфіксом *-ння*, утвореними від дієслів недоконаного виду: ізолювання, класифікування, повертання, згинання, устаткування, *подію* – віддієслівними іменниками з суфіксом *-ння*, утвореними від дієслів доконаного виду: заізолювання, повернення, устаткування, а *об'єкти* – відповідними однокореневими іменниками з іншими суфіксами: ізоляція, класифікація, поворот тощо [4]. Чи послідовно дотримуються цих вимог до термінологічного вжитку в юридичній галузі знань? Лінгвістичний аналіз юридичних текстів доводить, що перевага надається завершій дії, доконаному процесу, що не може вважатися системною помилкою або порушенням мовних правил, оскільки не протирічить таким наведеним вище ознакам терміна як раціональна стислість, словотворча (дериваційна) здатність і мовна правильність.

Термін як «мовне надбання» [3] уособлює ті критерії та підходи до терміноутворення і терміновживання, які зумовлюються системоутворюючими, системонабутими та системонейтральними характерними ознаками всього мовного матеріалу, який, в свою чергу, «відзначається необмеженою багатозначністю і нечіткістю» [6, с. 107]. До того ж, у діапазоні впливу системоутворюючих властивостей, які породжують системні зв'язки та відношення, системонабутих ознак, зумовлених входженням елементів до системи, та системонейтральних характеристик, не істотних

для системних одиниць, можуть виявитися інші підходи до формування елементів системи. Мова не є імперативною системою, яка розвивається за принципом «так правильно, а так неправильно». Тільки частина українського лексикону підлягає імперативній кодифікації, тобто піддається суворо обов'язковим правилам, решта – це диспозитивні норми, які допускають варіативність. Так, норми сучасної української літературної мови розмежовують значення слів *уява* та *уявлення*, порівняйте: скласти уявлення (це імперативна норма), скласти уяву (помилка). Помилковими також є: виключення (замість: *виняток*), відноситися (замість: *ставитися*), співставляти (замість: *збігатися*), слідуюче питання (замість: *наступне питання*), чинне місце (замість: *належне місце*), ціленаправлено (замість: *цілеспрямовано*), споживати інформацію (замість: *користуватися інформацією*), прийняти участь (замість: *взяти участь*), піднімати питання (замість: *порушувати питання*) та ін.

Диспозитивні норми виявляють здатність до вибірковості, завдяки якій можливості мовної системи реалізуються не повністю, а лише відповідно до суспільних потреб, комунікативних ситуацій, наукового вжитку тощо. Виявляється, що такі мовні властивості як вибірковість, традиційність, правильність і характерні особливості – динамічна рівновага, мовна толерантність та інші допомагають уникати помилок, попереджують небажаний вибір лексичної форми або сприяють збереженню необмеженої кількості різних мовних одиниць і конструкцій у межах терміносистеми. Через це термінологія часом опиняється перед вибором – якій мовній одиниці надати перевагу в наукових коментарях, тлумаченнях? Юридична галузь, як і будь-яка наукова галузь, у переважній більшості випадків залучає до фахових коментарів і тлумачень понять слова з урахуванням як семантики, так і їх граматичної форми. Вирішальну роль щодо слова відіграє, очевидно, семантичний підхід, який охоплює, щонайменше, найменування (позначення) певних об'єктів дійсності, лексичне значення слова, а також категоріальне значення граматичної форми. Зважаючи на це, перевага надається таким граматичним формам як іменник, в основу яких покладено категорію предметності. Саме їх семантична природа найбільш точно відповідає потребам та інтересам галузі в позначенні юридичних понять, найменувань, реалій та явищ. Мовні норми надають можливість використовувати її вибірковість щодо граматичної форми, коли йдеться про такі значення як «дія, процес», характерним втіленням яких є граматична форма дієслова. Тому така властивість мовної норми дає змогу залучати також до позначення дії або процесу іменники з відповідним значенням. Мовець у даному випадку може повною мірою скористатися такими перевагами мовних форм. Існує також і вплив позамовних чинників, завдяки яким активізуються процеси термінологічної номінації, актуалізуються найменування нових явищ і понять, але не варто перебільшувати їх вплив у ситуаціях щодо тлумачення правових понять, коментарів нормативних актів, юридичних термінів тощо.

Там, де йдеться про застосування мовних засобів, слід враховувати, що саме мовні властивості (перед-

усім, характер мовних зв'язків і вимог) зумовлюють спосіб і засоби тлумачень, які розкривають зміст і виокремлюють термінологічне значення правових знань. Термінологічна лексика в системі сучасної української мови представлена великою кількістю різноманітних одиниць – іменників, дієслів, прикметників (меншою мірою), значення яких виявляються і простежуються в межах тексту, речення, словосполучення. Необхідним компонентом будь-якого тлумачення виступає іменник, який за результатами багатьох досліджень є найчисленнішою за кількістю слів частиною мови і найпродуктивнішою за словотвірними можливостями [7, с. 229].

До семантичних характеристик іменника входять, насамперед, найменування того, що визначається як предмет. Але серед юридичних термінів наявна велика кількість віддієслівних іменників, що позначають дію, наприклад: захист, охорона, здійснення, реалізація, розроблення та ін. У словникових статтях семантика таких похідних іменників окреслюється як дія за значенням того дієслова, від якого утворилися такі найменування. Порівняйте: **Захист** – дія за значенням «захищати» (**захищати**: 1. Обороняти, охороняти від нападу, замаху, удару ворожих, небезпечних сил. 2. Пильно стежити за недоторканністю чогось і багато робити для цього // Боронити, відстоювати погляди, права, інтереси, честь). **Охорона** – дія за значенням «охороняти» (**охороняти**: оберігати від небезпеки, забезпечувати від загрози нападу, замаху когось / щось // Забезпечувати, гарантувати недоторканність // Оберігати від руйнування, знищення тощо [8].

Вибір фахової термінології на шляхах застосування в різних галузях права враховує лексико-семантичні процеси, які відбуваються у мові протягом тривалого часу її розвитку. Зміст фахового поняття зумовлюється особливостями щодо звуження або розширення значення, які відбуваються в межах терміносистеми. Тому такі терміни-іменники зі значенням дії – *захист*, *охорона* виокремлюють (або розмежовують) свої значеннєві характеристики завдяки семантичним відмінностям тих дієслів, від яких утворилися зазначені слова-терміни, а саме: **захищати** – дія звужена, спрямована тільки на оборону (охорону) від нападу, замаху, а також пильне відстежування недоторканності чого-небудь або когонебудь. **Охороняти** – дія різного спрямування, передбачає запобіжні заходи із забезпечення гарантування недоторканності, чим розширює значення і робить можливим включити до охоронних дій заходи із забезпечення недопущення руйнування, знищення тощо.

Семантичні особливості та переваги іменників за значенням дії повною мірою враховані в юридичному коментарі щодо захисту цивільних прав та інтересів [10], який розкриває зміст юридичних понять: *захист*, *охорона* через дію, насамперед, уточнюючи їх: «Під *захистом* слід розуміти дії уповноваженої особи, а також *діяльність* юрисдикційних органів та осіб, які у передбаченому законом порядку зобов'язані *вжити заходів*...», а також розрізняючи їх: «Захист відрізняється від поняття «охорона» тим, що останнє – ширше, воно включає, крім захисту, вжиття заходів для недопущення порушення суб'єктивних цивільних прав...», в тому числі конкретизуючи способи захисту: *визнання*

(права), *припинення* дії, яка порушує право, *відновлення* становища, *відшкодування* збитків тощо.

Семантична тотожність вихідних дієслів і похідних іменників (захист, охорона, діяльність, визнання, припинення, відшкодування та ін.) надає можливість активно залучати до наукового вжитку віддієслівні терміни-іменники за значенням дії та відзначати переваги застосування в юридичній галузі знань таких мовних форм як іменники за значенням дії, які набувають термінологічного змісту в межах фахової терміносистеми: наприклад: *виключення*: «виключення учасника із товариства», *витребування*: «витребування власником свого майна», *набрання* (чинності), *завдання* (шкоди), *настання* – *ненастання* (певної події), *передання* (речі), «записування (фіксування) виконання під час його здійснення». Через різні дії розмежовуються за термінологічним значенням такі віддієслівні слова як *здійснення*, *реалізація*, порівняйте: **здійснити**: 1) запроваджувати, втілювати в життя, робити що-небудь дійсним, реальним; 2) виконувати, робити щось (наприклад, «здійснити подорож»); **реалізувати**: здійснювати, робити реальним, втілювати щось у життя. Слова-терміни *вилучення*, *виведення* також вживаються залежно від значення у відповідних контекстах. На позначення «видалення чогось звідкись, із складу чогось» слід віддати перевагу слову *вилучення*. Слово *виключення* функціонує на позначення «виведення зі складу якоїсь організації, колективу, позбавлення права вчитися в навчальному закладі» тощо [9].

Таким є вплив внутрішніх мовних чинників (ознак і властивостей) на формування та вживання юридичної термінології, яка застосовується у фахових коментарях, тлумаченнях, визначеннях, нормативних статтях, – загалом, юридичних текстах. У такий спосіб в юридичній мові виокремлюються термінологічні пріоритети щодо конкретних мовних форм. І оскільки однозначним терміном треба позначити дію, характерну для юридичного поняття, то найбільш вдалим в таких випадках видаються форми віддієслівних іменників на позначення дії або стану, яких у системі сучасної української мови велика кількість. Тому перевага надається саме таким віддієслівним іменникам, які відповідають вимогам терміна, позначають зміст правових понять і набувають саме тих термінологічних ознак, які сприяють розумінню та однозначному тлумаченню юридичних текстів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Юридична енциклопедія* / За ред. Шемшученка Ю. С. – Вид. «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана. – К. – 1999. – 742 с.
2. *Цителіус Райнгольд*. Юридична методологія. Переклад, адаптація, приклади з права України і список термінів – Роман Корнута. – К.: Видавництво «Реферат», 2004. – 176 с.
3. *Панько Т. І.* Методологічні засади вивчення й розвитку національної термінології // Теорія та прагматика термінологічної лексики: Тези доповідей республіканської науково-методичної конференції (Хмельницький, 28–30 травня, 1991 р.). – К.: НМК ВО, 1991. – 112 с.
4. *Термінологія*. Засади і правила розроблення стандартів на терміни та визначення понять. – К.: Держстандарт України, 2000.
5. *Головин Б. Н., Кобрин Р. Ю.* Лингвистические основы учения о терминах: Учеб. пособие для филол. спец. вузов. – М.: Высш. шк., 1987. – 104 с.

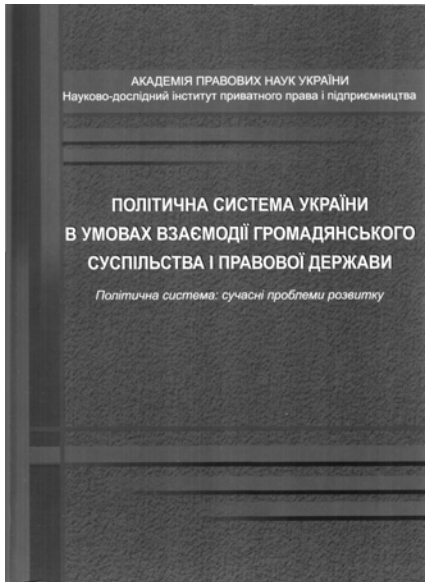
6. Семчинський С. В. Загальне мовознавство. – К.: Вища шк. Головне вид-во, 1988. – 328 с.

7. Вихованець І. Р. Частини мови в семантико-граматичному аспекті. – Київ: Видавництво «Наукова думка», 1988. – 255 с.

8. Словник української мови. – Київ: Видавництво «Наукова думка», 1972.

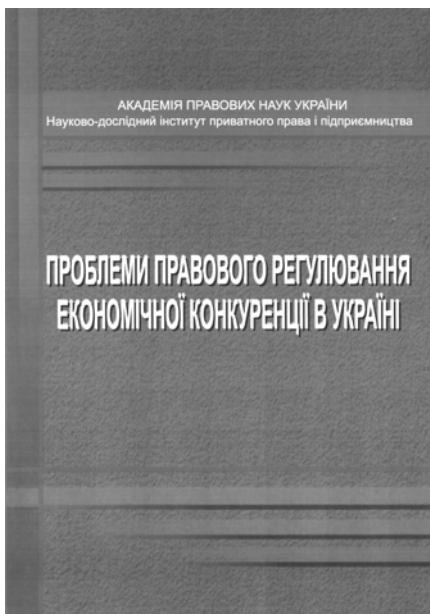
9. Російсько–українсько–англійський словник правничої термінології. Труднощі терміновживання. Загальна редакція Ю. Зайцева. – К.: Українська правнича фундація. – Київ, 1994. – 554 с.

10. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2-х ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – Ч. 1. – 692 с.



Політична система України в умовах взаємодії громадянського суспільства і правової держави / За ред. О. В. Скрипнюка. – К. – Т.: Підручники і посібники. – 224 с.

У цьому виданні викладено основні науково-теоретичні підходи в дослідженні політичних систем, представлено аналіз поняття політичної системи в сучасній політико-правовій науці, визначено функції і типи політичних систем у рамках розробки теми «Приватноправові засади становлення громадянського суспільства в Україні» (номер державної реєстрації 010811000493), яка виконується Науково-дослідним інститутом приватного права і підприємництва Академії правових наук України. У книзі досліджено феномен політичного управління і його особливості в політичних системах перехідного типу, надається цілісна характеристика політичної системи як специфічного предмету конституційно-правового регулювання. Приділяється увага проблемам визначення місця і ролі громадянського суспільства в політичній системі, аналізу теоретичних і практичних моделей взаємодії громадянського суспільства і правової держави, основних інститутів громадянського суспільства і їх значення в процесі забезпечення і захисту прав і свобод людини і громадянина. Видання буде корисним науковцям, політикам, викладачам, студентам, аспірантам, державним службовцям, всім, хто цікавиться теоретичними і практичними проблемами розвитку сучасних політичних систем.



Безух О. В. Проблеми правового регулювання економічної конкуренції в Україні. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва, 2008. - 192 с.

У монографії розглядаються проблеми сучасної економічної конкуренції та її правового регулювання. Аналізуються теоретико-правові питання здійснення економічної конкуренції, гарантії її державного захисту, забезпечення прав суб'єктів господарювання і споживачів, структура правових відносин в умовах економічної конкуренції.

Монографія ґрунтується на чинному законодавстві України з урахуванням зарубіжного досвіду. Розрахована на широке коло спеціалістів, аспірантів та викладачів вищих закладів освіти юридичного профілю.

СПІЛЬНА СУМІСНА ВЛАСНІСТЬ ФІЗИЧНИХ ОСІБ:
ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВИНИКНЕННЯ ТА ПРИПИНЕННЯ

Гриняк А. Б.,

*кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПР України*

Набрання чинності 1 січня 2004 р. Цивільного та Сімейного кодексів України, в яких дістали закріплення деякі нові положення щодо регулювання цивільних та сімейних правовідносин, зумовлює необхідність аналізу цих положень, виявлення суперечностей між ними, їх порівняння з положеннями ЦК УРСР 1963 р. та КпШС 1969 р., оскільки все це має велике значення для правильного й однозначного застосування норм Цивільного та Сімейного кодексів (надалі – ЦК та СК). Серед таких загальноправових проблем надзвичайно важливе місце займають питання виникнення та припинення права спільної сумісної власності.

Методологічною та теоретичною основою даного дослідження є досягнення світової науки і практики в галузі як цивільного, так і сімейного права. Зокрема, дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних вчених: В. А. Белова, С. М. Братуся, М. І. Брагінського, Д. В. Бобрової, В. В. Вітрянського, О. В. Дзери, І. В. Жилінкової, Н. Ю. Ліннікової, В. В. Луця, Р. П. Мананкової, М. Г. Маркової, Д. І. Мейєра, Є. О. Суханова, Ю. К. Толстого, Ю. С. Червоного, Я. М. Шевченко та інших.

Окремим видом спільної власності є спільна сумісна власність, тобто спільна власність двох або більше осіб без визначення часток кожного з них у праві власності. Для нього, так само як і для права спільної часткової власності, характерна множинність суб'єктів і єдність об'єкта. Тому у праві спільної сумісної власності, як і в праві спільної часткової власності, слід розрізняти зовнішні і внутрішні правовідносини. Разом з тим право спільної сумісної власності відрізняється від права спільної часткової власності за підставами виникнення, характером внутрішніх правовідносин спільної власності та особливими підставами припинення цього права.

До переваг ЦК України слід віднести закріплення у цивільному законодавстві деяких загальних положень про право спільної сумісної власності (ст. 368–372), хоча, наприклад, питання щодо виділу частки відсилаються до правил про спільну часткову власність.

Суб'єктами права спільної сумісної власності можуть бути фізичні чи юридичні особи, держава, територіальна громада, якщо інше не встановлено законом. Для права спільної сумісної власності, як зазначено в ч. 1 ст. 368 ЦК України, характерним є те, що розмір частки у праві власності кожного зі співвласників наперед не визначений. Розмір частки права власності на спільне майно встановлюється тільки у випадку поділу спільної сумісної власності чи виділу з неї. Тобто право спільної сумісної власності є безчастковим (бездольовим) правом спільної власності.

Розпорядження майном, що належить учасникам права спільної сумісної власності, здійснюється за спільною згодою всіх співвласників, яка припускається, незалежно від того, ким з учасників спільної власності

вчиняється правочин щодо розпорядження спільним майном. Якщо правочин вимагає нотаріального посвідчення чи державної реєстрації, згода інших співвласників повинна бути висловлена письмово і нотаріально посвідчена. Вчинений правочин одним зі співвласників щодо розпорядження спільним майном може бути визнаний судом недійсним на вимогу інших співвласників чи одного з них у випадку відсутності у співвласника, що здійснив правочин, необхідних повноважень, а також якщо порушені умови дійсності правочинів.

Припинення права спільної сумісної власності на окремі об'єкти чи на все майно в цілому можливе внаслідок як спільних підстав для припинення права власності, так і за специфічними підставами припинення спільної власності – поділу і виділу. Оскільки спільна сумісна власність є безчастковою, поділ спільного майна, виділ частки з нього здійснюється лише після попереднього визначення частки власників у праві на спільне майно. Якщо інше не встановлено законом чи угодою співвласників, їхні частки, обумовлені при поділі майна, визнаються рівними. За рішенням суду частка співвласника може бути збільшена або зменшена з урахуванням обставин, що мають істотне значення.

У разі поділу майна між співвласниками право спільної сумісної власності на нього припиняється. Порядок поділу права спільної сумісної власності і виділу з неї частки визначається за тими ж принципами, що і в спільній частковій власності. Договір про поділ нерухомого майна укладається в письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню. До відносин спільної сумісної власності не застосовується правило про переважне право купівлі-продажу частки у праві спільної власності і визначення часток не викликає перетворення спільної сумісної власності в спільну часткову. Перетворення відбувається лише під час виділу або поділу майна, що є у спільній сумісній власності.

Отже, враховуючи вищевикладене, пропонуємо таке визначення спільної сумісної власності: *право спільної сумісної власності – це різновид права спільної власності, що належить двом або більше особам одночасно (множинність суб'єктів) на один і той самий об'єкт (єдність об'єкта) без визначення часток кожного з них.*

Найбільш поширеним видом спільної сумісної власності є спільне майно подружжя. Сімейний кодекс України, на відміну від Кодексу про шлюб та сім'ю 1969 р., регулюючи відносини подружжя з приводу належного їм майна, насамперед регулює відносини з приводу їх особистої приватної власності (далі, погоджуючись з аргументацією Ю. С. Червоного, називатимемо її роздільною), а потім – відносини, пов'язані зі спільною сумісною власністю подружжя. Такий підхід, як слушно зазначає Т. О. Ариванюк, певною мірою є нелогічним, оскільки особливістю прав подружжя на

майно, у першу чергу, є його спільність, а не роздільність [1].

Шлюбно-сімейне законодавство України радянського періоду не містило переліку майна, яке може бути об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Оскільки ж подружжя є суб'єктами як сімейних, так і цивільних правовідносин, то цілком логічним є висновок І. В. Жилінкової в тій частині, що подружжю може належати на праві спільної сумісної власності будь-яке майно, яке взагалі може належати фізичним особам на праві приватної власності відповідно до законодавства про власність [2].

Сімейне законодавство України об'єктами права спільної сумісної власності подружжя визначає будь-які речі, за винятком тих, які виключені з цивільного обороту. Вичерпного переліку об'єктів права спільної сумісної власності, як зазначено в літературі, дати неможливо. Як впливає зі змісту ст. 177 ЦК України, об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага. Тобто законодавець об'єктами права спільної сумісної власності подружжя визначає будь-які речі, що належать фізичній особі на праві приватної власності, не конкретизуючи їх.

Спірним виявилось положення попередньої редакції ч. 2 ст. 61 СК України, а саме: об'єктом права спільної сумісної власності є заробітна плата, пенсія, стипендія, інші доходи, одержані одним із подружжя і внесені до сімейного бюджету або внесені на його особистий рахунок у банківську (кредитну) установу. Таким чином, відповідно до ч. 2 ст. 61 СК України доходи кожного з подружжя є об'єктом права спільної сумісної власності чоловіка та дружини з моменту їх внесення до сімейного бюджету. Таке положення містило ряд суперечностей. Адже в такому випадку для виникнення права спільної сумісної власності подружжя завжди необхідна згода одного з них. Крім того, на практиці дуже важко встановити, чи вносились доходи одним з подружжя до сімейного бюджету.

Разом з тим необхідно зазначити, що положення ч. 2 суперечило також ч. 3 даної статті, яка встановлює, що якщо одним із подружжя укладено договір в інтересах сім'ї, то гроші, інше майно, в тому числі гонорар, виграш, які були одержані за цим договором, є об'єктом права спільної сумісної власності обох з подружжя. Отже, в даному випадку для виникнення права спільної сумісної власності на зазначене майно не потрібне внесення його до сімейного бюджету. Враховуючи вищевикладене, зазначимо, що законодавцем шляхом внесення змін до СК України від 22.12.2006 р. ч. 2 ст. 61 СК України удосконалено таким чином: «об'єктом права спільної сумісної власності є заробітна плата, пенсія, стипендія, інші доходи, одержані одним із подружжя», і таке виправлення, на нашу думку, є цілком слушним.

Згідно зі ст. 62 СК України, якщо майно, яке було власністю одного з подружжя, за час шлюбу істотно збільшилося у своїй вартості внаслідок спільних трудових чи грошових витрат або витрат другого з подружжя, воно у разі спору може бути визнане за рішенням

суду об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Законодавець у даному випадку використовує термін «майно», не конкретизуючи його. Відповідно до ст. 190 ЦК України майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Тобто одному з подружжя може належати як рухома, так і нерухома річ (наприклад, земельна ділянка, будівлі, розташовані на ній, житло тощо). Житлом, що належить на праві приватної власності одному з подружжя, під час спільного проживання часто користуються обоє з подружжя, хоча роздільне проживання подружжя допускається законом. Тому, як слушно зазначає М. К. Галантич та Ю. Комаровська-Чуркіна, постає питання, чи виникають майнові права на житло у того з подружжя, хто не є власником. Адже, здійснюючи догляд за квартирою (будинком), він вкладає спільні кошти та працю. Закріплення майнових прав чоловіка чи дружини можливе у випадку виникнення спору та поділу майна, під час якого він чи вона може просити врахувати зроблені грошові або трудові внески в утримання та ремонт житла, яке належить іншому з подружжя, та визнати це майно спільним [3]. Таким чином, для визнання роздільного майна спільним згідно зі ст. 62 СК України необхідно, щоб вартість роздільного майна в період шлюбу істотно збільшилася. Тільки в цьому випадку майно може бути визнане спільним. Хоча знову ж залишається незрозумілим, яке саме збільшення роздільного майна слід вважати істотним. На жаль, не вирішує це питання і Постанова Пленуму Верховного Суду України від 4 жовтня 1991 р. № 7 «Про практику застосування судами законодавства, що регулює право приватної власності громадян на житловий будинок», у п. 5 якої зазначено, що будинок, який належав одному з подружжя, може бути визнаний спільним майном подружжя, якщо в період шлюбу істотно збільшилась його цінність внаслідок трудових або грошових затрат другого з подружжя або їх обох [4].

Поділ спільного майна здійснюється або добровільно шляхом укладення подружжям відповідного цивільно-правового правочину, у тому числі з нотаріальним посвідченням, або у судовому порядку на вимогу одного із подружжя чи на вимогу інших осіб у зв'язку зі зверненням стягнення на їх майно. Добровільний порядок застосовується, якщо подружжя домовилося щодо визначення часток кожного з них у праві на майно, а також дійшло згоди щодо конкретного поділу майна відповідно до цих часток.

Подружжя мають право на поділ майна, що належить їм на праві спільної сумісної власності, незалежно від розірвання шлюбу. Відповідно до ч. 2 ст. 69 СК України договір про поділ житлового будинку, квартири, іншого нерухомого майна, а також про виділ нерухомого майна дружині, чоловікові зі складу усього майна подружжя має бути нотаріально посвідченим. Таким чином, поділ подружжям спільного майна або виділ частки одному з них при збереженні шлюбу теж призводять до збільшення обсягу майнових прав, зокрема роздільної власності на майно кожного члена подружжя.

Відповідно до ст. 68 СК України розірвання шлюбу не припиняє права спільної сумісної власності на

майно, набуте за час шлюбу. Розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності, після розірвання шлюбу здійснюється співвласниками виключно за взаємною згодою відповідно до ЦК України. Так, розірвання шлюбу саме по собі автоматично не змінює режиму спільності майна подружжя до поділу його між подружжям. Однак законодавець, посилаючись у ч. 2 ст. 68 СК України на ЦК України, не вказує конкретних статей, у результаті чого залишає невирішеним питання, якими саме статтями необхідно керуватись учасникам спільної власності у разі здійснення правомочностей щодо розпорядження майном. Тому, щоб зняти цю суперечність, ч. 2 ст. 68 СК України можна було б сформулювати так: *«Розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності, після розірвання шлюбу здійснюється співвласниками виключно за взаємною згодою відповідно до статей 368–372 Цивільного кодексу України»*.

ЦК України передбачає також державну реєстрацію прав на нерухоме майно та правочинів із нерухомістю (ст. 182 ЦК України), що поширюються також на такі правочини за участю подружжя. Так, статтями 34, 38 Закону України «Про нотаріат» передбачено, що державними нотаріальними та консульськими установами України можуть вчинятися відповідні нотаріальні дії, у тому числі такі як видача свідоцтва про право власності на частку в спільному майні подружжя.

Умови поділу майна подружжя можуть бути передбачені в спеціальному договорі про поділ майна або визначатися у шлюбному договорі подружжя. Відмінність між цими договорами, на думку В. Антошкіної, полягає в тому, що предметом договору про поділ є майно, яке вже належить подружжю на праві спільної власності, у той час як умови шлюбного договору можуть стосуватися майна, яке подружжя придбає у майбутньому і яке відсутнє на момент укладення договору [5].

Якщо між подружжям виникає спір щодо розміру належних їм часток, порядку або способу поділу спільного майна, то добровільний порядок поділу майна змінюється на судовий. У разі поділу майна суду, в першу чергу, необхідно визначити його предмет, тобто те майно подружжя, яке підлягає поділу. Поділ майна подружжя здійснюється в два етапи: по-перше, суд визначає розмір часток чоловіка та жінки у праві на майно, і, по-друге, здійснює поділ майна відповідно до встановлених часток.

Необхідно зазначити, що до розірвання шлюбу кожен із подружжя може вимагати поділу спільного майна у будь-який час. Позовна давність до таких вимог не застосовується. Це правило, на нашу думку, підвищує можливість судового захисту майнових прав та інтересів подружжя. До вимог про поділ майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя після розірвання шлюбу, застосовується позовна давність у три роки.

Отже, підсумовуючи вищевикладене, напрашується висновок, що спільне подружнє майно можна лише поділити, але не виділити з нього частки, що відрізняє спільну власність подружжя не тільки від спільної часткової власності, а й від інших видів спільної сумісної власності. Адже у спільному майні подружжя є всього два співвласники і пред'явлення одним із них вимог

про виділ його частки рівнозначно пред'явленню вимоги про поділ майна. Про виділ можна говорити тільки щодо частки подружжя, який пережив другого, в спільному подружньому майні.

Разом з тим, у випадку припинення шлюбу внаслідок смерті одного з подружжя вимагається встановити ту частку, яка повинна бути виділена подружжю, який пережив другого, і не може входити до спадкової маси. При цьому на відміну від часткової власності, яка за наявності декількох співвласників не припиняється, а лише змінюється в результаті виділу частки одного з них, спільна сумісна власність подружжя в результаті виділу припиняється.

З аналізу положень сімейного законодавства можна виділити й ще одну спеціальну підставу припинення спільної власності подружжя – перетворення спільної сумісної власності в часткову без поділу спільного майна. Це можна зробити шляхом укладення шлюбного договору, який встановлює режим часткової власності на окремі види вже існуючого належного майна, а також шляхом висловленої подружжям домовленості про визначення часток, що оформляється свідоцтвом про право власності на частку в спільному майні. Згідно зі ст. 70 Закону України «Про нотаріат» нотаріус на підставі спільної письмової заяви подружжя видає одному або кожному з них свідоцтво про право власності на частку в спільному майні подружжя, набутому ним за час шлюбу. Свідоцтво підтверджує лише право на частку у певному майні (частка жилого будинку, автомашини тощо), на саме конкретне майно воно не видається. За бажанням подружжя свідоцтва можуть бути видані як в рівних, так і не рівних частках. Вони видаються з урахуванням того спільного майна, яке є в наявності на день видачі свідоцтва, для визначення частки, яка належить кожному з подружжя для розпорядження нею на власний розсуд. Таким чином, в результаті укладення договору про визначення часток, оформленого видачею зазначених свідоцтв, замість сумісної встановлюється спільна часткова власність, що, в свою чергу, є способом виникнення спільної часткової власності.

Новелою СК 2004 р. є поширення положень про спільну сумісну власність подружжя на майно жінки та чоловіка, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах, тобто проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу. Майно, набуте цими особами під час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, і на нього поширюються положення гл. 8 СК України. Однак ця норма СК України спричиняє ряд суперечностей. Так, норма ст. 74 СК України, на думку Г. А. Миронової, є найсуперечливішою новелою Кодексу, і хоча вбачається прогресивним кроком, своєрідною відповіддю на запит часу, але скоріше за все вона є міною уповільненої дії та невдовзі стане головним болем судів, на які навалиться шквал проблем у зв'язку з її застосуванням [6]. Крім того, як слушно зауважує Ю. С. Червоний, наведені положення СК України суперечать правилам ч. 2 ст. 21 СК України, які встановлюють, що проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення прав та обов'язків подружжя. Крім того, не зазначена й тривалість спільного проживання фактичних дружини та чоловіка, що ускла-

днює застосування ст. 74 СК України на практиці [7]. Такі висновки авторів є цілком виправданими, адже відсутність чіткого врегулювання відносин фактичного подружжя в майбутньому спричинятиме порушення їх майнових, а, отже, і особистих немайнових прав.

З метою розв'язання цього проблемного питання звернімося до французького цивільного законодавства. Так, розділ 8 Французького цивільного кодексу передбачає укладення особами, які бажають вступити у фактичні шлюбні відносини, договору про сумісне проживання. Подаючи такий договір до відповідної інстанції, вони також подають спільну заяву, в якій зазначені їхні майнові відносини. В цьому документі зазначаються відомості про взаємну матеріальну допомогу одне одному, про солідарну відповідальність перед третіми особами за боргами, які виникають в результаті дій одного з них, із забезпечення життєвих потреб і здійснення витрат, які відносяться до спільного проживання. Також особи зазначають, чи мають вони намір встановлювати роздільний режим рухомого майна, яке вони придбали після укладення шлюбу [8]. Варто зауважити, що у випадку ненадання особами спільної заяви про матеріальний режим відповідна інстанція відмовляє в реєстрації договору про сумісне проживання. Отже, цілком слушним видається досвід Франції щодо врегулювання проблемних питань, пов'язаних із застосуванням норми ст. 74 СК України, для нашого законодавства.

Отже, право спільної власності є самостійним юридичним інститутом, що фактично є рівноцінним праву власності, але не зливається з ним. Право спільної власності, як і право власності, має абсолютний характер і виключає можливості впливу третіх осіб на свій об'єкт. Однак, з іншого боку, праву спільної власності властива наявність декількох суб'єктів, які мають якісно однакові права на річ, що для класичного права власності принципово виключається.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Ариванюк Т. О.* Правове регулювання відносин власності між подружжям: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 9.
2. *Жилинкова И. В.* Право собственности супругов. – Харьков, 1997. – С. 214.
3. *Галяннич М., Комаровська-Чуркіна Ю.* Спільна власність подружжя на житло за нормами Сімейного та Цивільного кодексів України // Юридична Україна. – 2004. – № 5. – С. 31.
4. *Приватна власність в Україні.* – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 346.
5. *Антошкіна В.* Договір про поділ майна подружжя, що є об'єктом права спільної сумісної власності // Право України. – 2005. – № 8. – С. 76.
6. *Миронова Г. А.* Моральні засади Сімейного кодексу України // Право України. – 2004. – № 4. – С. 50–51.
7. *Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України /* За ред. Ю. С. Червоного. – К.: Істгана, 2003. – С. 133.
8. *Французкий гражданский кодекс /* Под ред. А. А. Жукова, Г. А. Пашкова, Д. Г. Лаврова: Ассоциация Юрид. центр. – СПб.: Юр. Центр Пресс, 2004. – С. 249.

ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗДІЙСНЕННЯ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ

Саракун І. Б.,

*науковий співробітник Лабораторії проблем корпоративного права
НДІ приватного права і підприємництва АПРн України*

17.09.2008 р. Верховна Рада України в другому читанні ухвалила Закон України «Про акціонерні товариства» (далі – ЗУАТ), а вже 22. 10. 2008 р. цей нормативно-правовий акт було підписано Президентом України [1]. Документ набере чинності через шість місяців із дня його опублікування, окрім положення, у якому закріплено норму про існування акцій товариств виключно в бездокументарній формі, що набуває чинності через 2 роки з дня опублікування ЗУАТ. А через 5 років із дня набрання чинності цим Законом втрачатимуть чинність ст. 1–49 Закону України «Про господарські товариства».

Які ж зміни у правовому забезпеченні здійснення корпоративних прав очікують акціонерів у зв'язку із прийняттям цього Закону?

Законодавець по-новому підійшов до врегулювання прав учасників загалом. Права та обов'язки акціонерів закріплено у розділі п'ятому ЗУАТ. Окремими статтями (ст. 25–26) регламентовано права власників простих акцій і акціонерів – власників привілейованих акцій, які відрізняються за їх сукупністю. Для власників простих і привілейованих акцій у ст. 27 Закону встановлено переважне право акціонерів при додатковій емісії акцій придбавати розміщені товариством акції, а також порядок реалізації цього права. Щодо обов'язків, то у статуті товариства дозволяється передбачати можливість укладення договору між акціонерами, за яким на акціонерів покладатимуться додаткові обов'язки, включаю-

чи обов'язок участі у загальних зборах та встановлювати відповідальність за їх недотримання.

Розглядаючи правове регулювання здійснення права на участь в управлінні за цим Законом зазначимо, зокрема, що введено норму, відповідно до якої реєстраційна комісія має право відмовити в реєстрації акціонеру (його представнику) лише у разі відсутності в акціонера (його представника) необхідних документів, які надають йому право участі у загальних зборах акціонерів, відповідно до законодавства (ч. 3 ст. 40). Закріплено вимогу щодо проведення загальних зборів лише за фактичною адресою підприємства. Серед новел цього документа є більш чіткі та зрозумілі положення щодо обрання й діяльності органів управління – наглядової ради й ревізійної комісії (ревізора) АТ. Щодо членів правління АТ, то відповідно до ЗУАТ вони обираються шляхом кумулятивного голосування, що, в свою чергу, дає змогу дотриматися справедливої пропорції представництва в органах управління.

Зазначеним Законом запроваджено гнучкіше оперативне управління товариством: у виключній компетенції загальних зборів залишаються найважливіші питання, що стосуються інтересів акціонерів, багато питань включено до компетенції наглядової ради, спрощено процедуру скликання й проведення загальних зборів акціонерів, вперше введено процедуру управління товариства з одним акціонером (передбачається оформлення письмо-

вого рішення акціонера).

Думається, що ЗУАТ удосконалив і керування акціонерними товариствами. Він дає змогу швидше ухвалювати рішення щодо важливих питань – для цього термін публікації оголошення про збори акціонерів скорочено з 45 до 30 днів. Новацією Закону є запровадження процедури заочного голосування акціонерів на загальних зборах. Зокрема, у випадках, передбачених статутом товариства з невеликою кількістю акціонерів, допускається прийняття рішення методом опитування. У такому разі проект рішення або питання для голосування надсилається акціонерам – власникам голосуючих акцій, які у письмовій формі повинні висловити свою думку із цього приводу. Рішення вважається прийнятим, якщо за нього проголосували всі акціонери.

У акціонерному товаристві, яке складається з однієї особи, не застосовуються вимоги щодо процедури скликання та проведення загальних зборів. Усі рішення з питань, що належать до компетенції загальних зборів, акціонером приймаються одноосібно, оформляються ним письмово (у формі наказу) та засвідчуються печаткою товариства або нотаріально. Крім того, обрання персонального складу наглядової ради, ревізійної комісії (в разі їх створення) здійснюється без застосування кумулятивного голосування.

Закон залишає в силі норму, що загальні збори АТ мають кворум за умови реєстрації для участі у них акціонерів, які разом володіють не менш як 60 % голосуючих акцій, що, на думку автора, є дещо сумнівним. Адже зірвати збори акціонерів буде так само легко, як і раніше. За словами А. Яценюка, «тільки би поставили питання щодо зменшення кворуму на загальних зборах на голосування (у ВР), – Закон «Про АТ» успішно був би завалений ще на 11 років» [2]. До прикладу, у Російській Федерації відповідно до Закону «Об акционерных обществах» (1995 р.) правомочність загальних зборів визначається більше 50 % голосуючих акцій; у Республіці Казахстан – правомочність підтверджується присутністю 50% голосуючих акцій; у Чехії – 50 % +1 акція; у Франції – для проведення зборів акціонерів досить присутності акціонерів (або їх представників), що володіють 25 % голосуючих акцій.

Новий Закон аналітики вже іменували «антирейдерським» [3, 4]. На їх думку, він надає можливість ефективно протидіяти рейдерським атакам і захопленням компаній. ЗУАТ передбачається норма, яка забороняє консолідацію контрольного пакета без відома інших акціонерів. Для того, щоб купити пакет акцій від десяти відсотків і більше, необхідно за тридцять днів до придбання письмово сповістити про це АТ і ДКЦПФР, а також опублікувати цю інформацію в офіційних друкованих органах. Позитивним, на нашу думку, є те, що голосування акціонерів за новим Законом має проводитися лише бюлетенями (якщо кількість акціонерів перевищує 100 осіб). Адже може зменшитися кількість можливих підробок і фальсифікацій резолюцій, протоколів зборів тощо. Керівництву товариства забороняється вимагати від акціонерів інформацію про те, як вони проголосували або збираються голосувати. При цьому порушники можуть бути позбавлені майнових прав.

На думку О. Р. Кібенко, поряд із правом міноритарного акціонера вимагати викупу його акцій, справедливим було б наділення таким правом і мажоритарного акціонера (контролюючого акціонера). Таку позицію автор обґрунтовує тим, що міноритарії іноді не те, що не хочуть продати свої акції, вони хочуть, але це пов'язано з цілою низкою юридичних формальностей: право на акції треба оформити, піти до реєстратора, підписати договір. Якби спростити дану процедуру, то проблеми багатьох акціонерних товариств, які створювались в процесах приватизації і у яких тисячу міноритаріїв (які хвостом тягнуться за контролюючим акціонером, не маючи ні дивідендів, ні можливості впливати на діяльність товариства), зменшилися би, і це знизило б рейдерську хвилю. Чому? Тому, що частіше за все, через таких невдоволених міноритарних акціонерів і починається процедура проникнення в товариство [5].

Така думка видається цілком слушною з огляду на те, що в Україні налічується велика кількість акціонерів, зокрема, похилого віку, інвалідів, представників неповнолітніх осіб тощо. Для таких осіб участь у загальних зборах є складним процесом, оскільки, зокрема, необхідно піти до депозитарію і зареєструватися для такої участі (пасивність акціонерів поглибиться, коли буде йтися про необхідність переведення акцій у бездокументарну форму випуску). Актуальність участі в загальних зборах взагалі втрачає сенс, якщо такі громадяни є міноритарними акціонерами і їх участь особливо не вплине на результат голосування з тих чи інших питань. Отже, й тут «поле діяльності» для рейдерів забезпечено і вони не залишаться без роботи. Доцільною видається теза В. Семенюк-Самсоненко щодо того, що «великий бізнес у такий спосіб просто встановив для себе вигідні норми діяльності АТ, не забезпечивши захисту корпоративних прав держави та міноритаріїв, що володіють менш 10 % акцій». На її думку, держава повинна зберігати свій вплив на фондовому ринку. Створення державної фондової біржі може стати одним із кроків до здійснення цієї мети. Крім того, всі підстави для невдоволення є й у держреєстраторів, які завдяки Закону вибувають з гри. Відповідно, облік прав власності на них буде покладено на депозитарії.

Серед позитивних кроків законодавця по вдосконаленню цього документа є встановлення у ньому норми, яка була відсутня у Проекті «Про акціонерні товариства» (від 2005 р.) і яка надає десятиденний термін для ознайомлення акціонерів зі змінами до документів, внесеними до порядку денного, з якими вже мали можливість ознайомитися акціонери. У Проекті йшлося лише про можливість внесення таких змін (без можливості попереднього ознайомлення з ними), що суттєво могло б вплинути на збільшення випадків зловживань правами акціонерів.

Право на одержання оголошених дивідендів у нещодавно прийнятому Законі врегульовано не в найкращий спосіб. Так, на думку автора, недоречно встановлювати імперативну норму про їх виплату виключно грошима (ч. 1 ст. 30). До речі, саме така форма виплати передбачена і у п. 2.1.2 Принципів корпоративного управління. Очевидно, законодавець у своєму прагненні сприяти грошовій формі виплати дивідендів акціо-

нерам забув поряд з цим передбачити норму, що «за рішенням загальних зборів дивіденди можуть бути виплачені іншим майном у порядку, передбаченому законодавством та внутрішніми документами товариства».

Частиною 2 ст. 30 передбачено строк виплати дивідендів не пізніше шести місяців після звітного року. Такий строк виплати дивідендів з огляду на нестабільну економічну ситуацію в країні може виявитися надто довгим і призвести до інфляції. Враховуючи досвід країн-сусідів, зокрема Російської Федерації (де відповідно до Закону «Об акционерных обществах» він не повинен перевищувати 60 днів з дня прийняття рішення про виплату річних дивідендів), видається доцільним скоротити його хоча б до чотирьох місяців.

Окрім того, в ЗУАТ, поряд з обмеженнями на виплату дивідендів, доцільно було б передбачити і відповідальність за їх невиконання, зобов'язавши товариство сплатити акціонерам оголошені дивіденди з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення у розмірі 3 % річних з простроченої суми (якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом), а також пеню у розмірі подвійної облікової ставки Національного Банку України. Частково ця норма ґрунтується на положенні ст. 625 ЦК («Відповідальність за порушення грошового зобов'язання»).

Заслугує на позитивну оцінку врегулювання у Законі *права на одержання інформації*. Законодавець більш сучасно підійшов до цього питання, передбачивши норму про зберігання документів акціонерного товариства, та встановив чіткий перелік об'єктів інформації, яка надається акціонерам (ч. 1 ст. 78, ч. 1 ст. 77). На сьогодні право на інформацію більш детально регулюється Законом України «Про цінні папери і фондовий ринок» [6], а також численними відомчими актами (зокрема, ДКЦПФР), які не сприяють чіткому уявленню рядового акціонера про те, яка ж інформація в результаті є предметом для ознайомлення. Більш прагматичним шляхом врегульовано порядок надання інформації (ст. 78): обов'язок для публічного АТ мати власну веб-сторінку в мережі Інтернет, на якій вона розміщується; встановлення плати за надання копій документів чи витрат, пов'язаних з їх пересиланням; ознайомлення із документами у приміщенні товариства за його місцезнаходженням у робочий час тощо. Тож документ встановлює принцип загальнодоступності інформації про діяльність АТ, закриває прогалини, які давали змогу акціонерам і правлінню зловживати своїми правами.

Вийти із акціонерного товариства його учасник може шляхом відчуження належних йому акцій. Акціонери публічного АТ, як і сучасні ВАТ, відчужують належні їм акції без згоди інших акціонерів та товариства. Для приватних АТ у ст. 7 Закону передбачено досить детальний порядок відчуження акцій. Тут законодавець урахував Рішення Конституційного Суду щодо можливості передбачення у статуті переважного права акціонерів та самого товариства на придбання акцій цього товариства [7]. При цьому акції продаються іншим акціонерам цього товариства за ціною і на умовах, запропонованих акціонером третій особі, пропорційно кількості акцій, що належать кожному з них.

Переважне право товариства на придбання акцій,

що продаються акціонерами цього АТ, може бути реалізовано протягом 10 днів після закінчення строку дії переважного права на придбання акцій акціонерами товариства, якщо коротший строк не передбачено статутом товариства. Строк переважного права, передбачений статутом товариства, не може бути меншим ніж 20 днів з дня отримання товариством відповідного повідомлення. Положеннями зазначеної статті також врегульовано санкції за порушення цього переважного права у вигляді вимоги в судовому порядку переведення на акціонерів або самого товариства прав та обов'язків покупця; причому уступка зазначеного переважного права іншим особам не допускається.

Схвально слід оцінити норму, закріплену у ч. 8 ст. 7 ЗУАТ про те, що у разі виникнення права звернення стягнення на акції у зв'язку з їх заставою відчуження таких акцій здійснюється з дотриманням переважного права акціонерів на такі акції. Хоча й самому товариству у другу чергу після акціонерів не завадило б надати переважне право на придбання таких акцій.

У Законі не прописано використання переважного права для акціонерів приватного АТ і самого товариства на випадки дарування акцій, їх обміну тощо. Зазначається лише, що переважне право акціонерів приватного товариства не поширюється на випадки переходу права власності на цінні папери цього товариства в результаті їх спадкування чи правонаступництва. Отже, для рейдерів так само легко буде придбати акції приватних АТ як і раніше, оскільки договори їх купівлі-продажу будуть підмінятися, наприклад, їх даруванням без використання того ж переважного права. Тож думка про те, що ЗУАТ є «антирейдерським» видається явно перебільшеною.

Звичайно, говорити про «плюси» і «мінуси» нового нормативного акта ще трохи зарано. Дослідники лише висловлюють свою особисту точку зору, акцентуючи увагу на його на окремих питаннях. Тільки час може показати наскільки акціонерні товариства в умовах все-світнього фінансового хаосу зможуть адаптуватися до нових принципів своєї діяльності. Очевидно одне: цей документ викличе ще багато дискусій у суспільстві. Його якість не в останню чергу залежатиме від результатів роботи юристів-практиків, наполегливості науковців та активності законодавців щодо його вдосконалення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про акціонерні товариства» від 17.09.08 р. // Ре-жим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=29524.
2. Азоян М. Акціонерні товариства: нове життя з підніжками // <http://news.finance.ua/ua/~2/90/all/2008/10/03/138986>.
3. Публічні акціонерні товариства: імунітет проти рейдерів // <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=678>.
4. Фоміна К. Імунітет проти рейдерів: закон-компроміс // Правовий тижень 07. 10. 2008 р. <http://www.agroconf.org>.
5. Ніколаєв В. Закон «Про акціонерні товариства»: юристи вже знайшли прогалини // http://antiraid.org/cp_mod_ucp_site_arts_show_79.html.
6. Закон України від 23.02.2006 р. «Про цінні папери та фондовий ринок» № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 31. – Ст. 268.
7. Рішення Конституційного Суду України від 11.05.2005 р. № 4-рп/2005 у справі за конституційним зверненням ЗАТ «Оболонь» та громадянина Винника В. В. про офіційне тлумачення положень... (справа про права акціонерів ЗАТ). – Справа № 1-11/2005 // zakon1.rada.gov.ua.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ ТА ЗАХИСТУ МАЙНОВИХ ПРАВ У СФЕРІ ОХОРОНИ ДОВКІЛЛЯ В УКРАЇНІ

Лапечук П. І.,

*провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

Попович Т. Г.,

*науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

Захист майнових прав фізичних і юридичних осіб у сфері охорони довкілля та використання природних ресурсів має декілька аспектів.

З одного боку, це втрата природних ресурсів чи погіршення їх якості за рахунок дії тих чи інших природних явищ (водна чи вітрова ерозія, затоплення, підтоплення, засолення ґрунтів, пожежі тощо); виснаження їх в результаті екстенсивного, нерационального використання.

З іншого боку, – це забруднення, засмічення об'єктів природного середовища, що призводить якщо і не до втрати майна, то унеможливує нормальне використання природних ресурсів, вимагає значних матеріальних витрат на їх відновлення, приведення у нормальний стан для подальшого безпечного та ефективного господарського та іншого використання.

Третім, не менш важливим, а може навіть більш соціально загрозованим є аспект, пов'язаний із захистом майнових прав фізичних осіб, який стосується негативного впливу забрудненого навколишнього середовища на життя та здоров'я людини. Адже, наприклад, коли громадянин вживає забруднену воду та/чи дихає забрудненим повітрям, то він, по-перше, вимушений нести матеріальні витрати для придбання відповідних пристроїв з її очищення, по друге, – несе матеріальні витрати на поліпшення свого здоров'я від споживання забрудненої води та продуктів харчування, дихання забрудненим повітрям.

Крім того, фізична чи юридична особа може понести значні майнові збитки від шкідливих викидів у атмосферу за рахунок повної втрати врожаю чи його частини, загибелі лісових, фруктових та інших зелених насаджень, погіршення якості продукції.

Якщо і в Конституції України, і в цілому у нормах екологічного законодавства захист майнових прав врегульовано більш-менш повною мірою, то майнові права щодо охорони здоров'я людини, які, зокрема, віднесено до немайнових, носять лише декларативний характер.

Як зазначає Р. О. Стефанчук, з'ясування правової природи та змісту права на здоров'я неможливе без вирішення питання щодо об'єкта даного права. На сьогодні пануючою є думка, що об'єктом права на здоров'я є немайнове благо «здоров'я фізичної особи» [1, 324]. Водночас, попри ніби зовнішню простоту даного питання, слід зауважити, що на сьогодні фактично не існує чіткого та здатного до юридичного застосування поняття «здоров'я», тобто поняття «здоров'я фізичної особи» саме як немайнового блага. Крім такого загального розуміння термін-поняття «здоров'я» має ще й своє спеціально-правове значення, в якому воно і виступає як певний об'єкт відповідних правовідносин [1, 324–325]. Це необхідно за декількох основних обста-

вин. Насамперед, таке розуміння дасть можливість розглядати «здоров'я» не просто як загально філософський субстрат, а, в першу чергу, як спеціальний об'єкт відповідних суспільних відносин. По-друге, такий підхід дасть можливість розглядати здоров'я як певну соціальну цінність, яка попри загальний характер має конкретну юридичну природу. По-третє, вказане значення здоров'я визначить і його спеціально-галузеву (цивільно-правову) належність до категорії особистих немайнових благ, що робить вказану категорію такою, що набуває ознак юридичної байдужості.

Погоджуючись з першими двома тезами, вважаємо, що третя теза несе дискусійний характер.

Коли той чи інший товаровиробник в результаті своєї виробничої діяльності, застосовуючи застарілі, малоефективні, багатовідхідні технології, забруднює і виснажує земельні, водні, лісові ресурси, надра, атмосферне повітря, рослинний і тваринний світ, що належать громадянинові на праві власності, загального чи спеціального користування, він забруднює оточуюче середовище, тим самим порушує майнові права цього громадянина на природні ресурси та охорону здоров'я. Ще раз підкреслимо, що на відновлення порушеного здоров'я кожна особа несе значні матеріальні витрати, причому в суді практично неможливо довести, що погіршення здоров'я пов'язане з тим чи іншим випадком забруднення довкілля.

Тим більше, що той же Р. О. Стефанчук, аналізуючи різні обставини щодо визначення поняття здоров'я людини, зазначає, що «якщо таке благо як здоров'я може бути динамічним змінам та диференціюватися залежно від факторів, що впливають на стан життєдіяльності організму, то воно, відповідно, піддається також і вимірюванню (оцінці) за різними показниками» [1, 326]. На нашу думку, ця дуже правильна та актуальна тема (яка, на жаль, не знайшла подальшого розвитку у зазначеній монографії) заслуговує на подальше поглиблене вивчення стосовно охорони довкілля і переосмислення поняття «немайнове» і «майнове» право у цій сфері щодо здоров'я людини.

Захист майнових прав при забрудненні довкілля в Україні – це, в першу чергу, конституційне право людини і громадянина. Статтею 50 Конституції України чітко визначено, що кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди. Стаття 116 Конституції України зобов'язує Уряд країни забезпечувати проведення політики у сфері охорони природи, екологічної безпеки і природокористування.

Відповідно до ч. 4 ст. 68 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» підпри-

ємства, установи, організації та громадяни зобов'язані відшкодувати шкоду, заподіяну ними внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, в порядку та розмірах, встановлених законодавством України [2].

Особливістю застосування цивільної відповідальності є те, що шкода, заподіяна внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, підлягає компенсації, як правило, в повному обсязі без застосування норм зниження розміру стягнення та незалежно від збору за забруднення навколишнього природного середовища та погіршення якості природних ресурсів.

Особи, яким завдано такої шкоди, мають право на відшкодування неодержаних прибутків за час, не обхідний для відновлення здоров'я, якості навколишнього природного середовища, відтворення природних ресурсів до стану, придатного для використання за цільовим призначенням.

Особи, що володіють джерелами підвищеної екологічної небезпеки, зобов'язані компенсувати заподіяну шкоду громадянам та юридичним особам, якщо не доведуть, що шкода виникла внаслідок стихійних природних явищ чи навмисних дій потерпілих.

Шкода, заподіяна довкіллю у зв'язку з виконанням угоди про розподіл продукції, підлягає відшкодуванню відповідно до вимог ст. 29 Закону України «Про угоди про розподіл продукції» [3]. Зокрема, така шкода підлягає відшкодуванню (компенсації) в повному обсязі за рахунок інвестора, незалежно від плати за забруднення довкілля та погіршення якості природних ресурсів. Інвестор звільняється від відшкодування шкоди, заподіяної довкіллю, тільки якщо доведе, що шкода заподіяна внаслідок стихійних природних явищ або навмисних дій потерпілих.

Конституційні вимоги щодо безпечного для життя і здоров'я довкілля в повному обсязі знайшли своє відтворення у Цивільному кодексі України [4]. Так, відповідно до положень ст. 293 фізична особа має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля, право на достовірну інформацію про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її збирання та поширення. Діяльність фізичної та юридичної особи, що призводить до нищення, псування, забруднення довкілля, є незаконною. Кожен має право вимагати припинення такої діяльності. Діяльність фізичної та юридичної особи, яка завдає шкоди довкіллю, може бути припинена за рішенням суду. Фізична особа має право на безпечні для неї продукти споживання (харчові продукти та предмети побуту). Фізична особа має право на належні, безпечні і здорові умови праці, проживання, навчання тощо.

Статтею 394 Цивільного кодексу України передбачено, що власник земельної ділянки, житлового будинку, інших будівель має право на компенсацію у зв'язку із зниженням цінності цих об'єктів у результаті діяльності, що призвела до зниження рівня екологічної, шумової захищеності території, погіршення природних властивостей землі.

За загальним правилом застосування до винних осіб кримінальної або адміністративної відповідальності не

звільняє їх від відшкодування шкоди, завданої порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища. Ця шкода характеризується як загальними ознаками «шкоди», так і особливими, які властиві лише екологічній шкоді. Загальне визначення шкоди зводиться до віднесення до неї будь-якого знецінення, погіршення, зменшення, знищення блага, що охороняється законом, або ж до розуміння її як несприятливих наслідків, що виникають у результаті порушення майнових або особистих немайнових прав потерпілого. Відповідно до цього визначається й екологічна шкода як сукупність негативних змін у якості та структурі навколишнього природного середовища або його окремих елементів: псування, знищення, руйнування об'єктів природи, порушення екологічних зв'язків і систем, загальне погіршення стану природного середовища тощо.

На думку В. М. Комарницького, В. І Шевченко, С. В. Слькіна, одним із найбільш дискусійних є питання про структуру екологічної шкоди [5, 213–215]. Так, вони наводять думку В. Л. Мунтяна про те, що шкода, заподіяна природним об'єктам, поділяється на дві самостійні частини. Перша частина складається з вартості матеріально-грошових затрат на природоохоронні заходи на відновлення порушеного стану природи. Друга частина шкоди включає втрати в природному середовищі, що стали результатом виключення життєво важливих функцій окремих його елементів або комплексів. Такі втрати, будучи невідновлювальними, відносно невідновлювальними або важковідновлювальними, не мають грошової оцінки. Як зазначає В. Л. Мунтян, ця шкода дістала назву екологічної на відміну від економічної, яка може бути виражена в грошовій оцінці [6].

Розвиваючи зазначену концепцію, В. В. Петров також вважав, що шкода, заподіяна порушенням екологічного законодавства, поділяється на економічну й екологічну. Економічна виявляється в загибелі, пошкодженні, знищенні матеріальних цінностей, у неотриманні доходів від використання природного об'єкта, а екологічна – у виснаженні природного середовища, порушенні його екологічних зв'язків [7]. На думку В. В. Петрова, на відміну від економічної шкоди, що виявляється у вартості втрат матеріальних цінностей і передбачуваних доходів, екологічна шкода являє собою складне структурне утворення, що має дві самостійні частини: вартість матеріально-грошових витрат, що використовувалися на охорону природного об'єкта, якому заподіяна шкода, витрат на відновлення порушеного стану природного середовища тощо; вартість екологічних втрат природного середовища, що виникли внаслідок повного чи часткового відключення виконуваної нею життєзабезпечуючих функцій. Такі втрати поділяються на відновлювальні в результаті господарської діяльності, відносно невідновлювальні, коли відновлення природних об'єктів пов'язане з тривалими строками (відновлення лісової рослинності), невідновлювальні.

Удосконалюючи цю концепцію, Е. М. Жевлаков виділяв «шкоду екологічну та шкоду антропологічну, а також економічну шкоду, що заподіюється матеріальним інтересам природокористувачів» [8].

Свою думку на зазначене питання має С. Б. Гавриш.

Він робить акцент на наслідках шкоди, що поєднує у собі різні види збитків – природі, людині, економічним структурам. Відповідно до цього виділяється збиток біологічний (збиток екосистем, природному середовищу), який є первинним, а також особистий збиток (збиток життю і здоров'ю людини), економічний збиток (матеріальній сфері життя людей) [9].

По суті, усі зазначені оцінки шкоди, що заподіюється навколишньому природному середовищу, відрізняються між собою, головним чином, ступенем диференціації наслідків цієї шкоди. При цьому всі вони збігаються у тому, що оцінка даного роду шкоди має бути комплексною, урахувати всі аспекти її впливу на стан довкілля, людину безпосередньо, матеріальні інтереси природокористувачів.

З огляду на зазначене можна виділити такі ключові моменти оцінки та відшкодування шкоди, що заподіюється порушеннями екологічного законодавства.

Найбільш значущими є екологічні наслідки шкоди, що завдається навколишньому природному середовищу. Наприклад, знищення чи пошкодження лісових культур на значних площах лісу негативно впливає на лісові екосистеми, на виконання лісами кліматорегулюючих, водоохоронних та інших функцій. Унаслідок цього можуть погіршуватися екологічні умови життєдіяльності людини, погіршуватися стан інших об'єктів природи.

Відшкодуванню підлягає лише та шкода, що піддається обрахуванню та вираженню або в натуральних, або у вартісних показниках. З урахуванням обставин справи суд за вибором потерпілого може зобов'язати особу, яка завдала шкоду, відшкодувати її в натурі (передати річ того ж роду і такої ж якості, полагодити пошкоджену річ тощо) або відшкодувати збитки у повному обсязі (ч. 1 ст. 1192 Цивільного кодексу України).

Відшкодування в натурі шкоди полягає в тому, що винна особа зобов'язана власними силами й засобами усунути негативні наслідки заподіяної шкоди (здійснити лісонасадження, рекультивацию землі тощо). Проте покладання на правопорушника обов'язку щодо відшкодування шкоди в натурі можливе лише в тому випадку, коли він має відповідну кваліфікацію, досвід, матеріально-технічну базу для здійснення відповідних природовідновлювальних робіт, або ж зазначені умови не мають значення в тих чи інших випадках (наприклад, при відновленні лісгосподарських знаків).

Якщо правопорушника не можна зобов'язати відшкодувати шкоду в натурі, то на нього покладається відшкодування збитків у повному обсязі (компенсація збитків). При обрахуванні обсягу відшкодування слід урахувати: невикористані витрати матеріальних засобів і праці, що раніше вкладені у природний об'єкт (земельну ділянку, ліс, водний об'єкт), витрати на відтворення природних ресурсів (риби, лісу, джерел водопостачання тощо), а також не отримані природокористувачами доходи.

Важливу роль в обрахуванні обсягу відшкодування виконують спеціальні такси, їх використання зумовлено складністю вирахування втрат, викликаних знищенням або пошкодженням лісу й інших природних ресурсів, необхідністю забезпечувати однаковість відшкодування шкоди у типових випадках. Як правило, такі

такси затверджуються Постановою Кабінету Міністрів України [10].

Такси для обчислення розміру компенсації за шкоду, заподіяну знищенням чи пошкодженням рослин з числа видів, занесених до Червоної книги України, Європейського червоного списку тварин і рослин, що перебувають під загрозою зникнення у світовому масштабі, і знищенням їх місцезростання, визначені Постановою Кабінету Міністрів України від 01.06.1993 р. № 399 (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 16.03.1999 р. № 398) [11]. Для цих видів рослин передбачені більш значні розміри стягнень за заподіяну їм шкоду.

Постановами Кабінету Міністрів України затверджені також такси для обчислення розміру відшкодування збитків, заподіяних унаслідок забруднення із суден, кораблів та інших плавучих засобів територіальних і внутрішніх морських вод України [12], такси для обчислення розміру відшкодування шкоди, заподіяної порушенням природоохоронного законодавства у межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду України [13], такси для обчислення розміру шкоди, заподіяної зеленим насадженням у межах міст та інших населених пунктів [14] та інші.

Щоб захистити майнові права в результаті забруднення навколишнього природного середовища, виснаження та погіршення якості природних ресурсів та зменшення негативного впливу шкідливих речовин на здоров'я людини в Україні створено цілу систему нормативно-правових актів, спрямованих на поліпшення екологічного стану.

Підсумовуючи поданий матеріал, слід зауважити, що до цього часу захист майнових прав в екологічній сфері не повною мірою врегульовано у законодавстві України, у тому числі Цивільному та Господарському кодексах України, причому ні земля, ні інші природні ресурси, які мають вартість і можуть підлягати купівлі-продажу, даруванню, обміну, спадкуванню тощо, тут чітко не віднесені до майна, не говорячи вже про майнові правовідносини, що складаються у процесі забруднення довкілля та/чи погіршення якості природних ресурсів України.

На нашу думку, цей екологічний аспект майнових прав та майнових правовідносин потребує широкого і глибокого вивчення (можливо, переосмислення) як з боку юристів (теоретиків і практиків), так і фахівців інших галузей.

Слід зазначити, що в цьому питанні ми не претедуємо на «абсолютну істину». Ця теза носить дискусійний характер і ми сподіваємося, що свої думки з цієї проблеми висловлять як вчені-юристи, так і фахівці суміжних галузей.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) / Відп. ред. Я. М. Шевченко. – Хмельницький, 2007. – 626 с.
2. Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 р. № 1264-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.

3. Закон України «Про угоди про розподіл продукції» від 14.09.1999 р. № 1039-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 44. – Ст. 391.

4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

5. *Екологічне право* / В. М. Комарницький, В. І. Шевченко, С. В. Єлькін. – К.: Центр навчальної літератури, 2006. – 224 с.

6. *Мунтян В. Л.* Правова охорона природи Української ССР. – К.: Вища школа, 1982. – 232 с.

7. *Екологія и право* / В. В. Петров. – М., 1981. – 224 с.

8. *Жевлаков Э. Н.* Экологические преступления: понятие, виды, проблемы ответственности. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1991. – 52 с.

9. *Гавриш С. Б.* Кримінально-правова охорона довкілля в Україні: проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства. – К., 2002. – 634 с.

10. *Постанова* Кабінету Міністрів України «Про затвердження такс для обчислення розміру шкоди, заподіяної лісу» від 23.07.2008 р. № 665 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 56. – Ст. 1868. – С. 30.

11. *Постанова* Кабінету Міністрів України «Про розміри компенсації за добування (збирання) та шкоду, заподіяну видам тварин і рослин, занесеним до Червоної книги України» від 01.06.1993 р. № 399 // ЮПС «Законодавство». – Станом на 24.09.2008 р.

12. *Постанова* Кабінету Міністрів України «Про затвердження такс для обчислення розміру відшкодування збитків, заподіяних внаслідок забруднення із суден, кораблів та інших плавучих засобів територіальних і внутрішніх морських вод України» від 03.07.1995 р. № 484 // ЮПС «Законодавство». – Станом на 24. 09. 2008 р.

13. *Постанова* Кабінету Міністрів України «Про затвердження такс для обчислення розміру відшкодування шкоди, заподіяної порушенням природоохоронного законодавства у межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду України» від 21.04.1998 р. № 521 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 16. – С. 55.

14. *Постанова* Кабінету Міністрів України «Про такси для обчислення розміру шкоди, заподіяної зеленим насадженням у межах міст та інших населених пунктів» від 08.04.1999 р. № 559 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 14. – С. 110.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СТРОКІВ ВИКОНАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ОБОВ'ЯЗКІВ У ДОГОВОРАХ ПРО ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У ТИМЧАСОВЕ КОРИСТУВАННЯ

Хашівська Н. В.,

аспірантка НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

Договір майнового найму (оренди) належить до категорії цивільно-правових договорів про передання майна у тимчасове користування. Передання майна наймачеві не супроводжується переходом до нього права власності на це майно. Останній отримує лише право користування майном. Ця ознака відрізняє договір найму (оренди) від таких договорів як купівля-продаж, міна, позика.

Практично кожна норма Цивільного кодексу України, що визначає обов'язки суб'єктів цивільних правовідносин, одночасно встановлює час (строк, термін) виконання цих обов'язків. Наприклад, ч. 2 ст. 776 ЦК України [1] поряд із закріпленням обов'язку наймодавця провести капітальний ремонт речі, переданої у найм, встановлює і строк виконання такого обов'язку.

Строки виконання цивільних обов'язків тісно пов'язані зі строками здійснення цивільних прав. Оскільки праву суб'єкта завжди відповідає певний обов'язок, тому строк здійснення права однією особою є одночасно строком виконання обов'язку іншою особою. Суб'єктивний цивільний обов'язок у юридичній літературі розглядається як міра необхідної поведінки зобов'язаної особи для задоволення інтересів уповноваженої особи [2]. Таким чином, цивільно-правовий обов'язок можна охарактеризувати як міру належної поведінки зобов'язаної особи, якої вона повинна дотримуватися відповідно до вимог правомочного суб'єкта з метою задоволення її інтересів. Кожна зі сторін договору майнового найму повинна належним чином виконувати всі обумовлені в ньому або передбачені законом обов'язки. У разі їх порушення вони несуть майнову відповідальність чи інші правові наслідки, які можуть і не бути мірою цивільно-правової відповідальності, яка настає, зокрема, за наявності умов, передбачених законом за порушення зобов'язань.

Строки виконання цивільних обов'язків – це періоди, протягом яких зобов'язані особи повинні виконати покладені на них зобов'язання [3].

Строк виконання цивільних обов'язків, як правило, встановлюється шляхом реалізації першої можливості і тісно пов'язаний з другим елементом (можливістю) суб'єктивного права та представляє собою період, відрізок часу, протягом якого боржник повинен здійснити певні дії чи, навпаки, утриматися від їх здійснення. Цей строк може бути передбачений законом, адміністративним актом, а також договором.

У деяких посібниках з цивільного права особлива увага звертається на те, що строки здійснення цивільних прав та виконання цивільних обов'язків встановлюються в межах регулятивних, а строки захисту – в межах охоронних правовідносин [3; 4], що є досить суттєвим, оскільки призначення та використання регулятивних та охоронних строків істотно відрізняються один від одного. Регулятивними відносинами називаються правовідносини, через які здійснюється регулювання нормальних економічних відносин (власності, товарно-грошових) та особистих немайнових відносин, тобто за допомогою регулятивних відносин відбувається правомірна діяльність громадян та організацій і, звичайно, таке регулювання відбувається в межах відповідних строків.

Строки виконання цивільних обов'язків можна спостерігати як в межах абсолютних, так і в межах відносних правовідносин. Строки виконання цивільних обов'язків в межах абсолютних відносин не представляють особливого інтересу для дослідження, оскільки обов'язки в таких правовідносинах мають пасивний характер. Тому в цих відносинах їх краще визначити як строки існування цивільних обов'язків. Навпаки, у відносних правовідносинах цивільно-правові обов'язки

полягають, насамперед, в позитивних діях, здійснення яких забезпечує задоволення інтересів правомочних осіб, і тому фактор часу відіграє значну роль для врегулювання та задоволення інтересів усіх учасників зазначених правовідносин.

Цивільні обов'язки та строки виконання цих обов'язків більшою мірою є складовою частиною зобов'язальних правовідносин. Зобов'язання, в свою чергу, представляє собою відносно правовідношення, яке опосередковує товарне переміщення матеріальних благ, в якому одна особа (боржник) на вимогу іншої особи (кредитора) зобов'язана здійснити дії з надання йому певних матеріальних благ. Зобов'язання різні за тривалістю: межі їх існування та строки виконання визначаються визначеними та невизначеними строками, можуть навіть бути безстрокового характеру.

Строки у зобов'язальних правовідносинах залежать від багатьох факторів: суб'єктів, що беруть участь у правовідносинах, підстав виникнення правовідносин, характеру дій, що становлять об'єкт зобов'язання, тощо.

Строки (терміни) виконання цивільних обов'язків можуть встановлюватися в межах різних типів зобов'язань, які залежно від підстави виникнення поділяються на два види: договірні та позадоговірні зобов'язання. Строки (терміни) виконання цивільних обов'язків в межах договірних зобов'язань визначаються законом та угодою сторін, які беруть участь в зобов'язанні. Час виконання позадоговірного зобов'язання залежить лише від закону або від закону та волі однієї із сторін у зобов'язанні. Таким чином, строки виконання цивільних обов'язків можуть визначатися законами, договорами, адміністративними актами, а також звичаями ділового обороту.

Поряд із строками виконання цивільних обов'язків особливе призначення мають і терміни. Слід зазначити, що на практиці для з'ясування часу виконання зобов'язання це поняття застосовується набагато частіше, ніж поняття «строк», оскільки в побуті учасники тих чи інших правовідносин, як правило, визначають в кінцевому результаті саме календарну дату (або подію), яка буде терміном виконання зобов'язання. В юридичному відношенні термін є знаряддям обчислення відповідних строків, який тісно пов'язаний з тими чи іншими юридичними фактами. Якщо виконання зобов'язання у темпоральному відношенні визначається тільки строком (певним періодом часу), то, звичайно, обчислення цього строку не обминує процедури визначення терміну. Якщо виконання зобов'язання визначене терміном, то це не означає, що не існує строку виконання обов'язку у вигляді певного періоду часу. У зобов'язальних правовідносинах термін може мати ще й додаткове призначення, тобто конкретизувати строки виконання цивільних обов'язків.

Неухильне дотримання строків виконання цивільних обов'язків має важливе значення. Виконання обов'язку в строк (до певного терміну) є однією із умов принципу належного виконання зобов'язання.

Виконання зобов'язання в цілому представляє собою здійснення у відповідності з його змістом дій або, якщо зобов'язання комплексне, сукупності дій. Виконання – це не будь-яка дія, а лише така дія, яка впли-

ває із змісту зобов'язання [5]. Це визначення є неповним, оскільки ті чи інші дії у зобов'язанні повинні відповідати певним вимогам, визначеним не лише сторонами у договірному порядку, а й на законодавчому рівні. Процес виконання зобов'язання повинен відповідати багатьом вимогам, які включаються до поняття «належного виконання зобов'язання». Тому радянські цивілісти та сучасні українські виходять з того, що належне виконання зобов'язання – це його відповідність різноманітним вимогам [6; 7]. Загальні умови виконання зобов'язань встановлені ст. 526 ЦК України, яка зазначає, що «зобов'язання має виконуватися належним чином», і таке виконання стосується суб'єктів, строку (терміну), місця і способів виконання. Виконання визнається дійсним (правильним), зазначав В. І. Синайський, коли воно здійснене: 1) ким і кому слід; 2) вчинене в належний час і в належному місці, 3) належним чином [8].

Вимоги щодо виконання окремих видів зобов'язань, що зумовлені особливостями цих зобов'язань, містяться в нормативно-правових актах цивільного законодавства, основне місце серед яких займає Цивільний кодекс України. У тих випадках, коли певні види зобов'язань врегульовані нормами ЦК України лише у загальних рисах або взагалі не регулюються його положеннями, сторонам зобов'язання слід керуватися вимогами щодо його виконання, що містяться в спеціальних актах законодавства. Так, зобов'язання, що виникають з договору оренди державного і комунального майна, виконуються відповідно до Закону України «Про оренду державного та комунального майна» [9].

За відсутності умов та вимог законодавства щодо виконання зобов'язання вони, згідно із ст. 526 ЦК України, повинні виконуватися відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться.

Однак всі умови належного виконання зобов'язання рівнозначні не тільки з точки зору кредитора, а й самі по собі, оскільки неможливе передання речі поза місцем, поза часом тощо. Нас у даному випадку цікавить саме строк (термін) виконання того чи іншого обов'язку як одна із умов належного виконання зобов'язання. У роз'ясненні президії Вишого арбітражного суду України «Про деякі питання практики застосування Закону України «Про оренду державного майна» від 7 грудня 1995 р. [11] (п. 3) зазначається, що лише за наявності умов, наведених як істотні у ст. 10 цього Закону, якщо такі умови не врегульовані чинним законодавством, можна вважати договір оренди майна укладеним. Разом із тим згідно з ч. 2 ст. 763 ЦК, якщо строк договору найму не встановлений, договір найму вважається укладеним на невизначений строк. Кожна із сторін у цьому разі може відмовитися від договору в будь-який час, попередивши про це іншу сторону за один місяць, а в разі найму нерухомого майна – за три місяці. Договором або законом може бути встановлений інший строк для попередження про відмову від договору найму, укладеного на невизначений строк.

Мабуть, стосовно договору оренди слід керуватися не загальними нормами про майновий найм, а спеціальними правилами Закону України «Про оренду державного і комунального майна», за якими умова про строк

оренди належить до істотних умов цього договору, а договір оренди вважається укладеним з моменту досягнення домовленості з усіх істотних умов і підписання сторонами тексту договору (ст. 12 Закону) [12, с. 190–191].

Строк (термін) виконання зобов'язання є критерієм, за яким можна розрізнити зобов'язання з визначеним строком виконання і зобов'язання з невизначеним строком виконання.

Визначення строку виконання зобов'язання здійснюється в основному у договірному порядку, а також за нормами цивільного законодавства та за рішенням суду. У договірних зобов'язаннях строки виконання обов'язків, як правило, збігаються або перебувають у межах строку договору. Строк дії договору згідно із ч. 1 ст. 631 ЦК України – це час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до змісту договору.

Час виникнення цивільних обов'язків у договірному порядку пов'язується з моментом укладення договору, який визначається відповідно до ст. 640 ЦК України. Однак слід зазначити, що правило відносно визначення моменту набрання договором чинності має імперативний характер, у зв'язку з чим треба чітко розрізнити момент набрання договором чинності і строк (термін) виконання сторонами своїх обов'язків. Договір набуває чинності і пов'язує сторони правовим зв'язком з моменту його укладення, а строк (термін) виконання обов'язків за договором визначається сторонами на їх власний розсуд і може визначатися шляхом вказівки на настання певної події, на здійснення певних дій, а може не визначатися взагалі або визначатися моментом вимоги [13].

При дослідженні строків виконання цивільних обов'язків в договорах про передання майна у тимчасове користування слід розрізнити такі поняття: «строк (термін) виконання цивільного обов'язку», «строк (термін) виконання зобов'язання», «строк (термін) виконання договору».

Строк (термін) виконання цивільного обов'язку, як вже зазначалося, представляє собою період (момент), протягом якого (до якого) зобов'язані особи повинні виконати покладені на них дії. Сам юридичний обов'язок можна визначити як забезпечену законом не обхідність певної поведінки особи, яка спрямована на здійснення відповідного суб'єктивного права. Зобов'язання може складатися із сукупності цивільних обов'язків, строки виконання яких не обов'язково збігаються із загальним строком виконання зобов'язання. Отже, у зобов'язанні окремі строки є строками виконання окремих цивільних обов'язків, а дотримання загальних строків виконання цивільних обов'язків визначає строк виконання зобов'язання в цілому. Тому залежно від змісту договору зазначені поняття можуть як збігатися, так і не збігатися.

Строк виконання договору та строк виконання зобов'язання (обов'язку) також можуть збігатися або не збігатися [14]. Це пов'язано з тим, що будь-який договір є зобов'язанням, в основу якого покладається юридичний факт (дія або подія), що є підставою виникнення або припинення того чи іншого правового відношення. У тих випадках, коли строк договору збігається

із строком існування зобов'язання, – збігаються і строки їх виконання.

Якщо строк (термін) виконання зобов'язання встановлено, то воно підлягає виконанню у цей строк (термін) згідно із ч. 1 ст. 530 ЦК України. Таким чином, визначений у зобов'язанні період, протягом якого воно підлягає виконанню, – це строк виконання зобов'язання (обов'язку). Належне виконання може здійснюватися у будь-який момент в межах цього періоду. В свою чергу, вказівка на конкретну дату, із настанням якої пов'язано виконання зобов'язання, – це термін виконання зобов'язання. Зазначена норма також передбачає, що строк (термін) виконання зобов'язання може бути вказаний певною подією, яка неминує має настати. Безспірно, що встановлення такої умови виконання зобов'язання стосується лише терміну виконання зобов'язання, а не його строку.

Більш складною для правового врегулювання є ситуація, коли строк виконання зобов'язання взагалі не визначений у договірному порядку. Загалом, поділ цивільно-правових строків та термінів на визначені та невизначені вказує на особливості їх часового закріплення в нормах права. Визначені строки обраховуються шляхом вказівки на їх тривалість або моменти їх початку та закінчення. В. П. Грибанов запропонував такі способи встановлення визначених строків: а) шляхом вказівки на певний момент чи подію, з якими пов'язуються юридичні (правові) наслідки (наприклад, ч. 2 ст. 782 ЦК України встановлює, що у разі відмови наймодавця від договору найму договір є розірваним з моменту одержання наймачем повідомлення наймодавця про відмову від договору; ч. 2 ст. 8 Закону України «Про фінансовий лізинг» [15] передбачає, що у разі якщо сторони договору лізингу уклали договір купівлі-продажу предмета лізингу, то право власності на предмет лізингу переходить до лізингоодержувача з моменту сплати ним визначеної договором ціни (грошової суми), якщо договором не передбачено інше); б) шляхом встановлення тривалості строку з одночасним визначенням початку чи закінчення протікання строку (таким чином, встановлені строки позовної давності: визначена їй загальна тривалість, початок перебігу, особливості зупинення, переривання та спливу [16] (наприклад, ст. 786 ЦК)).

Слід зазначити, що визначені строки в деяких посібниках з цивільного права [17; 18] поділяються на абсолютно визначені та відносно визначені. Такий поділ є доцільним, оскільки надає можливість ще детальніше конкретизувати особливості визначення строків нормами цивільного права. Абсолютно визначені строки (або терміни) передбачають точний період часу (або момент), з яким пов'язуються юридичні наслідки. До них відносяться строки, визначені календарною датою чи конкретним відрізком часу (наприклад, строк позовної давності, що застосовується до вимог, які випливають із договору найму, становить 1 рік (ч. 1 ст. 786 ЦК)). Відносно визначені строки характеризуються меншою точністю, однак також пов'язані з певним періодом чи моментом часу.

На відміну від абсолютно та відносно визначених строків цивільне право містить невизначені строки,

тобто випадки, коли для здійснення тих чи інших дій законом або договором взагалі не встановлений будь-який часовий орієнтир, хоча і передбачається, що відповідне правовідношення має часові межі. Наприклад, майно, земельна ділянка або житло можуть бути передані в найм без вказівки на конкретний строк їх використання. В основному невизначені строки трапляються у договірних зобов'язаннях, при укладенні договорів без вказівки строків його дії. Так, ч. 2 ст. 763 ЦК передбачає, що якщо строк найму не встановлений, договір найму вважається укладеним на невизначений строк.

У випадках, коли зобов'язання не передбачає строк його виконання і не містить умов, що дають змогу визначити цей строк, воно повинно бути виконане у розумний строк після виникнення зобов'язання. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 777 ЦК України наймач, який має намір скористатися переважним правом на укладення договору найму на новий строк, зобов'язаний повідомити про це наймодавця до спливу строку договору найму у строк, встановлений договором, а якщо він не встановлений договором – в розумний строк. При цьому зобов'язання, що не містять умов про строк його виконання, за загальним правилом, підлягають виконанню протягом семи днів після пред'явлення відповідної вимоги. Так, ч. 3 ст. 818 ЦК передбачає, що тимчасові мешканці повинні звільнити житло після спливу погодженого з ними строку проживання або не пізніше семи днів від дня пред'явлення до них наймачем або наймодавцем вимоги про звільнення помешкання.

Особливо привертають до себе увагу в договорах про передання майна у тимчасове користування строки, визначені як «негайні» (ст. 765, ч. 1 ст. 785 ЦК, ст. 11 Закону України «Про фінансовий лізинг»), «розумні» (ч. 2 ст. 776, ч. 2 ст. 777 ЦК), «будь-які» (ч. 1 ст. 790, ч. 1 ст. 825 ЦК) тощо. Негайне виконання того чи іншого зобов'язання передбачає здійснення передбачених законом або договором обов'язків поспішаючи, терміново, невідкладно, тобто якомога швидше. Такі вимоги закону, як правило, обумовлені змістом відповідного зобов'язання і спрямовані на гарантування охорони певних суб'єктивних прав учасників цивільних правовідносин. Наприклад, ч. 1 ст. 785 Цивільного кодексу України зазначає, що у разі припинення договору найму наймач зобов'язаний негайно повернути наймодавцеві річ у стані, в якому вона була одержана.

Здійснення певної дії, передбаченої зобов'язанням, у «розумний строк» встановлює, як правило, період часу, необхідний для здійснення відповідної дії. Наприклад, згідно з ч. 2 ст. 776 ЦК України капітальний ремонт речі, переданої у найм, провадиться наймодавцем у строк, встановлений договором, а якщо строк не встановлений договором або ремонт викликаний невідкладною потребою, капітальний ремонт має бути проведений у розумний строк. Вказаний період часу в кожному конкретному випадку має свої межі, які встановлюються та визначаються залежно від тих чи інших умов і особливостей відповідного зобов'язання. Виконання зобов'язання у «розумний строк» означає оперативне здійснення всіх необхідних та обумовлених зобов'язанням дій, враховуючи специфіку цивільного

правовідношення (суб'єктний склад, об'єкт та зміст зобов'язання).

Вказівка закону на можливість виконання певної дії в «будь-який» час встановлює для суб'єктів цивільних правовідносин право на власний розсуд вирішувати часові межі зобов'язання залежно від тих чи інших життєвих обставин. Прикладом законодавчого закріплення відповідної норми є ч. 2 ст. 530 Цивільного кодексу України, згідно з якою, якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений, кредитор має право вимагати його виконання у будь-який час. Згідно з ч. 1 ст. 790 ЦК України наймач у будь-який час має право відмовитися від договору прокату і повернути річ наймодавцеві. У сфері договору найму житла, як приклад, можна навести норму ч. 1 ст. 825 ЦК України, що передбачає право наймача житла відмовитися від договору найму у будь-який час, письмово попередивши про це наймодавця за три місяці.

Загальні норми ЦК України встановлюють, що зобов'язання підлягає виконанню у такі строки (терміни): якщо у зобов'язанні встановлений строк (термін) – у цей строк (термін); якщо термін визначений вказівкою на подію, яка неминуче настане, з настання цієї події; якщо строк не вказаний чи визначений моментом пред'явлення вимоги – боржнику надається пільговий семиденний строк для виконання зобов'язання від дня пред'явлення вимоги [13, с. 385].

Зобов'язання, за загальним правилом, повинні виконуватися в строки (терміни), встановлені у законі або договорі. Тому дострокове виконання зобов'язання допускається, якщо інше не передбачено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. Зазначена норма закріплена ст. 531 ЦК України, яка фактично встановлює презумпцію можливості дострокового виконання зобов'язання. Отже, в інтересах боржника передбачається його право виконати зобов'язання за власним вибором: або у встановлений строк (термін), або достроково.

Раніше таке право боржника було закріплене в ст. 166 ЦК 1963 р., яка диференціювала дострокове виконання залежно від суб'єктного складу зобов'язання. Передбачалося, що для юридичних осіб діяла презумпція заборони дострокового виконання, адже воно було можливим, якщо прямо передбачалося законом чи договором, та за наявності згоди кредитора. За сучасних умов наймач, наприклад, за договором прокату має право відмовитися від договору та повернути річ наймодавцеві в будь-який час (ст. 790 ЦК). При цьому плата за прокат, що сплачена наймачем за весь строк договору, зменшується відповідно до тривалості фактичного користування річчю. Тобто при достроковому поверненні наймачем взятого на прокат майна наймодавець зобов'язаний повернути йому відповідну частину отриманої орендної плати, врахувавши її від дня, наступного за днем фактичного повернення майна.

На підставі вищевикладеного можна зробити такі узагальнюючі висновки, що стосуються особливостей та природи строків виконання цивільних обов'язків у договорах про передання майна у тимчасове користування:

1) строки виконання цивільних обов'язків тісно пов'язані зі строками здійснення цивільних прав та в багатьох випадках є їх складовою частиною;

2) строки виконання цивільних обов'язків можуть встановлюватися у договірному порядку, визначатися законодавством та рішенням суду;

3) при визначенні строків виконання цивільних обов'язків на практиці переважно застосовуються саме терміни, які є більш вдалою формою визначення часу виконання обов'язків учасниками цивільних правовідносин;

4) зазначені строки є різними за змістом та особливостями застосування і залежать від змісту правові днюшення, в межах якого вони встановлюються;

5) строки виконання цивільних обов'язків слугують регулятором та упорядником цивільних правовідносин, а також забезпечують можливість своєчасного отримання бажаного результату правомочними особами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України*: Прийнятий 16 січня 2003 року. – К.: Істина, 2003. – 368 с.
2. *Цивільне право України*: Підручник: У 2-х кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – Юрінком Інтер, 2004. – С. 76.
3. *Гражданское право*: В 2-х т. Том I: Учебник / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 1998. – С. 467.
4. *Загальна теорія цивільного права*: Підручник / О. А. Підпригора, Д. В. Боброва, О. В. Дзера та ін.; За ред. О. А. Підпригори і

Д. В. Бобрової. – К.: Вища школа., 1992. – С. 230.

5. *Толстой В. С.* Понятие надлежащего исполнения обязательств // *Правоведение*. – 1971. – № 3. – С. 69.

6. *Советское гражданское право*, Т. 1. М.: «Высшая школа», 1968. – С. 441.

7. *Боднар Т. В.* Загальні засади виконання цивільно-правових зобов'язань // *Вісник господарського судочинства*. – 2003. – № 4. – С. 170.

8. *Синайский В. И.* Русское гражданское право. – М.: Статут, 2000. – С. 332.

9. *Закон України «Про оренду державного і комунального майна»*// ВВР України. – 1995. – № 15. – Ст. 99; № 31. – Ст. 244.

10. *Господарський кодекс України*: Офіційний текст. – К.: Кондор, 2004. – 208 с.

11. *Збірник офіційних документів Вищого арбітражного суду України*. – 1995. – С. 154–155.

12. *Луць В. В.* Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов./ В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 576 с.

13. *Цивільний кодекс України*: Коментар. – Х.: ТОВ «Одісей», 2003. – С. 447.

14. *Вахоньса Т. М.* Строки (терміни) у цивільному праві: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2005. – С. 145.

15. *Закон України «Про фінансовий лізинг»*// *Закон і бізнес*. – 1998. – 28 січня.

16. *Грибанов В. П.* Сроки в гражданском праве. – М., 1967. – С. 11.

17. *Гражданское право*. Учебник. Часть I. Издание третье, перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998. – С. 295–296.

18. *Гражданское право*. Часть первая: Учебник / Под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. – М.: Юристъ, 1997. – С. 200–201.

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ДОГОВОРУ НА КОРИСТЬ ТРЕТЬОЇ ОСОБИ

Кузьмич О. Я.,

аспірант кафедри цивільного права та процесу юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

Аналіз існуючих наукових досліджень та чинного вітчизняного законодавства дає змогу зробити висновок, що юридична природа договору на користь третьої особи сьогодні є найменш вивченою у цивілістичній науці. Крім того, актуальність порушеної теми підкреслюється ще й тим, що роль договорів на користь третіх осіб у зв'язку із розвитком ринкових відносин дедалі більше зростає, що беззаперечно зумовлює необхідність у їх науковому дослідженні.

Питання юридичної природи договорів на користь третіх осіб в різних аспектах досліджувались в працях В. В. Луця, М. І. Брагінського, Н. С. Ковалевської, І. В. Кіселя, Ю. Ю. Захарова.

Метою цієї статті є науковий аналіз окремих питань правового регулювання договорів на користь третіх осіб, а також категорії інтересу, увага до якого зумовлена самою конструкцією досліджуваного договору.

Відповідно до ст. 511 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) зобов'язання не створює обов'язку для третьої особи. У випадках, встановлених договором, зобов'язання може породжувати для третьої особи права щодо боржника та (або) кредитора. Слід зазначити, що таким зобов'язанням, яке може породжувати права третіх осіб щодо боржника, є зобов'язання, яке виникає

безпосередньо з договору на користь третьої особи. Так, згідно зі ст. 636 ЦК України договором на користь третьої особи є договір, в якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі. Крім зазначеної договірної конструкції треті особи можуть брати участь і в інших конструкціях зобов'язальних відносин, а саме: виконання на користь третьої особи, покладення виконання на третю особу, виконання замість боржника третьою особою (порука) тощо.

В юридичній літературі договір на користь третьої особи розуміють як такий, за яким право вимагати виконання виникає у особи, яка не брала участі в договорі ні прямо (як контрагент), ні опосередковано (через представника) [1, с. 99]. Вперше такий договір був закріплений ще в Цивільному кодексі УРСР 1922 р.

Таким чином, юридична конструкція договору на користь третьої особи полягає у тому, що за цим договором зобов'язана сторона (боржник) повинна вчинити дію не на користь другої сторони (кредитора), а на користь третьої особи, яка не бере участі в укладенні договору. На користь третьої особи можна «виговорити» право, яким ця особа може скористатись чи відмовитись від нього, але не можна без її згоди покласти на неї

цивільно-правовий обов'язок [2, с. 163].

Зокрема, М. Брагінський та В. Вітрянський, аналізуючи досліджуваний договір, зазначили, що договір на користь третьої особи є договірною конструкцією, принципово відмінною від інших договорів, для яких характерним є те, що вони завжди укладаються в інтересах самих сторін [3, с. 363].

Ю. Захаров та Ю. Фогельсон, не погоджуючись із висновком М. Брагінського та В. Вітрянського щодо інтересу сторони, яка уклала договір, стверджують, що сторона такого договору укладає його виключно у власних інтересах, а інтерес третьої особи існує в договорі тільки тому, що інтерес сторони якраз і полягає у задоволенні інтересу третьої особи [4, с. 111].

Як зазначено в юридичній літературі: «інтерес є те, до задоволення чого прагне суб'єкт, вступаючи в суспільне відношення. Засобом задоволення інтересу виступає об'єкт суспільного відношення – благо, яке здатне задовольнити потребу, що виникла» [5, с. 130 – 131]. Інтерес – це потреба, що прийняла форму свідомого спонукання і прояву в житті бажань, намірів, прагнень і знайшла відображення у тих відносинах, у які вступають особи у процесі своєї діяльності [6].

Не вдаючись до детального аналізу категорії «інтерес», можна стверджувати, що відсутність в особі тих чи інших благ зумовлює виникнення потреби, яка, проходячи крізь свідомість особи, стає її інтересом, для задоволення якого особа вступає в цивільні правовідносини. Одержання тих чи інших благ, для задоволення яких особа вступала в правовідносини, призводить до задоволення її інтересу, а, отже, до зникнення потреби як такої.

Таким чином, інтерес сторони, яка уклала договір, зумовлений усвідомленою потребою у задоволенні благ третьої особи, на користь якої укладений договір. Виникнення такої потреби у кредитора може зумовлюватися характером відносин із третьою особою (наприклад, родичі, партнери по бізнесу, благодійницька діяльність тощо). Як зазначив А. Бутовський, спонукальною причиною для вчинення договору на користь третьої особи можуть служити одні лише альтруїстичні мотиви – бажання обдарувати третю особу, виконати перед нею моральний борг, нагородити її за надану колись послугу [7, с. 10].

Про існування інтересу в сторони, яка уклала договір, свідчить той факт, що вона, уклавши договір на користь третьої особи, сама стає зобов'язаною – вчиняє дії або утримується від учинення дій на користь протилежної сторони, яка зобов'язана виконати обов'язок на користь третьої особи (як приклад, можна навести договір страхування на користь третьої особи). Більше того, якщо це реальний договір, то для його укладання контрагенту, крім досягнення домовленості, необхідно вчинити ще певну дію, наприклад, для укладання відчужувачем договору довічного утримання (догляду) на користь третьої особи відчужувачу необхідно передати майно у власність набувачеві, після чого цей договір вважається укладеним. З огляду на зазначене можна стверджувати, що стороні, яка уклала досліджуваний договір, не байдуже, чи буде виконаний боржником обов'язок на користь третьої особи, що, звичайно, свідчить про її інтерес до укладеного договору.

Необхідно відмежовувати інтерес особи, яка уклала договір, від інтересу третьої особи, на користь якої укладений договір, з огляду на те, що змістом інтересу особи, яка уклала договір, є потреба у задоволенні благ третьої особи. Виходячи із юридичної конструкції договору на користь третьої особи, у третьої особи виникає самостійне право, якому відповідає обов'язок боржника. Виконання боржником обов'язку призводить до виникнення тих чи інших благ у третьої особи. Тому третя особа, приймаючи рішення про вираження наміру скористатися наданим їй на підставі договору правом, керується власними інтересами залежно від власних потреб у задоволенні тих чи інших благ. Як зазначено в літературі з цього приводу, те, що є вигідним для третьої особи з погляду контрагентів, для неї може не представляти ніякого інтересу, і навпаки – кредитор, виговоряючи право на користь третьої особи, дуже часто робить це у своїх особистих інтересах [8, с. 10]. Тобто те, що є благом для особи, яка уклала договір, водночас не завжди є благом для третьої особи, на користь якої укладений договір. Якщо ті чи інші блага, які третя особа може одержати в результаті реалізації наданого їй на підставі договору права, не становлять для неї ніякої цінності, то вона не скористається своїм правом. Це свідчить про те, що інтерес третьої особи, на користь якої укладено договір, за своїм змістом є самостійним і не залежить від інтересу особи, яка уклала договір.

Однак, незважаючи на самостійність інтересів як особи, яка уклала договір, так і третьої особи, між ними існує зв'язок, який полягає у тому, що виконання боржником обов'язку на користь третьої особи призводить до задоволення інтересів як особи, яка уклала договір, так і третьої особи, і навпаки.

Відповідно до ст. 636 ЦК України особливість правового регулювання договорів на користь третіх осіб полягає у такому:

1. Виконання договору на користь третьої особи може вимагати як особа, яка уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачено виконання, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із суті договору.

2. З моменту вираження третьою особою наміру скористатися своїм правом сторони не можуть розірвати або змінити договір без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом.

3. Якщо третя особа відмовилася від права, наданого їй на підставі договору, сторона, яка уклала договір на користь третьої особи, може сама скористатися цим правом, якщо інше не впливає із суті договору.

Крім загальної правової норми (ст. 636) Цивільним кодексом України передбачена також можливість укладання й окремих договорів на користь третьої особи, зокрема договору банківського вкладу (ст. 1063), договору довічного утримання (догляду) (ст. 746), договору страхування (ст. 985) та деяких інших.

При визначенні поняття договору на користь третьої особи (ч. 1 ст. 636 ЦК України) законодавець, насамперед, акцентував увагу на поведінці зобов'язаної сторони договору, оскільки лише ч. 2 цієї правової норми, диспозитивний характер якої можна тлумачити не-

однозначно, вказує на виникнення права вимоги у третій особи, на користь якої укладено договір. Однак в юридичній літературі, крім досліджуваного договору, виділяють також договори про виконання третім особам. Як зазначив Л. Ландкоф: «договір з виконанням третій особі полягає у тому, що в укладенні договору також беруть участь дві сторони з тим, що боржник виконує договір третій особі, але ця особа не має права вимагати виконання від боржника» [9, с. 109]. Тобто юридична конструкція договорів про виконання третім особам, як і договорів на користь третіх осіб, також визначається через поведінку зобов'язаної сторони, однак із тією відмінністю, що за договором про виконання третій особі остання не володіє правом вимоги.

Так, у справі № 40/172 за позовом державного підприємства «Макіїввугілля» м. Макіївка до відповідача суб'єкта підприємницької діяльності ОСОБА_1 м. Макіївка про стягнення 4912 грн. 17 коп. заборгованості по оренді на підставі договору оренди № НОМЕР_1, господарський суд Донецької області відмовив у задоволенні позову. У своєму рішенні суд зазначив, згідно зі ст. 636 ЦК України договором на користь третьої особи є договір, в якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі. В договорі на користь третьої особи має бути прямо чи опосередковано зазначено на такий його характер. Таке зазначення і є підставою виникнення у третьої особи прав, передбачених ст. 636 ЦК України. Якщо ж в договорі не встановлено, що він укладається на користь третьої особи, і таке із його змісту не впливає, але в ньому визначається особа, на адресу якої має бути здійснено виконання зобов'язання, що впливає із цього договору, такий договір не може бути ідентифікований як договір на користь третьої особи. Як свідчать матеріали справи договір оренди № НОМЕР_1 не є договором на користь третьої особи. Тобто позивач не отримав право вимоги виконання цього договору на свою користь [10]. Отже, договір, на підставі якого позивач вимагав стягнення заборгованості по оренді, за своєю юридичною природою є договором про виконання третій особі, а не договором на користь третьої особи, у зв'язку із чим суд правомірно відмовив позивачу у задоволенні позову.

Аналіз ст. 636 ЦК України свідчить, що якщо, з одного боку, в ч. 1 цієї статті законодавець, визначаючи поняття договору на користь третіх осіб, зосереджує свою увагу власне на поведінці зобов'язаної сторони, то, з іншого, – в ч. 2 цієї статті він передбачає юридичний механізм забезпечення такої поведінки зобов'язаної сторони як з боку особи, яка уклала договір, так і з боку третьої особи, на користь якої укладено договір. Таким чином, можна зробити висновок, що юридична природа договору на користь третьої особи визначається як через поведінку зобов'язаної сторони, так і через юридичний механізм забезпечення такої поведінки з боку інших суб'єктів договору. Порівнюючи договори на користь третіх осіб із договорами про виконання третім особам, бачимо, що конструкція договорів на користь третіх осіб відмежовується не стільки за поведінкою зобов'язаної сторони, скільки за юридичним меха-

нізмом забезпечення такої поведінки з боку суб'єктів договору.

Відповідно до ч. 2 ст. 636 ЦК України виконання договору на користь третьої особи може вимагати як особа, яка уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачено виконання, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із суті договору. Зміст цієї правової норми, виходячи з її диспозитивного характеру, можна тлумачити неоднозначно, оскільки у випадках, встановлених договором чи законом, як особа, яка уклала договір, так і третя особа, на користь якої укладено договір, може й не володіти правом вимагати виконання договору з огляду на те, що вислів «якщо інше не встановлено договором або законом, чи не впливає із суті договору» стосується як права вимоги сторони за договором, так і права вимоги третьої особи.

Якщо третій особі на підставі договору не буде надано право вимагати виконання договору на свою користь, що є основною ознакою, яка виділяє договори на користь третіх осіб із-поміж інших правових конструкцій, то в такому разі договір не буде вважатися договором на користь третьої особи. У такому випадку відсутність права вимоги у третьої особи свідчить про укладення договору про виконання третій особі.

Таким чином, незважаючи на те, що ЦК України у ч. 1 ст. 636 дав визначення поняття договору на користь третьої особи, з огляду на зміст ч. 2 цієї статті воно є таким, яке не відображає його основної ознаки, а саме, виникнення самостійного права вимоги у третьої особи. З огляду на зазначене можна зробити висновок, що диспозитивний характер ч. 2 ст. 636 ЦК України деякою мірою нівелює юридичну природу досліджуваного договору.

За своїм змістом ч. 2 ст. 636 ЦК України є тотожною абз. 1 ст. 160 ЦК УРСР 1963 р., яким було передбачено, що якщо особа, яка уклала договір, обумовила виконання зобов'язання, яке виникло із договору, третій особі, то, якщо інше не передбачено в договорі і не впливає з його змісту, виконання може вимагати як особа, що уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачено виконання. Як бачимо, ЦК УРСР 1963 р. досліджуваній проблемі також належної уваги не приділив.

На відміну від ЦК України Цивільний кодекс Російської Федерації (далі – ЦК РФ) дещо по-іншому визначає поняття договору на користь третьої особи. Зокрема, ч. 1 ст. 430 ЦК РФ передбачає, що договором на користь третьої особи визнається договір, в якому сторони передбачили, що боржник зобов'язаний вчинити виконання не кредитуру, а встановленій або невстановленій у договорі третій особі, яка має право вимагати від боржника виконання зобов'язання на свою користь. Як бачимо, ЦК РФ у ч. 1 ст. 430 при визначенні поняття договору на користь третьої особи чітко вказав як на поведінку зобов'язаної сторони, так і на юридичний механізм забезпечення такої поведінки з боку третьої особи, на користь якої укладено договір. Проте на відміну від ЦК України ЦК РФ не містить правової норми, яка б встановлювала право сторони, яка уклала договір, вимагати виконання договору на користь третьої особи.

Крім того, як впливає із змісту ч. 2 ст. 636 ЦК України, особа, яка уклала договір, може як володіти правом вимагати виконання договору на користь третьої

особи, так і не володіти. Тобто, з одного боку, особа, яка уклала договір, може відмовитись від наданого їй ЦК України права вимагати виконання договору на користь третьої особи, аналогічно як і третя особа – від свого права, а з іншого – може бути обмежена у цьому праві законом. Крім того, володіння чи не володіння таким правом може залежати від суті самого договору, укладеного на користь третьої особи.

Якщо в односторонньому договорі буде передбачено, що вимагати виконання може тільки третя особа, на користь якої укладено договір, то необхідно зазначити, що на підставі укладеного договору виникнуть лише правовідносини між третьою особою, на користь якої укладено договір, та боржником. Як приклад можна навести договір довічного утримання (догляду), укладений відчужувачем на користь третьої особи (ч. 4 ст. 744 ЦК України). У такому випадку правове становище особи, яка уклала договір, на нашу думку, деякою мірою нагадуватиме правове становище особи при вчиненні дій в інтересах іншої особи без доручення.

Якщо сторона укладає договір на користь третьої особи, керуючись власними інтересами, а закон при цьому обмежує її у праві вимагати виконання договору, то, відповідно, законодавець тим самим позбавляє сторону договору юридичного механізму задоволення власних інтересів, задля яких вона уклала договір, оскільки сторона при укладенні цього договору керується власними інтересами, а не тільки інтересами особи, на користь якої укладається договір.

Крім того, не є логічно виправданим, коли особа укладає договір на користь третьої особи, виходячи із власного інтересу, і при цьому відмовляється від механізму задоволення власного інтересу, тобто права вимоги. Такий вчинок особи, яка уклала договір, на нашу думку, можна пояснити тільки одним – втратою інтересу у виконанні договору на користь третьої особи. У такому разі, на нашу думку, навряд чи можлива зміна або розірвання досліджуваного договору на вимогу особи, яка його уклала, у судовому порядку з підстав, передбачених ч. 2 ст. 651 та ст. 652 ЦК України, оскільки ці правові норми спрямовані на захист інтересів сторін договору. Тому на підставі зазначених правових норм можна буде змінити або розірвати договір на користь третьої особи лише за вимогою боржника, тобто сторони, яка зобов'язалася виконати обов'язок на користь третьої особи.

Відповідно до ч. 3 ст. 636 ЦК України з моменту вираження третьою особою наміру скористатися своїм правом сторони не можуть розірвати або змінити договір без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом. Аналізована норма носить загальний характер, а це означає, що окремі особливості зміни та розірвання договорів, укладених на користь третіх осіб, можуть бути врегульованими як сторонами при укладенні договору, так і безпосередньо законодавством щодо окремих договорів. Однак, якщо інше не передбачено договором або законом, виходячи із зазначеної правової норми, той чи інший договір, укладений на користь третьої особи, з моменту вираження наміру третьої особи скористатися наданим їй правом не може бути зміненим чи розірваним без її згоди.

Варто зазначити, що ЦК УРСР 1963 р. взагалі це питання опускав, оскільки в ст. 160 цього кодексу нічого не згадувалось про особливості зміни та розірвання такого договору. Такий стан правового регулювання, напевне, можна пояснити тим, що в той час договори на користь третіх осіб не були широко розповсюдженими на практиці, у зв'язку із чим не було потреби у їх більш детальному правовому регулюванні. Як бачимо, ч. 3 ст. 636 ЦК України є новою за своїм змістом у правовому регулюванні договорів на користь третіх осіб.

Частина 4 ст. 636 ЦК України дає змогу стороні, яка уклала договір, скористатися правом третьої особи, на користь якої укладено договір, у випадку, якщо третя особа відмовилась від нього. Зазначене право сторони договору обмежується виключно суттю договору, укладеного на користь третьої особи. Як зазначено із цього приводу в юридичній літературі, не завжди існує можливість для особи, що уклала договір на користь третьої особи, отримати передбачене ним виконання у разі відмови третьої особи від свого права за договором. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 985 ЦК України страхувальник має право при укладенні договору страхування призначити фізичну або юридичну особу для одержання страхової виплати (вигодонабувача), а також змінювати її до настання страхового випадку, якщо інше не встановлено договором страхування. В силу специфіки даної ситуації, у разі, якщо третя особа відмовиться від отримання страхового відшкодування, страхувальник не зможе отримати страхову виплату. У такому випадку фактичним вигодонабувачем швидше всього стає страхова компанія, яка просто не буде виплачувати страхову виплату [11].

Слід зазначити, що ЦК УРСР 1963 р. також дозволяв особі, яка уклала договір, скористатися правом третьої особи. Так, відповідно до абз. 2 ст. 160 цього Кодексу, якщо третя особа відмовилась від права, наданого їй за договором, то особа, що уклала договір, може скористатися цим правом, коли це не суперечить змістові договору.

Професор С. Вільнянський у контексті відмови третьої особи від права, виговореного за договором на її користь, зазначав: «якщо третя особа відмовилася від цього права, сторона, яка виговорила це право, може сама скористатися ним (ст. 160 Цивільного кодексу УРСР). Однак ця норма має диспозитивний характер. У договорі може бути передбачено, що виконання може вимагати тільки третя особа, і, отже, у випадку її відмови від свого права договір втрачає силу» [12, с. 299]. Однак із висновками С. Вільнянського можна і не погодитись, виходячи із того, що ЦК УРСР 1963 р., як і ЦК України, передбачили для сторони, яка уклала договір, можливість скористатися правом третьої особи незалежно від того, чи сторона відмовилася від права вимоги, чи ні.

На підставі вищезазначеного можна зробити висновок про наявність проблем, які свідчать про недосконалість правового регулювання окремих питань конструкції договорів на користь третіх осіб, в результаті чого певною мірою нівелюється їх юридична суть.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Ковалевская Н. С. Договор в пользу третьего лица // Вестник ЛГУ. – 1984. – № 5. – С. 99–102.

2. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2-х т/ За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця.* – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. II. – 1088 с.

3. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. – Кн. 1: Общ. положения. – 4-е изд., изм. и доп. – М.: Статут, 2001. – 842 с.

4. *Захаров Ю., Фогельсон Ю.* Право требования кредитора в договорах в пользу третьего лица // *Хозяйство и право.* – 2001. – № 10. – С. 104–113.

5. *Васильева В. А.* Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг. Монографія. – Івано-Франківськ: ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім. В. Стефаника, 2006. – 346 с.

6. *Грибанов В. П.* Интерес в гражданском праве // [http://download.](http://download.nehtl.ru/libr/books/Right/)

nehtl.ru/libr/books/Right/.

7. *Бутовский А. Н.* Договоры в пользу третьих лиц // *Журнал министерства юстиции.* – 1910. – № 10. – С. 1–33.

8. *Там само.*

9. *Ландкоф С. Н.* Лекції з основ цивільного права. Науково-методичний кабінет заочної економічної освіти при Київському інституті народного господарства. – Київ, 1948.

10. *Єдиний державний реєстр судових рішень* // www.reyestr.gov.ua.

11. *Диба І.* Договір на користь третіх осіб // *Юридичний вісник України.* – 2006. – № 36. – С. 8.

12. *Вільнянський С. І.* Радянське цивільне право. Ч. 1. – Харків.: Видавництво Харківського університету, 1966.

ДО ПИТАННЯ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ДОГОВОРУ КОНСАЛТИНГУ

Шаркова Г. Ю.,

викладач кафедри цивільного права та процесу Кіровоградського юридичного інституту Харківського національного університету внутрішніх справ України

У зв'язку зі вступом України до СОТ виникла проблема підвищення технологічного та підприємницького ризику, що зумовлює необхідність критичної оцінки незалежними висококваліфікованими спеціалістами діяльності суб'єктів підприємницької діяльності з метою підвищення її ефективності. Цей факт сприяє зростанню попиту на так звані консалтингові послуги в Україні [13, с. 88].

На сьогодні в Україні спостерігається зростання тенденції консультативного бізнесу (так, на 2007 рік на відміну від 2005 року створено та діють понад 230 консалтингових фірм) [4, с. 6].

Спектр консалтингових послуг в Україні є дуже широким. Загальноукраїнський класифікатор видів економічної діяльності, продукції та послуг містить декілька різновидів послуг, які можна кваліфікувати як консультативні (консалтингові) послуги: з фінансових консультацій; з консультацій у сфері страхування та пенсійного забезпечення; з програмного забезпечення; з інформаційних послуг та обробки даних; з питань підприємницької діяльності та управління; з вибору місця вивчення суспільної думки та організації збору інформації; з питань шлюбу та сім'ї; з питань використання та споживання товару; з зовнішньоторгових операцій; з підготовки інвестиційних проектів.

Зазначений перелік консультативних послуг не є вичерпним, оскільки в будь-якій предметній галузі знань консультації є необхідними, а послуги, наприклад в галузі оптимізації оподаткування, або правові послуги передбачають обов'язкове проведення консультацій. Так, до послуг, які надаються разом з проведенням у суб'єкта підприємницької діяльності обов'язкової аудиторської перевірки, відносяться консалтингові послуги з питань фінансового, податкового, банківського або іншого законодавства, менеджменту, маркетингу, оптимізації оподаткування, реєстрації, реорганізації та ліквідації юридичної особи.

Так, у ст. 41 Закону України «Про землеустрій» від 22.05.2003 року № 858-IV вказується термін «консалтингові послуги», але визначення його – відсутнє, лише зазначається, що консалтингові послуги з питань землеустрою передбачають:

- а) консультування власників землі та землекористувачів щодо раціонального використання та охорони земель;
- б) надання інформації про результати досліджень щодо використання та охорони земель, запровадження і здійснення природоохоронних заходів тощо;
- в) надання інформаційних послуг з питань земельного законодавства, здійснення цивільно-правових угод, оцінки земель, оподаткування, оренди та інших послуг щодо земельних ділянок;
- г) надання сільськогосподарським товаровиробникам і громадянам практичної допомоги щодо складання бізнес-планів.

Отже, поняття консалтингу та консалтингових послуг у законодавстві України залишається невизначеним, а це, в свою чергу, негативно впливає на порядок та умови надання консалтингових послуг.

У зв'язку з тим, що в Україні консалтингові послуги існують відносно недавно, вони є недостатньо досліджені у галузі цивільного права. Слід зазначити, що консалтингові послуги досліджувалися в рамках економіки, фінансів, управління. Серед вчених-фахівців Російської Федерації окремим питанням консалтингу приділяли увагу вчені-економісти С. Хайніш та О. Посадський.

На жаль, на сьогодні в Україні правових досліджень проблем консалтингу, визначення його поняття, юридичної природи та цивільно-правового регулювання майже не існує, лише поодинокі публікації у рамках наукових статей та тез виступів, зокрема О. Сукманової, тому наукове дослідження цього питання набуває особливої актуальності.

Як зазначалося, консультативні послуги займають на сучасному етапі одну із провідних позицій серед існуючих послуг, а тому потребують не тільки наукового визначення предмета, характеру, особливостей цих послуг, а й законодавчого закріплення відносин, які виникають у цій сфері.

Отже, *метою цієї наукової статті* виступає формулювання авторського поняття договору консалтингу на підставі аналізу чинного законодавства та вітчизняної й зарубіжної доктрини.

Визначення поняття «послуга» в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) відсутнє, воно лише

згадується як об'єкт правовідносин, точніше, як об'єкт зобов'язання.

Ст. 177 ЦК України закріплює послуги в якості об'єкта цивільних прав. Виходячи з лексичного тлумачення цієї статті, як слушно зазначають В. І. Борисова та І. В. Спасибо-Фатеева, «послуги є самостійною групою об'єктів цивільних прав нарівні з майном, яке включає в себе речі, гроші, цінні папери, в тому числі майнові права, результати робіт, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформацію, а також інші матеріальні і нематеріальні блага» [5, с. 265].

Послугам притаманна своєрідна правова природа і спільні характерні ознаки. Для усіх послуг характерним є те, що вони:

- 1) мають нематеріальний характер, а їх результат не набуває речового вигляду;
- 2) тісно пов'язані з особою виконавця та процесом вчинення ним певних дій (здійснення певної діяльності);
- 3) не збігаються із самими діями (здійсненням діяльності) виконавця, а існують як окреме явище – певне нематеріальне благо [5, с. 267].

Виходячи з цього послуга може бути визначена як певне нематеріальне благо, яке надається однією особою (виконавцем) і споживається іншою (замовником) у процесі вчинення виконавцем певних дій або здійснення певної діяльності. Послуги також характеризуються наявністю певного кінцевого результату, але останній завжди є немайновим. У деяких випадках цей результат наявний (наприклад, завантаження вантажу, перевезення пасажирів), у інших – ні. Послуги також можуть полягати у діях, результати яких виявити не завжди можливо (наприклад, послуги няні-виховательки, репетитора тощо). Крім цього, суспільна користь дій може полягати у них самих незалежно від їх результату. Наприклад, консультація фахівця є корисною як така, незалежно від використання отриманої інформації у майбутньому. Зокрема, консультації та інші послуги консультанта незалежно від використання його порад особою, котрій вони надавались, і кінцевого результату його професійної діяльності визначаються об'єктом цивільного права. Таке ж значення мають інформаційні, розважальні, освітянські та інші послуги.

Послуги доцільно поділяти на три групи:

- 1) фактичні;
- 2) юридичні;
- 3) змішані.

Для послуг першої групи характерним є те, що уповноважена особа зацікавлена у здійсненні зобов'язаною особою конкретних фактичних дій (наприклад, перевезенні вантажу – ст. 909 ЦК; зберіганні майна – ст. 936 ЦК тощо).

Другу групу послуг становлять дії зобов'язаної особи, що мають правовий характер, наприклад дії повіреного (ст. 1000 ЦК України) або комісіонера (ст. 1011 ЦК України).

Чинне законодавство України передбачає також випадки, коли правового значення набувають дії зобов'язаної особи як юридичного, так і фактичного характеру (змішані послуги). Наприклад, за договором транспортного експедирування експедитор зобов'язується не тіль-

ки супроводжувати вантаж, перевіряти його кількість та стан (фактичні дії), а й оформляти відповідні документи, сплачувати мито, збори і витрати, покладені на клієнта, тощо (юридичні дії) (ст. 929 ЦК України) [5, с. 189].

Кожному виду послуг відповідає визнаний вид зобов'язань з надання послуг. Так, фактичні послуги опосередковуються зобов'язаннями, спрямованими на надання фактичних послуг, юридичні – зобов'язаннями, спрямованими на надання послуг юридичного характеру, послуги, які містять в собі елементи юридичних та фактичних послуг, – зобов'язаннями, які поєднують юридичні та фактичні послуги [8, с. 480].

Серед договорів про надання послуг значне місце посідають зобов'язання з надання консультаційних послуг, які поряд з зобов'язаннями з надання інформаційних та аудиторських послуг входять до системи зобов'язань, пов'язаних зі створенням та передачею інформації, тобто до системи зобов'язань з надання інформаційних послуг [14, с. 147].

У статті 41 Закону України «Про інформацію» від 02.10.1992 року № 2657-ХІІ міститься визначення поняття «інформаційна послуга».

Інформаційна послуга – це здійснення у визначеній законом формі інформаційної діяльності по доведенню інформаційної продукції до споживачів з метою задоволення їх інформаційних потреб. При цьому під інформацією розуміють документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі (ст. 1 Закону України «Про інформацію»).

Надання інформаційних послуг не потребує спеціальних дозволів та ліцензування. Вони можуть надаватися у вигляді додаткових послуг спеціалізованими організаціями.

До таких спеціалізованих організацій можна віднести:

- кредитні організації;
- торгово-промислові палати;
- аудиторські організації.

Таким чином, на нашу думку, предметом договору на надання інформаційних послуг у будь-якому випадку є надання замовнику будь-якої інформації, критерії відбору, форма та строки надання якої визначаються у договорі.

Консультаційна послуга в якості об'єкта регулювання, як будь-яка інша послуга, включає в себе всі ознаки, притаманні інформаційній та послугі взагалі, а саме: фактичне здійснення, юридична дозволеність (правомірність), неосяжність, складність обумовлення та невід'ємність від джерела надання послуг, синхронність надання та отримання послуг, їх нестабільність (останні дві групи властивостей можна об'єднати поняттям моментального використання послуг), нестійкість якості та неможливість її визначення, в тому числі складність виявлення критеріїв якості.

Консультаційні послуги відносяться до змішаного виду послуг, оскільки дані зобов'язання поєднують елементи юридичних та фактичних послуг. Наприклад, до юридичних послуг можна віднести оформлення документів консультантом, які необхідні для здійснення підприємницької діяльності під час надання консалтингових послуг та фактичні послуги, які можуть виражатися, наприклад, у перевірці статутних документів під час здійснення тієї ж діяльності.

Вважаємо, що в договорі про надання консультативних послуг, перш за все, необхідно визначити коло послуг, яке буде становити предмет даного договору. У науковій літературі консультативне обслуговування поділяється на два види:

- 1) абонентне консультативне обслуговування;
- 2) консультативне обслуговування за заявкою.

Договір на абонентне консультативне обслуговування укладається на визначений строк, узгоджений між замовником та виконавцем, за яким виконавець приймає на себе зобов'язання протягом зазначеного строку надавати замовнику різні консультативні послуги, при чому їх кількість не обмежена.

Консультаційне обслуговування за заявкою включає в себе надання разової консультації з конкретного питання за визначеною оплатою.

Консультаційне обслуговування за заявкою може бути виражене в усній формі у вигляді поточної консультації замовника або письмового висновку відповідного спеціаліста-виконавця. Таким чином, в якості предмета виконання у даному договорі виступає отриманий замовником корисний ефект від здійснення виконавцем фактичних дій або здійснення ним відповідної діяльності. Корисний ефект, отриманий замовником, може носити матеріальний або нематеріальний характер та складається із отриманої конкретної інформації.

Таким чином, специфіка правової природи консультативних послуг полягає у характері дій, які необхідно здійснити виконавцю для того, щоб виконати зобов'язання з консультування замовника.

Договір консалтингу має низку ознак: 1) специфічний предмет договору; 2) послуга за договором, спрямована на надання виключно рекомендацій чи консультацій; 3) практичне застосування отриманого результату; 4) завжди платний характер договору; 6) однією із сторін договору консалтингу завжди є юридична особа або фізична особа – підприємець.

Головним розмежувальним критерієм договору консалтингу від інших цивільно-правових договорів є його предмет. До предмета договору консалтингу входить надання послуг, яке має певний механізм надання професійних консультацій та рекомендацій. Таким чином, можна зробити висновок, що предмет договору консалтингу – діяльність фізичної або юридичної особи по створенню та передачі інформації, яка необхідна для вирішення конкретних проблем замовника та використовується в процесі її існування.

Надання консультаційної послуги завжди спрямоване на надання рекомендацій чи консультацій, що передбачає:

по-перше, надання відповідей-рекомендацій на конкретні питання замовника, пов'язані з поточними проблемами, за наявності яких виконавець пропонує замовнику свій варіант вирішення;

по-друге, довгострокові консультації засновані на взаємодії замовника та виконавця, тобто виконавець надає допомогу з усіх питань, які виникають в пріоритетних сферах підприємницької діяльності, протягом строку, на який укладено договір.

Результатом виконання договору консалтингу є удосконалення практики чи виробництва, підвищення ефективності роботи замовника.

Важливою умовою договору консалтингу є ціна. Так, у ч. 1 ст. 632 ЦК України зазначено, що ціна в договорі встановлюється за домовленістю сторін. У даному випадку, коли ціна є істотною умовою договору, вона має бути обов'язково встановлена ним. Тому невизначеність ціни є підставою для визнання договору неукладеним.

У практиці прийнято застосовувати чотири основні форми встановлення ціни на консалтингові послуги: 1) погодинна оплата; 2) фіксована оплата; 3) відсоток вартості об'єкта консультування або отриманого результату; 4) комбінована оплата. Зазначені форми встановлення цін є ринковими, тобто встановлюються у процесі конкурентної боротьби та переговорів [15]. Загальнодержавних преїскурантів на консалтингові послуги не існує, але в основі визначення ціни завжди присутні деякі розумні міркування, аргументи та обумовленості.

Суб'єктами зобов'язання з надання консалтингових послуг виступають як фізичні, так і юридичні особи, при цьому у якості виконавця може виступати виключно суб'єкт підприємницької діяльності, зареєстрований згідно з чинним законодавством у встановленому порядку.

Отже, на підставі викладеного вище можна зробити висновок, що договір консалтингу – непоіменований цивільний договір і є різновидом договору платного надання послуг.

Відповідно до викладеного сформулюємо власне авторське поняття договору консалтингу: за договором консалтингу одна сторона (виконавець) зобов'язується здійснити для іншої сторони (замовника) фактичну діяльність зі створення та передачі обумовленої стороною інформації для вирішення конкретних завдань замовника, що використовується у процесі її надання, результат якої, як правило, не має речового виразу, але інколи може фіксуватися на матеріальному носії, котра може надаватися як одноразово (за заявкою), так і на постійній основі (абонентське консультативне обслуговування), а замовник зобов'язаний прийняти зазначену інформацію від виконавця та оплатити її.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року.
2. Закон України «Про землеустрій» від 22.05.2003 року.
3. Закон України «Про інформацію» від 02.10.1992 року.
4. Посадский А. П., Хайниш С. В. Консультационные услуги в России. – М., 1995. – 387 с.
5. Цивільне право України: Підручник. У 2-х т. За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 2. – 567 с.
6. Вердников В. Г. Функция хозяйственного договора. – Труды ВЮЗИ. – М., 1971. – Т. 2. – 456 с.
7. Дашков Л. П., Данилов А. И., Тютюкина Е. Б. Предпринимательство и бизнес. – М.: Маркетинг, 1996.
8. Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. – 670 с.
9. Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание, функции: Сб. Гражданско-правовой договор и его функции. – Свердловск, 1980. – 734 с.
10. Рынок консультационных услуг в Украине. Сущность и виды консультационных услуг // Финансовая консультация. – 2001. – № 13 – С. 34–43.

11. *Управленческое консультирование* в 2-х т. Под ред. М. Кубра, т. 1. – М.: 2004. – 624 с.
12. *Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової.* – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 1. – 713 с.
13. *Сукманова О.* Відповідальність за надання консультаційних

послуг: міф чи реальність? // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 2. – С. 88.

14. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд. – М.: Статут, 2005. – С. 147.

15. *Маринко Г. И.* Управленческий консалтинг: Учеб. пособие. – М.: ИНФРА-М, 2005. – С. 63.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИХ УТВОРЕНЬ

Первомайський О. О.,

*кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

Відповідно до ч. 2 ст. 2 ЦК України учасниками цивільних відносин можуть бути держава Україна, територіальні громади та інші суб'єкти публічного права. З метою узагальнюючого позначення зазначених суб'єктів в теорії права використовується термін – юридичні особи публічного права. Звісно, зарахування держави Україна та територіальних громад до різновидів юридичних осіб публічного права є до цього часу дискусійним, підтвердження чого є існування точки зору про визнання цих осіб «особливими» учасниками цивільних відносин. Однак в межах цієї статті зробимо припущення про істинність судження про визнання територіальних публічно-правових утворень (держави Україна, територіальних громад) юридичними особами публічного права.

Однією із істотних ознак будь-якого самостійного учасника цивільних правовідносин, звісно, юридичної особи є здатність такого учасника бути суб'єктом цивільно-правової відповідальності, що одержало в теорії цивільного права назву деліктоздатність. При чому слід вести мову про те, що, за загальним правилом, відповідальність особи має бути повною та самостійною й не залежати від можливості притягнення до відповідальності інших учасників цивільних відносин.

У ст. 96 ЦК України закріплено загальні положення про відповідальність юридичних осіб [1]. Незважаючи на лаконічність тексту цієї статті, відзначимо важливість її положень на практиці.

Так, юридична особа як самостійний учасник цивільних відносин є самостійним та свого роду незалежним від інших учасників цивільних відносин суб'єктом відповідальності. З цього судження слідує те, що, за загальним правилом, до механізму притягнення юридичної особи до відповідальності не залучаються інші особи, зокрема, учасники, засновники, працівники, органи управління юридичної особи тощо, незалежно від того чи мають останні статус учасників цивільних відносин чи ні.

Винятком з зазначеного вище загального правила є й випадки залучення інших осіб до механізму притягнення юридичної особи до відповідальності, які можуть бути передбачені законом та домовленістю сторін, що має бути зафіксовано в обов'язкових для цих осіб документах.

Юридична особа як власник має відповідати всім належним їй на праві власності майном. ЦК України не допускає до участі у цивільних відносинах юридичних осіб приватного права, що не є власниками.

У зв'язку з тим, що територіальні публічно-правові утворення як учасники цивільних відносин є юридичними особами публічного права, то питання визначення виду та сутності права, на якому належить майно цим суб'єктам, та особливостей їх відповідальності має вирішуватися не лише відповідно до положень актів цивільного законодавства, а й публічно-правових актів, що визначають правовий статус цих суб'єктів. Порядок та обсяг цивільно-правової відповідальності цих осіб мають свої обмеження та особливості, однак при цьому можемо констатувати, що відносини, пов'язані з особливостями відповідальності юридичних осіб публічного права, не можуть не виправдано обмежувати права інших учасників цивільних відносин, у тому числі обмежувати право на відшкодування шкоди, завданої цим суб'єктам державою Україна чи будь-якою територіальною громадою.

Статтями 174 і 175 ЦК України передбачено потенційну можливість притягнення до відповідальності держави Україна та територіальних громад сіл, селищ та міст України з відсутністю вказівок на те, що можливість притягнення цих суб'єктів до цивільно-правової відповідальності залежить від факту притягнення чи можливості притягнення до відповідальності інших осіб. Внаслідок цього можемо стверджувати, що згідно зі ст. 174, 175 ЦК України фактично єдиною особливістю цивільно-правової відповідальності держави та територіальної громади є вказівка на наявність імунітету стосовно звернення стягнення на майно держави та територіальної громади, що визначене законом. Прикладами такого законодавчого закріплення майна є відповідні положення Закону України «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації» [2] та ч. 8 ст. 60 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [3].

Разом з тим, незважаючи на положення зазначених норм ЦК України, можемо констатувати, що практика застосування процедури притягнення до цивільно-правової відповідальності держави або територіальної громади стикається з великою кількістю проблем. На підставі цього слід проаналізувати особливості притягнення до цивільно-правової відповідальності таких учасників цивільних відносин як держава Україна та територіальні громади сіл, селищ і міст та визначити дієві механізми, які нададуть змогу притягати до цивільно-

правової відповідальності цих суб'єктів у випадку вчинення останніми цивільних правопорушень.

У цивілістичній доктрині існує кілька точок зору щодо тлумачення поняття цивільно-правової відповідальності, однак найбільш виваженим, з нашої точки зору, є визначення, згідно з яким під цивільно-правовою відповідальністю розуміється застосування до правопорушника мір цивільно-правової відповідальності у випадку порушення ним суб'єктивних цивільних прав та обов'язків інших учасників цивільних відносин, внаслідок чого порушник зазнає додаткових майнових втрат [4; 5].

Незважаючи на те, що держава Україна й територіальні громади є суб'єктами публічного права, участь цих осіб у цивільних відносинах іманентно передбачає можливість їх притягнення до цивільно-правової відповідальності на рівних засадах з іншими учасниками цивільних відносин. Тому логічним є припущення щодо можливості притягнення цих осіб до такого виду юридичної відповідальності шляхом застосування традиційних матеріально- та процесуально-правових засобів, зокрема, пред'явлення кредитором (потерпілим) позовних вимог саме до держави Україна або відповідної територіальної громади.

Однак завдяки аналізу інших положень ЦК України можна стверджувати, що притягнення територіальних публічно-правових утворень до цивільно-правової відповідальності відбувається, як правило, опосередковано, а саме, шляхом притягнення до такої відповідальності органів державної влади або органів місцевого самоврядування.

Так, згідно зі ст. 1173–1175 ЦК України йдеться про можливість притягнення до цивільно-правової відповідальності органів державної влади й органів місцевого самоврядування. Згадування ж про державу Україна чи ту чи іншу територіальну громаду, як потенційних суб'єктів цивільно-правової відповідальності, у гл. 82 ЦК України, що регулює відносини з відшкодування шкоди, взагалі відсутнє.

Вважаємо, що подібного роду прогалина в правовому регулюванні відносин з відшкодування шкоди є не випадковою, вона пов'язана з тим фактичним станом речей, коли на практиці реальним учасником цивільних відносин, у тому числі в аспекті відповідальності, в значній кількості випадків визнаються не самі територіальні публічно-правові утворення, а їх органи, якими в цьому випадку є або органи державної влади, або органи місцевого самоврядування.

Чи означає це, що притягнення до цивільно-правової відповідальності безпосередньо держави Україна чи територіальної громади взагалі неможливе, оскільки фактично суб'єктами такої відповідальності є, відповідно, органи державної влади й органи місцевого самоврядування? Вважаємо, що ні, оскільки саме держава та територіальні громади не лише мають бути, а й фактично є учасниками різного роду цивільних відносин, наприклад, відносин власності, що повинно мати наслідком їх здатність бути самостійними суб'єктами цивільно-правової відповідальності, які мають майно для відшкодування завданої іншим учасникам цивільних відносин майнової або моральної шкоди. При цьому залучення органів державної влади та органів місцевого са-

моврядування до участі в цих справах як відповідачів має відбуватися з урахуванням того, що ці органи є лише представниками (агентами) держави чи територіальної громади, а тому з урахуванням змісту представницьких відносин (навіть з огляду на публічно-правовий характер такого представництва) не можна усувати з цих відносин особу, яку представляють. Такими особами, у випадку завдання шкоди державою Україна чи територіальними громадами, є саме ці суб'єкти, що обов'язково має знайти своє легальне закріплення в чинному законодавстві України для усунення будь-яких сумнівів з цього приводу.

Серед способів притягнення територіальних публічно-правових утворень до цивільно-правової відповідальності з урахуванням зазначеного вище про те, що така відповідальність пов'язана з додатковими майновими втратами для особи правопорушника, можна виокремити такі способи: а) стягнення, спрямовані на припинення права державної або комунальної власності; б) позбавлення майнових прав, у тому числі прав вимоги за договорами; в) покладення обов'язку щодо відшкодування майнової та/чи компенсації моральної шкоди.

Разом з тим застосування цих способів покладення цивільно-правової відповідальності на особу щодо територіальних публічно-правових утворень набуває певної специфіки, оскільки майно, майнові права та інші об'єкти права власності держави Україна чи тієї чи іншої територіальної громади переважно розподілені між різними суб'єктами: органами державної влади й органами місцевого самоврядування, державними й комунальними підприємствами, установами тощо. Зазначене правило дотримується на практиці й щодо центральних органів державної влади: Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, які фактично позбавлені статусу самостійних учасників цивільних відносин не лише на загальнодержавному рівні, а й у відносинах забезпечення власної, так званої господарської діяльності (діяльності з забезпечення функціонування цих органів влади)

Інша ситуація складається щодо таких об'єктів права власності як земля, природні ресурси, бюджетні кошти тощо, оскільки ці об'єкти через їх внутрішні властивості чи інші обставини не можуть або не повинні бути розподілені між органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, державними чи комунальними підприємствами, установами чи іншими суб'єктами. При цьому ці об'єкти не лише обмежені в можливості розподілення між суб'єктами управління, а й, окрім того, обмежені в цивільному обороті.

З урахування викладеного вище доходимо висновку, що безпосередньо з того майна, яке перебуває у віданні територіального публічно-правового утворення, стягнення фактично може бути звернено лише на бюджетні кошти, оскільки інші об'єкти (земля, природні ресурси тощо) з тих чи інших причин не можуть бути відчужені в територіальній громаді.

Водночас не викликає сумнівів, що звернення стягнення на майно будь-якої юридичної особи публічного права (органу влади, підприємства, установи) можна розглядати як звернення стягнення на майно самої держави Україна чи певної територіальної громади, оскільки саме вони залишаються власниками майна, пере-

даного органу державної влади чи органу місцевого самоврядування, державному чи комунальному підприємству або установі. Останні ж володіють цим майном на інших, відмінних від права власності, титулах. Не перешкоджає такому висновку й положення ч. 2 ст. 176 ЦК України стосовно заборони звернення такого стягнення на майно юридичної особи за зобов'язаннями територіальної громади, яка її створила, оскільки зазначені вище органи, підприємства й установи є юридичними особами публічного права, до яких це положення ЦК України не застосовується.

У той же час наочним прикладом протилежної залежності цих суб'єктів може послужити притягнення на підставі ст. 56 Конституції України до цивільно-правової відповідальності шляхом відшкодування завданої майнової та/чи моральної шкоди органів державної влади й органів місцевого самоврядування. Аналізуючи механізм застосованих обтяжень, доходимо висновку, що фактичним суб'єктом відповідальності в подібних випадках виступає держава Україна або відповідна територіальна громада з тих причин, що фактично стягнення буде звернене на майно (як правило, гроші), яке належить, відповідно, або державі Україна, або тій чи іншій територіальній громаді, органи ж влади останніх є лише розпорядниками цього майна (коштів) згідно з положеннями бюджетного законодавства.

Враховуючи наведене, вважається необхідним ви-

значення та законодавче закріплення випадків, коли суб'єктом відповідальності є відповідне територіальне публічно-правове утворення або той чи інший орган державної влади, чи орган місцевого самоврядування.

У першому випадку об'єктом стягнення для позивача (кредитора, потерпілого) мають бути переважно кошти, а представником держави чи територіальної громади має бути відповідний фінансовий орган влади (казначейство).

У випадку ж коли об'єктом стягнення є певне майно, то обов'язковим учасником цього спору має бути той орган державної влади чи орган місцевого самоврядування, а також підприємство чи установа, які наділені зазначеним майном на певному речовому праві чи іншій підставі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України* // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
2. *Закон України «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації»* // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 37. – Ст. 332.
3. *Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні»* // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.
4. *Грибанов В. П.* Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей. – М.: Знание, 1973. – 97 с.
5. *Красавчиков О. А.* Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Сб. науч. тр. —Свердловск: Юрид. ин-т., 1973. – Вып. 27. – С. 11–16.

ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА У ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ

Блащук Т. В.,

*кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник відділу історії та теорії приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

Учасниками цивільних правовідносин поряд з фізичними особами є також юридичні особи, у створенні та функціонуванні яких беруть участь фізичні особи. Об'єднання фізичних осіб завжди передбачає досягнення якоїсь спільної мети. Кожна фізична особа, вступаючи до об'єднання, передає йому частину прав і обов'язків, в результаті чого об'єднання, яке бере на себе ці права і обов'язки, уособлює своїх засновників. З метою реалізації своїх функцій держава створює органи, що діють від її імені. Зрозуміло, що держава в особі її вищих органів влади і управління не може управляти всіма належними їй цінностями. Закріплюючи майно за окремими державними підприємствами, установами та організаціями, держава як власник дозволяє їм управляти цим майном, розпоряджатися правовим капіталом, вступати від свого імені в різні правовідносини, тобто надає статус суб'єктів цивільного права, а саме, статус юридичних осіб.

Серед юридичних осіб особливий статус мають юридичні особи публічного права. Норми цивільного права визначають їх загальне становище як учасників суспільних відносин. В той же час значна частина норм, як правове становище окремих видів таких юридичних осіб, становлять норми інших галузей права, що ускладнює їх правове регулювання. Невирішеними зали-

шаються питання про застосування правових норм при регулюванні діяльності таких осіб в разі їх колізії з нормами інших галузей права.

Вступ у цивільно-правові відносини можливий лише за наявності статусу суб'єкта таких відносин. Відтак, вступ у цивільні відносини осіб, що наділені державно-владними повноваженнями і володіють певним конституційно-правовим, адміністративним статусом, ускладнений подвійною природою таких суб'єктів.

Цивільний кодекс України вперше поділив юридичних осіб, залежно від порядку їх створення, на осіб приватного і публічного права. Такий поділ ґрунтується на відомому всьому світові ще з часів римського права поділу права на публічне і приватне і схвалюється дослідниками [10]. Деякі автори зазначають, що такий поділ застарів, не відповідає потребам часу і не слід розвивати право в напрямі до римського, адже це повернення назад. Немає ніяких підстав для регламентації порядку створення, організаційно-правових форм, правового становища юридичних осіб приватного і публічного права [4].

Не вдаючись в дискусію щодо доцільності та значення такого поділу, слід зазначити, що поділ юридичних осіб на осіб приватного права і осіб публічного права дає змогу розмежувати правовий статус цих осіб,

насамперед з метою захисту приватних інтересів від втручання апарату держави. Очевидно, юридичні особи публічного права створюються державою і при цьому виникають особливі відносини, зумовлені роллю держави.

Відтак, юридичні особи публічного права, вступаючи у цивільні правовідносини, набувають правового статусу, що характеризується певними особливостями.

Порядок передачі майна, особливості призначення керівних органів та їх відповідальність, цілі діяльності в юридичних осіб публічного права відрізняються від осіб приватного права. Виникають юридичні особи публічного права, як правило, в дозвільному порядку. Окрім того, відрізняється і відповідальність, оскільки за юридичною особою публічного права завжди стоїть держава, як правило, юридичні особи публічного права перебувають під постійною опікою державних органів управління економікою. На юридичних осіб публічного права більшою мірою впливає плановість державних програм розвитку, підпорядкованість публічним інтересам. Юридичні особи публічного права окрім мети отримання прибутку повинні мати й іншу мету, оскільки держава має на меті насамперед захист прав і свобод людини як найвищої соціальної цінності.

Зауважимо, що Цивільний кодекс України встановлює порядок створення і організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права. В той же час порядок утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюється Конституцією України та законом. На сьогодні єдиного закону немає, у зв'язку з цим існує небезпека того, що органи державної влади можуть на власний розсуд створювати юридичні особи, що можуть не мати майна для відповідальності за своїми зобов'язаннями чи можуть бути наділені іншими специфічними рисами на розсуд їх власника. Безумовно, така невизначеність не сприяє нормальному цивільному обороту.

Відтак, нагальною є необхідність виокремлення та закріплення на рівні закону загальних принципів створення юридичних осіб публічного права.

Такими принципами можуть бути, по-перше, створення їх в організаційно-правовій формі, що дозволена Цивільним кодексом України, зокрема у формі установи, що спростить вступ таких осіб у цивільні відносини і дасть змогу іншим учасникам відносин визначити їх правовий статус. Сьогодні продовжують існувати безліч юридичних осіб, визначити організаційно-правову форму яких проблематично (наприклад, «Навчально-курсовий комбінат» тощо).

Установа є однією з найцікавіших новацій Цивільного кодексу. Однак не варто змішувати установу в контексті ЦК України з не зовсім зрозумілим статусом знаменитої тріади – підприємства, установи, організації, так як у контексті тріади «установа» вживається швидше в якості господарського статусу діяльності юридичної особи. Так, ст. 8 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» передбачає, що фінансові установи можуть створюватися у будь-якій організаційно-правовій формі, якщо закони з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг не містять спеціальних правил та обмежень. Закони України з питань регулювання

діяльності господарських товариств та юридичних осіб інших організаційно-правових форм застосовуються до фінансових установ з урахуванням особливостей, визначених цим Законом та законами з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг.

Стаття 103 ЦК передбачає примусову зміну мети та структури управління установи судом, якщо здійснення мети установи стало неможливим або воно загрожує суспільним інтересам. Однак ЦК нічого не говорить про можливість зміни установчого акта, в тому числі мети та структури установи за бажанням правління.

По-друге, оскільки власником майна таких осіб залишається держава, слід визначити, що юридичним особам публічного права майно надається лише у володіння та користування, а розпорядження ним здійснюють особи, уповноважені державою (розпорядники майна, управителі тощо).

Проблемним є передача майна такими особами при створенні ними юридичних осіб приватного права. Залишається відкритим на сьогодні питання створення і діяльності змішаних юридичних осіб, в яких частина майна належить державі, а частина – ні. В такій ситуації частина майна контролюється державою, а частина – ні. Однак і тут слід забезпечити розумне використання державного майна. До якої групи віднести цих осіб, чи регулюється їх діяльність ЦК України? Законодавство України не дає прямої відповіді на ці запитання. Деякі автори пропонують поділяти юридичних осіб не на юридичних осіб приватного і публічного права, а на осіб публічного приватного права і змішаних [15]. Вважаємо, що в законодавстві слід врегулювати положення змішаних юридичних осіб, проте не слід виділяти їх в якості окремого виду. Ці питання повинні бути висвітлені в новому законі, що регулював би порядок створення і діяльності юридичних осіб публічного права, в тому числі особливості змішаних юридичних осіб.

Третій основоположний принцип створення юридичних осіб публічного права є закріплення спеціальної правосуб'єктності таких осіб.

Щодо юридичних осіб приватного права ЦК України закріпив правило про те, що юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки як фізична особа, крім тих, що за своєю природою можуть належати лише людині. Таким чином, на зміну спеціальній правоздатності юридичної особи, яка передбачалась радянським цивільним законодавством, з'явився принцип універсальної правоздатності, що є відображенням сучасної тенденції розвитку концепції цивільного права України як права приватного.

Проте універсальна правоздатність не може бути застосована до юридичних осіб публічного права, які наділяються імперативними повноваженнями. Відтак, щодо них слід закріпити спеціальну правоздатність, обсяг якої визначається актом про заснування такої юридичної особи.

Цивільну дієздатність юридична особа здійснює через свої органи, які діють відповідно до закону, інших правових актів і установчих документів. Склад і перелік органів юридичної особи, компетенція кожного з них, порядок їх утворення визначаються окремо для різних

видів юридичних осіб, регулюються ЦК та відповідним цивільним законодавством.

Органи юридичної особи виражають і формують його волю. Тому саме через останні, за їх допомогою, їх діями юридична особа набуває цивільних прав і бере на себе цивільні обов'язки. Юридична особа може мати як один орган (директора), так і декількох одночасно (голова правління, правління). Зазначені органи можуть бути як колегіальними, так і одноособовими. У зв'язку з цим на практиці непоодинокими є випадки, коли, наприклад, правочин від імені юридичної особи укладають органи, які на це не мають права. Для виправлення такої практики слід закріпити правило про те, що лише акт про створення юридичної особи публічного права повинен містити вказівку на органи (особи), які повноважні представляти таку особу у цивільному обороті.

Водночас як особи, які реалізують дієздатність юридичних осіб, можуть бути й інші суб'єкти, які є її учасниками. Юридична особа бере участь у цивільному обороті через своїх представників, завдяки яким вона не тільки здійснює права і виконує обов'язки, а й набуває і припиняє їх. Дії цих представників згідно із законом є діями самої юридичної особи.

Той, хто веде справи юридичної особи і виступає від її імені на підставі закону або договору, повинен діяти добросовісно і розумно, забезпечувати усіма можливими засобами охорону інтересів юридичної особи, яку він представляє. При цьому орган юридичної особи або інший суб'єкт, який діє від її імені, не може виходити за межі наданих їм повноважень.

Потребує пояснення також питання про момент, з якого слід вважати створеною юридичну особу публічного права. Аналіз чинного ЦК дає змогу дійти висновку, що законодавець встановлює два способи виникнення юридичних осіб – розпорядчий для юридичних осіб публічного права і нормативно-явочний для юридичних осіб приватного права.

Тим часом, на перший погляд, складається враження, що він так до кінця і не визначився, коли ж вважати юридичну особу створеною.

З одного боку, передбачивши, що саме юридична особа – життєздатний для цивільного обороту суб'єкт, а не утворення, яке тільки прагне одержати можливість стати таким суб'єктом, підлягає державній реєстрації, він ніби поділяє точку зору тих правників, які вважають, що юридична особа не створюється державою, значення юридичної особи належить утворенню незалежно від визнання суспільною владою («юридична особа підлягає державній реєстрації у порядку, встановленому законом» – ч. 1 ст. 89 ЦК).

З іншого боку, вказуючи, що юридична особа вважається створеною з моменту її державної реєстрації, ніби перекреслюється те, що це вже відбулося («юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку» – ч. 1 ст. 80 ЦК).

Проте ця суперечність зникає, якщо виходити з того, що створення будь-якої юридичної особи – це багатостадійний процес, котрий охоплює як фактичні дії засновників і держави в особі певних органів, так і юридичні дії зазначених осіб. Державна реєстрація – остання стадія, що завершує процес створення юридичної

особи, яка до цього існувала фактично, а з моменту державної реєстрації виникає юридично.

Слід також відповісти на запитання: чи взагалі доцільно всім публічно-правовим утворенням надавати статус юридичної особи, які саме публічно-правові утворення можуть бути віднесені до них, які суттєві ознаки цих юридичних осіб, як їх класифікувати за видами тощо? З цього приводу в літературі висловлені різні точки зору.

Основними ознаками юридичних осіб публічного права є публічний характер їх цілей, наявність у багатьох випадках владних повноважень чи особливого характеру членства. Деякі вітчизняні науковці (Н. Гончарова, Л. Медведєва) до юридичних осіб публічного права відносять державу Україна, АР Крим, територіальні громади та створювані ними такі суб'єкти публічного права із статусом юридичних осіб як органи державної влади, органи влади АР Крим, органи місцевого самоврядування, навчальні заклади (університети, інститути, школи, гімназії) тощо. Публічно-правові юридичні особи можуть створюватися також для досягнення господарських та соціальних цілей загального характеру або для задоволення потреб певних груп населення.

Як зазначає О. Кравчук, юридичними особами є також Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, міністерства та органи місцевого самоврядування. Ці юридичні особи мають самостійний баланс, у якому відображають належне їм майно, яким, як правило, користуються на правах господарського відання або оперативного управління.

Важливого значення з огляду на викладене набуває класифікація юридичних осіб саме публічного права. Так, В. Борисова до останніх відносить органи державної влади, органи місцевого самоврядування тощо, які мають на меті державні інтереси, тобто визнані державою і забезпечені правом інтереси соціальної спільноти, задоволення яких є неодмінною умовою та гарантією її існування і розвитку [3]. У зв'язку з цим більшість юридичних осіб публічного права наділяється владними повноваженнями відносно третіх осіб. Виходячи з того, що відповідно до доктрини цивільного права до участі в цивільному обороті допускаються лише організації, які є юридичними особами, органам державної влади надається статус останніх. При цьому об'єктивним критерієм визначення характеру їх цивільної правоздатності повинні виступати спеціальні функції органів державної влади, а це означає, що вони повинні наділятися не загальною, а спеціальною правоздатністю.

В юридичній літературі було запропоновано (І. Бірюков, Ю. Заїка та ін.) таку класифікацію юридичних осіб публічного права, виходячи із джерел їх фінансування [1]:

– юридичні особи, що перебувають на господарському розрахунку, мають закріплені за ними основні й оборотні засоби та самостійний баланс (державні підприємства та організації);

– юридичні особи, що перебувають на державному бюджеті та мають самостійний кошторис, керівники яких користуються правами розпорядників кредитів (установи та інші державні організації);

– юридичні особи, що фінансуються за рахунок інших джерел і мають самостійний кошторис і самостійний баланс.

І. Зенін, О. Кравчук та інші науковці вважають, що нормативне відокремлення господарських юридичних організацій від інших юридичних осіб є помилковим, висловлюють побоювання, що поява юридичних осіб публічного права може перетворити державний апарат на цивілістичну структуру, по суті ототожнити такі поняття як державна служба і публічна юридична особа [6].

Проте для побоювань щодо перетворення державного апарату на цивілістичну структуру немає підстав, бо органи державної влади тільки вступаючи у цивільні правовідносини стають учасниками цивільного обороту.

Однак ЦК України відносить до юридичних осіб публічного права не всі публічно-правові утворення, а лише окремі їх види.

Оскільки держава має ознаку публічної влади, її участь у цивільно-правових відносинах, заснованих на принципі юридичної рівності та вільному воле виявленні їх учасників, руйнує цей принцип. До відносин же, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій стороні, цивільне законодавство не застосовується (ст. 1 ЦК України).

Законодавець сприйняв традиційну теорію держави, і в ЦК вже не відніс ні державу, ні територіальні громади, ні інші публічно-владні утворення до юридичних осіб публічного права. Але чи був законодавець до кінця послідовним у своїх рішеннях, визначивши публічно-владні організації самостійними учасниками цивільного обороту? Так, норми, які регулюють участь утворень, що розглядаються, у цивільно-правових відносинах, містяться в розд. 2 ЦК (підрозділ 1 «Фізична особа», підрозділ 2 «Юридична особа» і підрозділ 3 «Участь держави, АР Крим, територіальних громад у цивільних відносинах»).

Зазначені публічно-владні організації, а перелік їх є вичерпним, хоч і не є юридичними особами, діють на рівних правах з іншими учасниками цивільних відносин, зокрема з фізичними і юридичними особами. Розуміючи, що таким чином до цивільного обороту залучаються нові учасники (публічно-владні утворення), закон встановив, що вони набувають і здійснюють права та обов'язки через органи державної влади (органи місцевого самоврядування), які діють у межах своєї компетенції. Наприклад, лише Президент України, органи державної влади, органи влади АР Крим, органи місцевого самоврядування можуть створювати публічні юридичні особи (ч. 3 ст. 81 ЦК України).

Юридичні особи публічного права вважаються створеними з моменту їх державної реєстрації, оскільки винятку із загальної норми щодо них не встановлено. Порядок створення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюються Конституцією, однак у чинній редакції Конституції України такі норми відсутні. Аналіз ст. 170–172 ЦК України дає змогу дійти висновку, що саме ці органи є суб'єктами цивільно-правових відносин, для чого вони і визнаються публічними юридичними особами, водночас виступаючи органами вказаних публічно-владних утворень.

У зв'язку з цим слід згадати про те, що як у вітчизняній, так і зарубіжній цивілістичній літературі слушно зверталася увага на те, що класифікація юридичних осіб може проводитися за різними підставами, і з урахуванням останніх пропонувалося виокремлювати різні види юридичних осіб [11, с. 43].

Але з усіх можливих класифікацій юридичних осіб в ЦК України використано лише одну – поділ юридичних осіб на особи приватного права і особи публічного права, яка проводиться з урахуванням порядку створення тих та інших юридичних осіб.

Юридичні особи публічного права поряд з іншими юридичними та фізичними особами можуть брати участь у цивільних правовідносинах. Виступаючи як суб'єкт цивільних правовідносин, юридична особа публічного права користується такими ж правами і несе такі ж обов'язки, як і інші суб'єкти цивільного права.

Як випливає із тексту ч. 2 ст. 81 ЦК України, визначальним критерієм їх розмежування формально виглядає та обставина, що юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів відповідно до ст. 87 ЦК України, а юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування.

Проте в літературі зверталася увага на те, що лише одного такого критерію як порядок створення юридичної особи для розмежування юридичних осіб приватного та публічного права, очевидно, недостатньо, оскільки на підставі розпорядчих актів Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування можуть створюватися не тільки юридичні особи публічного права, а й юридичні особи приватного права [9].

У зв'язку з цим деякими науковцями зазначалося, що ознакою юридичної особи публічного права слід вважати те, що вона створюється безпосередньо законом або адміністративним актом як носій публічних завдань [8]. Разом із тим інші цивілісти наголошували, що визначальною рисою таких організацій є мета їхньої діяльності, оскільки як публічно-правові утворення вони мають на меті державні інтереси, тобто визнані державою і забезпечені правом інтереси соціальної спільноти, задоволення яких слугує неодмінною умовою і гарантією їхнього існування і розвитку. На думку В. І. Борисової, саме виходячи з відмінностей у правосуб'єктності юридичних осіб у галузі публічного і приватного права (в галузі публічного права – це переважно питання юридичної субординації та підпорядкування, в галузі приватного права – питання координації) порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб публічного права визначаються не нормами цивільного законодавства, а нормами державного, адміністративного та інших галузей публічного законодавства [2, с. 7].

А. С. Довгерт як ознаки юридичних осіб публічного права називав також публічний характер їхніх цілей, наявність у багатьох випадках владних повноважень чи особливого характеру членства [5].

Крім того, зверталася увага й на ту обставину, що

має значення не лише мета створення юридичної особи, а й галузь, в якій має діяти та чи інша організація. Якщо юридична особа має діяти у галузі публічного права і виконувати відповідні адміністративні, освітні тощо функції, то вона є суб'єктом публічного права і має створюватися у порядку, визначеному для таких осіб. Якщо ж юридична особа має функціонувати у галузі приватного права як його суб'єкт, то вона повинна створюватися в порядку, встановленому для юридичних осіб приватного права [13].

Проте надання другорядного значення порядку створення юридичної особи як критерію розрізнення юридичних осіб публічного та приватного права все ж таки є не зовсім виправданим, оскільки порядок створення прямо названий у абз.1 ч. 2 ст. 81 ЦК України такої ж ознаки. Поділ права на публічне і приватне, таким чином, є не просто класифікаційним розмежуванням – це якісно різні сфери правового регулювання [12, с. 87].

Враховуючи викладене вище, можна зробити висновок, що критеріями розрізнення юридичних осіб публічного та приватного права є:

– галузь, у якій має здійснювати свою діяльність юридична особа;

- мета, для досягнення якої створено юридичну особу;
- порядок створення юридичної особи.

Однак, з іншого боку, залежно від мети створення та завдань, що на них покладені, юридичні особи публічного права, у свою чергу, можуть бути підрозділені на ті, що діють у галузі управління; ті, які виконують функції правосуддя; ті, на яких покладено виконання культурно-освітницьких функцій, тощо [14].

Відтак, відповідь на питання, чи взагалі доцільно всім публічно-правовим утворенням надавати статус юридичної особи, має бути такою.

Для самостійної участі у цивільних відносинах їх учасник повинен отримати статус суб'єкта таких відносин, а відтак, за винятком держави та територіальних громад, які мають самостійний статус, публічно-правове утворення для участі у цивільних відносинах має набути статусу юридичної особи, яка за своїми ознаками найбільш відповідає цілям їх створення.

О. Кравчук критикує поділ юридичних осіб у Цивільному кодексі, зазначаючи, що об'єктами угод можуть бути не лише юридичні особи приватного права, а й деякі юридичні особи публічного права (наприклад, державний навчальний заклад чи комунальне підприємство, які продаються інвесторів). Таким чином, він доходить висновку, що законодавець з нечастотною точністю розмежував юридичних осіб на юридичних осіб приватного та публічного права. Наприклад, згідно з ЦК України навчальний заклад, створений державою, є юридичною особою публічного права (ст. 167), а приватний навчальний заклад – юридичною особою приватного права. Ці заклади відрізняються один від одного лише формою власності, а згідно з Конституцією України всі форми власності є рівноправними, а отже, на обидва навчальні заклади повинен поширюватися єдиний порядок створення та діяльності. Звичайно, державні органи та органи місцевого самоврядування, які здійснюють владні повноваження та є юридичними особами, об'єктами цивільно-правових

угод бути не можуть. І лише вони повинні визнаватися юридичними особами публічного права. Тому розглянуту класифікацію юридичних осіб необхідно вдосконалити, передбачивши, що юридичні особи публічного права – це державні органи, на які законом покладено владні повноваження, та органи місцевого самоврядування. Решту юридичних осіб, зокрема й державні та комунальні підприємства, слід віднести до юридичних осіб приватного права. Тоді можна буде передбачити, що об'єктами цивільно-правових угод може бути будь-яка юридична особа приватного права [7].

Проте такий висновок автора не зовсім коректний. По-перше, державні і комунальні підприємства не можна віднести до юридичних осіб публічного права, оскільки спосіб їх створення дає змогу віднести їх до юридичних осіб приватного права. Разом з тим норма, яка б дозволила віднести до об'єктів правочинів усі юридичні особи, може призвести до зловживань та не відповідатиме специфіці юридичних осіб публічного права.

Щодо видів цивільних правовідносин, у яких в якості суб'єктів є юридичні особи публічного права, то вони охоплюють відносини власності, зобов'язальні відносини. Разом з тим такі особи не є суб'єктами відносин у сфері інтелектуальної власності, особистих немайнових відносин і на відміну від юридичних осіб приватного права не мають права на комерційне найменування та не є учасниками спадкових правовідносин. В останніх двох групах правовідносин юридичні особи публічного права можуть стати лише пасивними учасниками.

Закономірно постає також питання про розмежування участі юридичних осіб публічного права у цивільних відносинах при реалізації прав та обов'язків держави та в якості самостійних суб'єктів права.

Відповідь на це питання має бути така: юридичні особи публічного права діють як самостійний суб'єкт права в разі реалізації ними власної правосуб'єктності, тоді як при реалізації повноважень держави вони діють в межах правосуб'єктності держави. Для прикладу, міністерство, що дає дозвіл на розпорядження державним майном, діє в межах правосуб'єктності держави, тоді як те саме міністерство, що вирішує питання про придбання для власних цілей майна, діє в межах власної правосуб'єктності.

Як вже зазначалось вище, юридичні особи публічного права є учасниками відносин власності та зобов'язальних відносин.

Юридичні особи публічного права є суб'єктами відносин власності на землю, на житло, на підприємства як цілісний майновий комплекс, інше майно та майнові права. Разом з тим право таких осіб на майно є похідним від права власника (держави чи територіальної громади).

Зовсім інша природа відносин юридичних осіб публічного права у зобов'язальних відносинах. У таких відносинах вони виступають в якості самостійних суб'єктів, права й обов'язки яких безпосередньо виникають з договору або закону.

У зв'язку з розподілом юридичних осіб на осіб публічного та приватного права, а також можливістю застосування до юридичних осіб публічного права положень Цивільного кодексу (ст. 82 ЦК) деякого врегулювання вимагає питання цивільно-правової відпові-

дальності окремих категорій юридичних осіб публічного права. Так, В. Примак, зокрема, наголошує на можливості існування випадків, коли застосування принципу самостійної цивільно-правової відповідальності юридичної особи всім належним їй майном (ч. 2 ст. 96 ЦК України) з певних міркувань є вочевидь неприйнятним. Зважаючи на це, цивільне законодавство має передбачати інші, відмінні від винятково самостійної і повної майнової відповідальності зобов'язаного суб'єкта механізми максимально ефективного захисту цивільних прав та інтересів кредиторів юридичної особи. Вочевидь, неприйнятним є, наприклад, вилучення державними виконавцями у правоохоронного органу комп'ютерів, призначених для зберігання баз даних на правопорушників, або продаж із прилюдних торгів майнового комплексу казенного підприємства, яке здійснює діяльність, провадження котрої закон дозволяє винятково юридичним особам указаної категорії. Водночас, на думку багатьох науковців, обмеження можливостей щодо звернення стягнення на майно державної чи комунальної установи та казенних підприємств має компенсуватися субсидіарною відповідальністю держави чи територіального утворення за боргами юридичної особи, що виконує функції цих публічних інституцій.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Бірюков І. А., Заїка Ю. О. Цивільне право України: Загальна частина. – К., 2003. – С. 109.
2. Борисова В. І. До проблеми участі публічних юридичних осіб в цивільних правовідносинах. – Одеса, 2003. – С. 7–8.
3. Борисова В. І. Юридична особа – універсально правова форма участі організацій у цивільному обороті // Проблеми правознавства та

правоохоронної діяльності. – Д., 2003. – Вип. 2. – С. 9.

4. Гайворонський В. Інститут юридичної особи в проекті Цивільного кодексу України // Проблеми цивільного права і процесу. Вісник Академії правових наук України. – 2000. – № 2 (21). – С. 90.
5. Довгерт А. С. Поняття та класифікації юридичних осіб у новому Цивільному кодексі України / Актуальні проблеми держави і права: 36. наук. праць. – Одеса. – 2004. – Вип. 23. – С. 6.
6. Кравчук О. Майновий аспект правового статусу юридичних осіб за новим Цивільним кодексом України // Право України. – К, 2003. – Вип. 1. – С. 86.
7. Кравчук О. Майновий аспект правового статусу юридичних осіб за новим Цивільним кодексом України // Юридическая практика. – № 37. – 2007. – С. 12.
8. Кузнєцова Н. Концептуальні засади інституту юридичної особи в новому цивільному законодавстві України. – Львів, 2002. – С. 215–216.
9. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: Монографія. – К., 2004. – С. 10.
10. Поліщук О. Новий підхід до класифікації юридичних осіб за Цивільним кодексом України // Економіка, фінанси і право. – 2003. – № 11. – С. 18.
11. Суханов Е. А. Система юридических лиц // Сов. государство и право. – 1991. – № 11. – С. 42–51.
12. Харитонов О. І. Методологічні питання розмежування приватного та публічного права / Методологія приватного права: 36. наук. Праць / Ред. кол.: О. Д. Крупчан та ін. – К., 2003. – С. 86–92.
13. Цивільне право України: Підручник / Є. О. Харитонов, Н. О. Санахметова. – К., 2003. – С. 125–126.
14. Шицький І. Місцеві господарські суди як юридичні особи публічного права // Право України. – 2005. – № 4. – С. 99.
15. Юцик О. І. Галузі та інститути правової системи (міфи та реальність). – К.: Оріяни, 2002. – С. 80.

ДУАЛІЗМ ПРИВАТНОГО ПРАВА: ДО ПОСТАНОВКИ ПИТАННЯ

Махінчук В.М.,

кандидат юридичних наук,

учений секретар НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

2004 рік ознаменувався набранням чинності в Україні нових Цивільного та Господарського кодексів. Подія дійсно знаменна та не пересічна. Проте водночасне прийняття саме цих двох кодифікованих актів викликало найбільше дискусій, основне питання яких можна сформулювати в одному – чим обумовлена необхідність прийняття окремого кодифікованого акта у сфері регулювання підприємницьких відносин і як останній має співвідноситися із Цивільним кодексом.

Актуальності та неоднозначності цьому питанню надає те, що Україна стала єдиною країною на пострадянському просторі, яка втілила в життя ідею створення окремого кодифікованого акта у сфері підприємництва.

Прошло п'ять років з часу прийняття вищезазначених кодексів і вже можна підбивати певні підсумки та робити узагальнення.

Можна стверджувати, що практика змогла пристосуватись до існуючого стану речей у законодавстві та виробити певні шляхи подолання існуючих колізій у цих двох кодексах. Судова система також виробила певні рекомендації, які покликані допомогти судам у правозастосуванні.

Однак, як правило, всі дискусії, що точаться у нау-

ковій літературі та відповідній фаховій літературі, торкаються певних окремих аспектів співіснування двох кодифікованих актів у сфері підприємництва та не торкаються фундаментальних базових питань. Саме до таких слід віднести питання існуючої системи приватного права, питання дуалізму – квазідуалізму приватного права, питання доцільності та обґрунтованості створення окремого кодифікованого акта у сфері підприємництва, питання практичної необхідності та доцільності функціонування підприємництва у біполярному правовому полі, питання історичних передумов до кодифікації норм з регулювання підприємницьких відносин. Звичайно, що практика породжує безліч актуальних питань, проте предметом цієї статті є висвітлення тих аспектів, які допоможуть дати відповідь на найбільш загальні базові питання і не будуть вирішувати конкретні практичні питання у правозастосовчій діяльності.

Цивільне законодавство України є суто національним правовим інститутом, покликаним до регулювання відповідних внутрішніх правовідносин, однак і воно пройшло певний історичний шлях свого розвитку, зазнавало впливу ззовні і наразі також не відсторонене

від впливу інтеграційних процесів. Перед вітчизняною юридичною наукою стоїть нагальне питання стосовно подальшої уніфікації цивільного і підприємницького законодавства, його узгодження з вимогами ЄС. Проте на сьогодні існуючий стан законодавства в Україні, зокрема існування двох рівноцінних актів у сфері регулювання підприємництва, породжує більше питань, аніж відповідей. Питання загострюється ще й тим, що національний підхід до регулювання підприємництва випадає із звичного підходу до приватного права: Господарський кодекс України не можна визнати аналогом класичних торгових кодексів, які існують у певних країнах Європи. З іншого боку, сам факт прийняття та існування в Україні такого кодексу унеможливує стверджувати про сприйняття Україною моністичного підходу до приватного права.

Дійсно, навіть у самому Європейському Союзі існують різні підходи до питання дуалізму приватного права, деякі країни (Франція, Німеччина) сповідують дуалізм приватного права, а деякі (Італія, Голландія) відмовились від нього.

Нині у Європейському Союзі активно обговорюється питання створення та прийняття єдиного уніфікованого приватного кодексу Європи, звичайно, це питання часу, проте навіть сама постановка такого питання мусить прогнозувати подальші роки з уніфікації приватного права України та ЄС.

З іншого боку, неможливо огульно підходити до питання ліквідації Господарського кодексу як такого. Такий висновок ґрунтується на тому, що:

- існуючий Господарський кодекс пройшов апробацію на практиці і стосовно нього напрацьовано досить великий масив законодавства;

- створено відповідну модель поведінки суб'єктів підприємництва з урахуванням положень Господарського кодексу;

- беззаперечний факт ролі державного регулювання і його значення не може бути просто викресленим з правового поля України, а має посісти своє чільне місце у певному нормативному документі (наприклад, на заміну Господарського кодексу України може бути прийнятий закон про особливості регулювання економічних відносин за участі держави та державних органів). Відповідно, навіть короткий аналіз існуючого стану речей дає змогу зробити висновок про важливість і актуальність питання дуалізму приватного права і шляхів подолання існуючих колізій. Автор пропонує низку тез, які можуть стати у нагоді при обговоренні питання подальшого реформування цивільного та підприємницького законодавства України.

1. Дуалізм приватного права – явище, яке виникло історично на теренах римського приватного права та обумовлено факторами, що, насамперед, були притаманні класичному римському приватному праву та були неприйнятними для нової системи права народів (*Jus gentium*) Римської імперії, що створювалася.

2. Аналіз розвитку дуалізму приватного права (як правового явища) дає змогу виокремити, принаймні, п'ять етапів розвитку останнього:

- етап зародження (виникнення) дуалізму приватного права (доба Римської імперії);

- етап розвитку дуалізму приватного права (рецепція римського права у Італії, його розвиток у Франції та Німеччині);

- етап оформлення торгового права (прийняття відповідних торгових кодексів – Європа, Японія, Латинська Америка);

- етап трансформації торгового права та етап реформації цивільного права і його комерціалізація (скасування низки торгових кодексів у деяких країнах);

- етап глобалізації та уніфікації приватного права у Європі та світі (етап подальшої недоцільності виокремлення торгового права у світлі необхідності його спрощення та уніфікації приватного права як такого).

3. Саме історичний розвиток дуалізму приватного права призвів до виникнення поняття «квазідуалізму» приватного права як умовного поділу системи приватного права на класичне цивільне право та торгове.

4. Питання дуалізму приватного права безпосередньо і тісно пов'язане із питанням системи самого приватного права, інакше кажучи, питання можна сформулювати так: чи існують правовідносини, які не «вписуються» у предмет регулювання приватного права і становлять певну самостійну систему правовідносин, що потребує відповідної відокремленої специфічної системи правового регулювання.

5. Аналіз існуючих кодифікованих актів у сфері підприємництва (як узагальнюючого поняття) дає змогу зробити висновок про певне штучне виокремлення цих правовідносин із лона приватного права, оскільки правовідносини, засновані на майнових інтересах та рівності сторін, є предметом регулювання приватного (цивільного) права, а правовідносини із акцентом на певний вертикальний характер правовідносин є предметом регулювання адміністративного права. На сьогодні саме на основі адміністративного права формується так зване адміністративно-господарське право, покликане регулювати відносини господарюючих суб'єктів з певним адміністративним наголосом, і, перш за все, це стосується правовідносин за участю держави, яка у певних випадках не може (і не повинна) перебувати у рівному становищі з іншими суб'єктами господарювання. При цьому такі правові кодифіковані акти носять і мають (переважно) внутрішньо національний характер.

6. Аналіз сучасних міжнародних правовідносин у сфері товарообігу приводить до висновку про природне виникнення так званого транснаціонального торгового права – як системи торгових правовідносин за участю різних резидентів, в тому числі держав як самостійних суб'єктів приватних правовідносин. Характерною ознакою транснаціонального права є створення нової системи правових норм, застосування яких здійснюється безпосередньо до існуючих правовідносин і не потребує, на відміну від норм міжнародного приватного права, вирішення питання колізійних норм.

7. Поява в Україні Господарського кодексу навряд чи може розглядатися як данина класичному дуалістичному підходу до приватного права у площині існування поряд із цивільним кодексом торгового кодексу. Аналіз зазначеного кодексу дає підстави говорити про сильний вплив традицій радянської школи права з її

прихильністю до адміністративних засад у регулюванні саме господарської діяльності.

8. Системний аналіз Господарського кодексу України дає всі підстави говорити про те, що Україна стала на самостійний шлях (механізм) регулювання підприємницьких відносин. Таке твердження ґрунтується на тому, що структура, зміст та концептуальні положення (принципи) Господарського кодексу України не збігаються із аналогічними кодифікованими актами з регулювання комерційних відносин (торговими кодексами), чим останній суттєво відрізняється від класичного Дуалістичного підходу до приватного права. Останній все ж більшою мірою має технічний характер і сприяє виокремленню та групуванню норм, які як найтісніше пов'язані із регулюванням саме підприємницьких відносин. З іншого боку, сам факт виокремлення в Україні певних правовідносин з регулювання підприємницьких (комерційних) відносин в окрему групу та прийняття відповідного кодифікованого акта (Господарського кодексу України) свідчить про відхід і від моністичного підходу до системи приватного права.

9. Такий специфічний підхід до регулювання підприємницьких відносин, звичайно, не сприяє уніфікації українського законодавства із відповідним законодавством Європейського Союзу та інших країн. Перш за все, останнє проявляється у несприйнятті західною спільнотою і, зокрема, підприємцями подвійних стандартів можливості ведення підприємницької діяльності в Україні. Саме до такого висновку приводить детальний аналіз положень Цивільного і Господарського кодексів України. Такий підхід до ведення підприємницької діяльності є невідомим і неприйнятним для підприємців інших країн.

10. Сучасне українське законодавство у сфері підприємництва (перш за все, наявність двох, по суті, дублюючих кодексів) не сприяє сучасним вимогам до законодавства у сфері підприємництва: простота, прозорість, прогнозованість та непротиставлення.

11. Аналіз системи цивільного (приватного) права України дає змогу зробити висновок про перманентну комерціалізацію останнього. Навіть порівняльний аналіз ЦК УРСР 1923, ЦК УРСР 1963 та ЦК України 2003 року дає всі підстави говорити про постійний вплив торгового обігу на систему приватного права. Як наслідок, у досить сталу систему приватного права постійно привносяться норми та цілі інститути, які безпосередньо пов'язані із торговим обігом, комерційними (підприємницькими) правовідносинами. Поява останніх обумовлена об'єктивно, а включення останніх саме до системи цивільного права із відповідним методом регулювання ґрунтується на характерних рисах цих правовідносин (майнова відокремленість, самостійність та рівність суб'єктів цих правовідносин). Яскравим прикладом такої комерціалізації чинного цивільного права є внесення до ЦК 2003 року норм стосовно довірчої власності та договорів управління майном.

12. Система цивільного права складається об'єктивно і покоїться на специфічних особливостях суспільних відносин, які входять до складу предмета цивільного права. При цьому загальні властивості бага-

точисельних суспільних відносин, які входять до предмета регулювання цивільного права, визначають єдність їх правового регулювання, а специфічні ознаки конкретних видів цих правовідносин – диференціацію їх правового регулювання [1, с. 20].

13. На сьогодні систему цивільного права України складають відповідні підгалузі та інститути цивільного права, зокрема:

- право власності та інші речові права;
- зобов'язальне право;
- особисті немайнові права;
- право на результати творчої діяльності;
- спадкове право.

14. Комерційне (господарське) право не може існувати без цивільного права як найбільш загального (базового) інституту цього життя, який проникає в усі його сфери. Іншими словами, комерційне право не може бути самодостатнім правовим інститутом [2, с. 25]. Ця теза приводить до висновку про суто спеціальний характер комерційного (підприємницького) законодавства.

15. Постає питання стосовно доцільності кодифікації комерційного законодавства у єдиний нормативний акт за класичною пандектною системою – із загальною та спеціальною частинами. Саме сприйняття такого підходу та реалізація його в Україні привела до появи Господарського кодексу України, який містить і загальну частину із відповідними загальними положеннями та принципами. За великим рахунком саме поява інших, відмінних від цивільно-правових, засад регулювання підприємницької діяльності і призводить до колізій у правозастосуванні. Така ситуація не вписується у класичний дуалістичний підхід до системи приватного права.

16. Реформування українського законодавства, як необхідна передумова до уніфікації українського законодавства, може відбуватися такими шляхами:

– скасування Господарського кодексу України із одночасним прийняттям відповідного закону про особливості регулювання господарських відносин за участі держави, її органів та державних підприємств. Такий підхід до реформування українського законодавства буде свідчити про повернення України до моністичних засад регулювання приватно-правових відносин, які є притаманними абсолютній більшості пострадянських країн, які ніколи не знали та не сповідували дуалізму приватного права;

– виключення з Господарського кодексу України положень, які є прерогативою суто цивільного законодавства (загальні положення щодо договірних прав, речового права, загальні засади щодо зобов'язань тощо) та перетворення господарського кодексу на суто спеціальний (більшою мірою технічний) нормативний документ, який буде більшою мірою відповідати аналогічним зразкам – торговим кодексам. Такий підхід до реформування підприємницького законодавства буде певною новелою в історії українського законодавства і потребує певного наукового обґрунтування (іншими словами, слід вирішити питання: чим такий підхід є більш прийнятним у порівнянні із моністичним підходом до системи приватного права);

– будь-який інший шлях реформування чинного Господарського кодексу України може бути пов'язаний із внесенням відповідних змін та доповнень до чинного Господарського кодексу України та дискетного вилучення з останнього певних суперечливих дублюючих положень до цивільного законодавства.

Підсумовуючи, слід зазначити, що сучасний стан цивільного законодавства України потребує подальшого науково обґрунтованого аналізу для з'ясування питання самодостатності системи цивільного законо-

давства та цивільного права для регулювання підприємництва, доцільності виокремлення правовідносин у сфері підприємництва в окремий кодифікований акт, та, найголовніше, – які переваги дає такий підхід до регулювання підприємницьких відносин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Коммерческий кодекс Франции* (2000 р). – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 1270 с.
2. *Торговый кодекс Германии*. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 560 с.

ПРОЯВ ТА ЗНАЧЕННЯ ВОЛІ ДЛЯ НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

Спасибо І. А.,

аспірант відділу проблем

приватного права НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

Власність як економічна категорія безпосередньо і тісно пов'язана з правовою категорією власності, а відтак – поняття присвоєння, яке має економічне забарвлення, в правовій площині стикається з наявністю на це волі особи. Будь-яке набуття являє собою, насамперед, «акт волі приобретающей» [7, с. 303] (курсив наш – І. С.), тобто є результатом волевиявлення особи. Для вираження зовні воля проходить шлях свого становлення. Спочатку вона формується у свідомості особи, являючи собою бажання чи потребу, які трансформуються в намір, що згодом перевтілюється в рішення.

Водночас цього недостатньо. Потрібен зовнішній вираз волі, що проявляється у вигляді фактичних дій стосовно правонабуття, які становлять юридичний склад. В протилежному разі набути право власності буде неможливо, оскільки воля не реалізувалася (не проявилася) зовні, а залишилася лише бажанням, наміром, рішенням. Тобто для набуття права власності, як і для будь-яких юридично значущих дій, важливим є поєднання волі та волевиявлення. «От сознания и воли человека зависит совершение того или иного действия, и, если оно совершено, мы можем дать этому действию соответствующую юридическую оценку» [4, с. 149]. Це свідчить про те, що при набутті права власності існує зв'язок між діями особи та їх наслідками, а значить, це є матеріалом для розмірковування про співвідношення названих дій з поняттям правочинів.

До цього слід додати й те, що волі на набуття права власності на певне майно часто передуює (або з нею поєднується) воля на припинення права власності на це майно. Тому важливим є з'ясування співвідношення та втілення цих волей і те, наскільки кожна з них впливає на виникнення права власності у іншої особи.

Отже, для набуття права власності має бути наявною така тріада: намір, рішення (як формування волі), волевиявлення. Причому Б. Б. Черепакін уточнює, що такий акт волевиявлення є одностороннім [15, с. 54]. Втім важливо з'ясувати те, чия воля має ставитися в основу основ, – тієї особи, яка є власником речі, чи тієї, яка намагається набути право на цю річ? Це непросте питання пов'язане з вельми складними конструкціями традиції, речового договору тощо.

На нашу думку, ставлення до цього має ґрунтуватися на тому, яким чином набувається право власності. Якщо воно набувається в результаті заволодіння або

створення речі, конфіскації або ревізії, інших випадків вилучення речі у власника, то тут, звичайно, може йтися лише про волю набувача. Навпаки, коли йдеться про відчуження власником своєї речі, то це може статися лише за його волею, без чого воля набувача буде взагалі неіснуючим чинником для набуття права власності. Разом із тим на стику цих волей, їх узгодженій дії і можливе набуття права власності.

З приводу значення волі для набуття права власності за договором існують різні погляди. Так, якщо К. І. Скло-вський наголошує на волі відчужувача, без чого інша особа не може в жодному разі набути право власності [13, с. 303], то інші науковці додержуються протилежної позиції, згідно з якою воля набувача є рушійною силою набуття права власності [5, с. 9].

Як би то не було, після формування особою волі на набуття права власності починається активний етап правонабуття – зовнішній вираз волі у вигляді вчинення особою певних дій.

Стосовно набуття суб'єктивного права (власності) такими діями можуть бути: виявлення майна, виготовлення (побудування) речі або її перероблення, укладення договору та інші дії. Наприклад, для того, аби набути право власності на знахідку, необхідно, передусім, знайти або виявити загублене майно, заволодіти ним, додержуючись певних умов закону щодо такого правонабуття. Це свідчить про те, що прояв волі при правонабутті очевидний і виражається в діях особи, на підставі та завдяки яким (способам) відбувається набуття права власності.

З цього випливає, що у набутті права власності волевиявлення має двоякий характер: з одного боку, воно може проявлятися у рішенні здобути щось, а з іншого, – залишити здобуте у себе (як то має місце при первісному набутті права власності). Інакше право власності не виникне. Як влучно вказував К. П. Победоносцев, «необходимо взять, принять, для того чтобы приобрести, усвоить себе» [7, с. 303]. Останнє продумується і зважується особою з огляду на певні міркування та потреби, оскільки особи набувають майно у власність, а закон закріплює його за ними не заради самої належності майна, а для того, щоб його можна було використовувати з певною метою: для задоволення особистих потреб, організації виробництва тощо [2, с. 379].

Звісно, на волю впливають різні чинники. Вона зумовлюється, насамперед, рівнем свідомості людини, її

бажаннями та прагненнями, які, в свою чергу, зумовлюються іншими чинниками. Але все це виходить за межі права і стосується культури, релігійності людини та ін. Утім, так чи інакше не можна заперечувати, що свою волю формує сама людина. Загальновідомо, що носій суб'єктивного права власності розпоряджається майном на власний розсуд, але зважаючи на права і законні інтереси третіх осіб та суспільства. Тобто власник має не тільки враховувати свої потреби та інтереси, а й зміркувати свою поведінку з тими порядками та нормами, які існують в даному суспільстві [4, с. 9]. Це і його моральні засади, і права інших власників, всього оточення особи. Щодо цього законодавство містить найбільш загальні приписи, якими встановлюються не тільки міри дозволеного, а й межі та обмеження (про це йдеться у ч. 2 та 5 ст. 319 ЦК). В протилежному разі неконтрольованість волі осіб призведе до правового свавілля. Трапляються й висловлювання про межу (міру) не самого права власності, а його набуття, що пов'язується з правонаступництвом: набувач одержує можливості, визначені межами правомірного поводження право попередника. Якщо ж право власності набувається вперше, межа правомірного поводження визначена нормами об'єктивного права [10, с. 10].

Нормальним є те, що особа бажає бути власником. Але, якщо її дії, наприклад, стосовно заволодіння майном, будуть насильницькими та порушуватимуть права інших осіб, вони не повинні визнаватися суспільством та державою, адже вони є правопорушенням. Так, якщо крадій вкрав чуже майно, то він заволодів ним, однак таке заволодіння не може привести до правонабуття, оскільки його дії є протиправними та забороненими, а він сам стає недобросовісним набувачем.

Не даремно законодавець приділяє багато уваги розмежуванню правового становища добросовісного і недобросовісного набувачів. В останнього і майно може бути витребувано без будь-яких застережень, і всі доходи, які він одержав або міг одержати за весь час володіння чужим майном (ч. 2 ст. 390 ЦК), і вартість поліпшень майна йому не відшкодовуються, крім необхідних витрат на утримання цього майна (ч. 3 та 4 ст. 390 ЦК), і правила про набувальну давність на нього не поширюються (ст. 344 ЦК). Ці та інші аспекти правового становища недобросовісного набувача як прояв вад волі, що не враховувала засади добросовісності намірів та поведінки, стали предметом досліджень багатьох учених [3, с. 69–74; 6; 8; 11].

З наведеного випливає, що дії з набуття права власності повинні бути правомірними та добросовісними, тобто відповідати приписам закону, не порушувати прав інших осіб.

Раніше поширеним було уявлення про те, що передання речі особою, яка не мала на неї права власності, навіть теоретично не могло привести до набуття іншою особою права власності. Вказувалось: «*Nemo ad alium plus juris transferre potest, quam ipse habet* (если передающий не имеет право собственности, то не может его иметь и получающий)» [9, с. 197]. Останнім часом ситуація кардинально змінилася, що пояснюється, насамперед, потребами цивільного обороту, який має бути забезпечений відсутністю такого роду труднощів. Дійсно,

при сучасному тотальному світовому обороті поява осіб, які заявлятимуть про своє право власності і вимагатимуть виндиціювання майна, гальмування динамічних та всеохоплюючих процесів, є неможливим та не виправданим.

Утім, слід прислухатися до вислову К. І. Скловського про те, що потреби обороту самі по собі не є юридичним феноменом і можуть лише так або інакше відображатися в юридичних формах. Головним юридичним чинником, який протистоїть необмеженому пріоритету власності, є добра совість власника [12, с. 116].

Так чи інакше, а з часом наведений давньоримський постулат зводився нанівець і замінювався німецьким підходом: «*Hand muss Hand wahren*» (буквально – «Рука відповідає за руку»), що надавало добросовісному набувачеві можливості безповоротно одержувати майно у власність [1, с. 170].

Воля має бути свідомо спрямована на набуття права власності не забороненими законом діями і з додержанням вимог закону. При цьому правомірність стосується не тільки дій особи, у якої виникає право власності, а й інших осіб – законних представників осіб з неповною дієздатністю (обмежено дієздатних, недієздатних).

Усі ці аспекти волі та волевиявлення проявляються у різних підставах та способах набуття права власності. Так, вони впливають на дійсність правочинів щодо набуття права власності, котрі тягнуть за собою виникнення права власності або навпаки – не породжують такого наслідку.

Отже, принцип добросовісності має значення для: а) самого набуття права власності; б) способів набуття права власності; в) процедури набуття права власності; г) особи-набувача.

Це стосується, насамперед, волі власника, який втрачає своє право на майно з відповідним набуттям права у іншої особи. Остання ж, зазвичай, має виражати свою волю на те, аби стати власником. Дійсно, не маючи бажання набути право власності на об'єкт (заволодіти певним майном (річчю) чи здійснити правонабуття на підставі договору та ін.), особа не може бути примушена це зробити: ні іншою фізичною чи юридичною особою, ні навіть державою.

Не менше значення має й добросовісність дій особи, яка заволоділа загубленою річчю (ст. 337, 338 ЦК); затримала бездоглядну домашню тварину (ст. 340 і 341 ЦК); знайшла річ, від якої власник відмовився (ст. 336 ЦК), бо в цьому разі особа має чітко усвідомлювати, чи переконливо свідчить становище речі про те, що вона від неї відмовилася.

На перший погляд, воля власника речі при знахідці чи при набутті права власності на безхазяйне майно не береться до уваги. Між тим законодавець похідним чином урахує волю власника, забезпечуючи набуття права власності механізмом, до складу якого входять строки або умови, завдяки яким власнику надається можливість повернути майно собі до позбавлення права на нього. Прикладом встановлення строків, зі спливом яких особа може набути право власності, є набуття права власності:

– на безхазяйне майно (ст. 335 ЦК) – нерухоме майно береться на облік органом, що здійснює державну

реєстрацію прав на нерухомість, і протягом року власнику майна надається можливість відреагувати на це;

– на знахідку – протягом шести місяців робиться спроба відшукати власника;

– на бездоглядну домашню тварину – так само;

– за набувальною давністю на нерухомість 10 або 15 років залежно від підстав заволодіння цим майном (без договору чи за договором) і 5 років для рухомого майна.

При набутті права власності внаслідок *specificatio* принцип добросовісності в ЦК прямо не визначено, але його дія також є очевидною. Відповідно до п. 2 ст. 332 ЦК особа, яка самочинно переробила чужу річ, не набуває право власності на нову річ і зобов'язана відшкодувати власникові матеріалів їх вартість. Отже, добросовісність у даному виді правонабуття на чужі речі полягає в узгодженості дій щодо перероблення речі переробником з власником речі, що переробляється.

Крім строків механізм набуття права власності включає й умови, які являють собою виконання дій особами, що мають намір стати власниками, і органами держави чи органами місцевого самоврядування, а саме:

– повідомлення особою, яка знайшла річ, власника або орган міліції чи орган місцевого самоврядування;

– публікація в друкованих засобах масової інформації про взяття майна на облік як безхазяйного (ч. 2 ст. 335 ЦК).

До того ж власник і сам мав додержуватися приписів закону, і в разі відмови від свого майна повідомити про це орган, що здійснює державну реєстрацію нерухомості (ст. 347 ЦК). Але, незважаючи на це і враховуючи, що нерухомість не можна загубити, а стан такого майна свідчить про те, що хазяїна в нього немає, все ж таки робиться ще одна спроба відшукати власника.

Що стосується рухомого майна, від якого власник відмовився, то сам його стан свідчить про те, що на це була воля власника.

Все це доводить, що воля власника майна в цих випадках не нехтується. Теорії та законодавству відомі випадки і так званої мовчазної згоди власника на привласнення його майна. Йдеться про особливе право одностороннього присвоєння за мовчазною згодою власника, яке належить до категорії «*Gestaltungsrechte*» та надається державою історично, спочатку наближеним особам, а потім – усім бажаючим. Б. Б. Черепакін до цих випадків відносив:

– присвоєння так званих диких плодів (ягід, грибів, польових та лісних квітів, моху та ін.);

– добування та присвоєння корисних копалин [15, с. 83].

На сучасному етапі відбулися значні зміни, особливо зросла зацікавленість у корисних копалинах, так що держава, безсумнівно, не стане мовчазно погоджуватися з їх добуванням і використанням. Між тим у цілому можна погодитися з тим, що волевиявлення власника при такому виді первісного правонабуття як при-

своєння диких плодів наявне. Власник, хоча і не активно, але все ж виявляє свою волю щодо відчуження його власності. Вважаємо, що в цих випадках слід говорити про те, що набуття права власності в такі способи взагалі не ставиться в залежність від волі власника, оскільки тут спрацьовує інша правова категорія – презумпція того, що народ, у чийй власності перебуває це природне багатство, може його безперешкодно використовувати.

Отже, воля є найважливішим показником для набуття особою права власності, оскільки вона властива дїм, з якими пов'язується правонабуття. При цьому важливо помітити, що береться до уваги як воля власника речі, право на яку виникає у іншій особі, так і воля останньої. Втілення ж цих волей у різні механізми відбувається за приписами закону.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Векитерн М.* Основы вещного права / Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии: пер. с нем. / Под ред. В. Бергманна. – М.: БЕК, 2001. – 205 с.
2. *Грибанов, В. П.* Осуществление и защита гражданских прав – М.: Статут, 2000. – 411 с. (Классика российской цивилистики).
3. *Дзера О. В.* Институт права собственности за новим цивільним законодавством і європейські стандарти з охорони права власності // Університетські наукові записки. – 2005. – № 1–2. – Часопис Хмельницьк. ун-ту управління та права. – С. 69–75.
4. *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве – М.: Госюриздат, 1958. – 182 с.
5. *Лисаченко А. В.* Приобретение права собственности: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Екатеринбург, 2002. – 195 с.
6. *Моргунов С. В.* Виндикация в гражданском праве. – М.: Статут, 2006 – 301 с.
7. *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. – М.: Статут, 2002. – 800 с. (Классика российской цивилистики.)
8. *Погребняк С.* Втілення принципу добросовісності в праві // Вісник Акад. прав. наук України. – 2007. – № 2. – С. 13–24.
9. *Покровский, И. А.* Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – 353 с. (Классика российской цивилистики.)
10. *Попович М. М.* Приобретение права собственности в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Рязань, 2002. – 198 с.
11. *Рахмилович В. А.* О праве собственности на вещь, отчужденную неуправомоченным лицом добросовестному приобретателю: К вопросу о приобретении права от неуправомоченного // Проблемы современного гражданского права. – М.: Городец, 2000. – С. 126–144.
12. *Скловский К. И.* Об идеологии защиты владения в советском гражданском праве // Проблемы современного гражданского права: сб. ст. / Отв. редакторы В. Н. Литовкин, В. А. Рахмилович (памяти С. Н. Братуся). – М., 2000. – С. 113–125.
13. *Скловский К. И.* Собственность в гражданском праве. 4-е изд., перераб., доп. – М., 2008. – 922 с.
14. *Цивільний кодекс України: Кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.*
15. *Черепакін Б. Б.* Труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2001. – 479 с. (Классика российской цивилистики).

ОБМЕЖЕННЯ ДІЄЗДАТНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Зозуляк О. І.,

здобувач відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

Цивільним кодексом України (далі – ЦК), прийнятим 16 січня 2003 року, суттєво реформовано більшість інститутів цивільного права, зокрема інститут юридичної особи. Особливої уваги заслуговує включення до цивільного законодавства норм, присвячених такій правовій категорії як дієздатність юридичної особи.

Термін «дієздатність» відомий цивілістичній науці. У цивільно-правовій доктрині висловлюються різні думки щодо даного поняття. Наприклад, Я. Р. Веберс вважав, що дієздатність включає в себе дві здатності: здатність до вчинення правомірних юридичних дій (правочиноздатність) та здатність до відповідальності за правопорушення (деліктоздатність) [1]. Л. Г. Кузнецова зміст дієздатності розуміє дещо ширше, включаючи у нього здатність набувати для себе цивільні права та створювати для себе обов'язки; здатність здійснювати своїми діями належні даній особі права та виконувати покладені на неї обов'язки; здатність своїми діями припинити наявні у даної особи права та обов'язки [2]. А С. М. Братусь вважав, що до складу цивільної дієздатності необхідно включити здатність до вчинення протиправних дій [3].

Не зупиняючись детально на різних підходах науковців при визначенні поняття та змісту дієздатності, зауважимо лише, що більшість із них присвячені аналізу дієздатності фізичних осіб. А от щодо осіб юридичних, то проблемні моменти визначення їх дієздатності видаються малодослідженими. Пояснення такої ситуації знаходимо у відсутності в ЦК УРСР 1922 р. та ЦК УРСР 1963 р. норм, які б регулювали питання, пов'язані із реалізацією дієздатності юридичних осіб. Дійсно, цивільне законодавство радянського періоду дієздатність юридичної особи отожднювало із її правоздатністю, а відтак, дієздатність не виокремлювалась як самостійний елемент правосуб'єктності організації.

У ЦК вміщено ст. 92 під назвою «Цивільна дієздатність юридичної особи», де вказується, що юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону [4]. Отже, бачимо, що дана стаття, попри всю свою назву, в першу чергу, визначає способи та порядок реалізації дієздатності юридичної особи, залишаючи поза увагою визначення поняття та зміст дієздатності останньої. Треба погодитися з думкою, що така позиція законодавця пояснюється тим, що оскільки щодо юридичних осіб ці два поняття практично завжди існують нерозривно, то наявність правоздатності у організації означає одночасно, що вона володіє дієздатністю [5]. Аналогічна позиція прослідковується і у російському законодавстві. Звертаючи увагу на дану проблему, Н.В. Козлова припускає, що відсутність легального визначення поняття дієздатності зумовлена тим, що в силу штучної природи юридичної особи її дієздатність реалізується через органи управління, створені із людей [6].

Оскільки в межах однієї статті висвітлити всі питання, пов'язані із дієздатністю юридичних осіб, буде досить складно, спробуємо дослідити окремі аспекти правового регулювання даної категорії, зокрема, щодо проблем обмеження дієздатності організацій.

На відміну від осіб фізичних, дієздатність яких залежить від віку, стану здоров'я та інших чинників

(ст. 31–36 ЦК України), усі юридичні особи, незалежно від характеру та обсягу їх правоздатності, за загальним правилом, наділені рівною дієздатністю. З цього приводу В. А. Плотніков зазначає, що юридична особа не може мати неповну дієздатність, не може бути обмежена в дієздатності чи визнана недієздатною [7].

Проте в умовах сьогодення виникають ситуації, коли юридична особа обмежується у дієздатності. Хоча у ЦК України таких випадків безпосередньо не визначено, аналіз окремих законів та судової практики свідчить про те, що такого роду обмеження все-таки мають місце.

Так, для прикладу, в ч. 1 ст. 13 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» вказано, що з метою забезпечення майнових інтересів кредиторів в ухвалі господарського суду про порушення провадження у справі про банкрутство або в ухвалі, прийнятій на підготовчому засіданні, вказується про введення процедури розпорядження майном боржника і призначається розпорядник майна. А у ч. 11 цієї ж статті визначено, що після призначення розпорядника майна і до припинення процедури розпорядження майном органи правління боржника не мають права без згоди розпорядника майна приймати рішення про: реорганізацію (злиття, приєднання, поділ, виділення, перетворення) і ліквідацію боржника; створення юридичних осіб або про участь в інших юридичних особах; створення філій та представництв; виплату дивідендів; проведення боржником емісії цінних паперів; вихід із складу учасників боржника юридичної особи, придбання в акціонерів раніше випущених акцій боржника.

Рішення про участь боржника в об'єднаннях, асоціаціях, спілках, холдингових компаніях, промислово-фінансових групах чи інших об'єднаннях юридичних осіб приймається органами управління боржника за згодою розпорядника майна. Керівник або орган управління боржника виключно за погодженням з розпорядником майна укладає угоди щодо: передачі нерухомого майна в оренду, заставу, внесення зазначеного майна як внеску до статутного фонду господарського товариства або розпорядження таким майном іншим чином; одержання та видачі позик (кредитів), поручительства і видачі гарантій, уступки вимоги, переведення боргу, а також передачі в довірче управління майна боржника; розпорядження іншим майном боржника, балансова вартість якого становить понад один відсоток балансової вартості активів боржника.

Повноваження керівника боржника або органів управління боржника, покладені на них відповідно до законодавства чи установчих документів, можуть бути припинені у разі, якщо ними не вживаються заходи щодо забезпечення збереження майна боржника, створюються перешкоди діям розпорядника майна чи допускаються інші порушення законодавства. В такому разі виконання обов'язків керівника боржника ухвалою господарського суду тимчасово покладається на розпорядника майна до призначення в порядку, визначеному законодавством та установчими документами, нового керівника боржника [8]. Така позиція законодавця дуже наочно демонструє нам ситуацію, коли боржник – юридична особа фактично не має права реалізовувати

свою дієздатність самостійно, а з допомогою розпорядника майна.

Проблемні питання обмеження дієздатності юридичної особи в ході процедур банкрутства є предметом наукових досліджень російської вченої О. М. Сьоміної. Аналізуючи російське законодавство, що регулює відносини банкрутства, автор звертає увагу на звуження обсягу дієздатності юридичної особи-боржника в період процедур зовнішнього управління та конкурсного процесу. В ході першої із цих процедур керівник боржника відсторонюється від посади і навіть може бути звільнений, а решта органів управління боржника виконують лише окремі елементи його дієздатності. В ході конкурсного процесу керівник та органи управління боржника фактично не діють. Вчена наголошує на звуженні та розширенні обсягу дієздатності залежно від стадій розгляду справи про банкрутство. Так, на стадії фінансового оздоровлення дієздатність боржника, порівняно із стадією спостереження, значно розширюється [9]. В контексті дослідження проблем обмеження правосуб'єктності юридичних осіб у сфері випуску цінних паперів Л. Ю. Добриніна також звертає увагу на обмеження дієздатності юридичної особи-боржника внаслідок введення зовнішнього спостереження. Авторка зазначає, що у відповідності із російським законодавством органи управління юридичної особи в ході даної процедури не вправі приймати рішення про розміщення облігацій та інших емісійних цінних паперів [10].

Інша ситуація, що безпосередньо вказує не на що інше як на обмеження дієздатності юридичної особи, стосується правового режиму майна державних унітарних підприємств, які згідно із ч. 8 ст. 73 Господарського кодексу України (далі – ГК) діють як державні комерційні підприємства та казенні підприємства [11]. У ч. 3 ст. 73 ГК визначено, що майно державного унітарного підприємства перебуває у державній власності і закріплюється за ним на праві господарського відання чи оперативного управління. А в ч. 2 ст. 74 даного кодексу конкретизовано, що майно державного комерційного підприємства закріплюється за ним на праві господарського відання, що звужує його дієздатність. На підтвердження даної позиції достатньо вказати, що відповідно до ч. 5 ст. 75 ГК державне комерційне підприємство не має права безплатно передавати належне йому майно іншим юридичним особам чи громадянам, крім випадків, передбачених законом. Відчужувати, віддавати в заставу майнові об'єкти, що належать до основних фондів, здавати в оренду цілісні майнові комплекси структурних одиниць та підрозділів державне комерційне підприємство має право лише за попередньою згодою органу, до сфери управління якого воно входить, і, як правило, на конкурентних засадах.

Аналогічною є позиція законодавця у визначенні правового режиму майна комунального унітарного підприємства. Відповідно до ч. 3 ст. 78 ГК майно комунального підприємства перебуває у комунальній власності і закріплюється за ним на праві господарського відання (комунальне комерційне підприємство) або на праві оперативного управління (комунальне некомерційне підприємство).

Ще вужчим є обсяг дієздатності казенних підпри-

ємств, майно за якими відповідно до ч. 3 ст. 76 ГК закріплюється на праві оперативного управління. У ч. 3 ст. 77 цього ж кодексу закріплено положення, згідно з яким орган, до сфери управління якого входить казенне підприємство, здійснює контроль за використанням та збереженням належного підприємству майна і має право вилучити у казенного підприємства майно, яке не використовується або використовується не за призначенням, та розпорядитися ним у межах своїх повноважень. Казенне підприємство не має права відчужувати або іншим способом розпоряджатися закріпленим за ним майном, що належить до основних фондів без попередньої згоди органу, до сфери управління якого воно входить. Вищенаведені приклади свідчать про суттєве обмеження цивільної дієздатності казенного підприємства.

На проблему, пов'язану із обмеженням дієздатності юридичної особи, звертає увагу І. Р. Калаур. На підтвердження своєї позиції вчений наводить приклади, коли фактично виконавчий орган юридичної особи відсутній чи не функціонує, або не може здійснювати своїх повноважень. Автор наводить окремі випадки, які підтверджують правильність такого твердження, зокрема:

- у товаристві, що складається з двох учасників із рівними частками, учасники не можуть дійти згоди про кандидата на посаду директора;

- керівник юридичної особи переховується від слідства і суду, місце знаходження його невідоме;

- збори учасників товариства обрали директора, а директор визнаний судом недієздатним;

- директор написав заяву про звільнення за власним бажанням, однак збори не розглянули її. Через два тижні директор вважає, що відповідно до ст. 38 КЗпП України трудові відносини припинилися. Про це він повідомляє податкову інспекцію і банк. Печатку та наявну у нього документацію передає на зберігання нотаріусу;

- усі члени громадської організації написали заяви про вихід із об'єднання, а повноваження голови правління закінчилися. Вищий орган складається з членів організації, яких немає, тому збори не збираються і не можуть обирати виконавчі органи [12].

Питання, пов'язані із обмеженням дієздатності юридичної особи, у своїх працях досліджує В. С. Щербина. Автор, зокрема, зазначає, що одержання ліцензії на провадження певних видів господарської діяльності стосується якраз дієздатності юридичної особи, а не її правосуб'єктності, адже саме в процесі такої діяльності юридична особа і здійснює свої права та обов'язки [13].

Вищенаведене надає змогу стверджувати, що питання обмеження дієздатності юридичної особи в науковому аспекті є дослідженими в недостатньому обсязі, а на законодавчому рівні – врегульовані не в повній мірі. Зрозуміло, що через значну кількість підстав, якими фактично обмежується дієздатність юридичної особи, у ЦК України не вдається закріпити їх вичерпний перелік. У зв'язку з цим пропонуємо законодавцю ст. 92 ЦК України доповнити нормою такого змісту: «Дієздатність юридичної особи може бути обмежена судом у передбачених законом випадках».

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Веберс Я. Р. Правосуб'єктность граждан в советском гражданском и семейном праве. – Рига: Зинатне, 1976. – С. 124.

2. Кузнецова Л. Г. Развитие института дееспособности граждан в новом гражданском законодательстве // Правоведение. – 1965. – № 4. – С. 80.

3. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1950. – С. 14.

4. Цивільний кодекс України від 16. 01. 2003 року // Голос України. – 2003. – 12–13 березня.

5. Цивільне право України: Підручник / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. – К.: Істина, 2003. – С. 122.

6. Козлова Н. В. Правосуб'єктність юридического лица. – М.: Статут, 2005. – С. 35.

7. Плотников В. А. Неосторожность как форма вины в гражданском праве. Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1993. – С. 65.

8. Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 30 червня 1999 року // Відомості Верховної Ради. – 1999. – № 42–43. – Ст. 379 (із змінами і доповненнями).

9. Семіна А. Н. Правоспособность и дееспособность юридического лица-должника в ходе процедур банкротства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 21.

10. Добрынина Л. Ю. Правосуб'єктність юридических лиц и ее ограничения по выпуску ценных бумаг. – Правоведение. – 2001. – № 1. – С. 141.

11. Господарський кодекс України від 16. 01. 2003 року // Голос України. – 2003. – 14 березня.

12. Калаур І. Р. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення власності юридичної особи. Дис. ... канд. юрид. наук. – Івано-Франківськ, 2004. – С. 26–27.

13. Щербина В. С. Суб'єкти господарського права: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 13.

РОЗВИТОК ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН СПІЛЬНОЇ ЧАСТКОВОЇ ВЛАСНОСТІ ФІЗИЧНИХ ОСІБ В УКРАЇНІ

Романович С. М.,

*здобувач відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

З набуттям Україною незалежності відбулися суттєві зміни у соціально-економічному житті українського суспільства, що знаменували собою фактичне відродження приватної власності, після того як тривалий час радянське цивільне законодавство обмежувало фізичних осіб у праві приватної власності та можливості створення права спільної часткової власності. Тому аналіз розвитку правового регулювання відносин власності, виявлення його позитивних та негативних сторін є дуже актуальним, оскільки допоможе в майбутньому використати лише його здобутки та уникнути зроблених прорахунків.

Метою даної статті є аналіз розвитку правового регулювання спільної часткової власності в Україні.

Інститут права власності в усі часи та у будь-якій державі займав центральне місце в приватному праві, оскільки саме від його основних положень залежить зміст всіх інших цивільно-правових інститутів.

Розвиток інституту права власності в Україні можна охарактеризувати такими етапами: період Київської Русі; литовсько-польський період; період правового режиму козацької власності; період поширення російського законодавства в Україні; період незалежності.

Першим писаним нормативно-правовим актом, що врегулював відносини власності на Русі, виступала Руська Правда. В ній вперше були зафіксовані існуючі у східних слов'ян звичаї та юридичні традиції щодо порядку врегулювання майнових відносин. Однак загального терміна для позначення як власності, так і її окремих видів ще не було. Його ж зміст, головним чином, залежав від того, хто виступав суб'єктом і що виступало як об'єкт права власності. Як зазначає В. І. Сергєєвич, власне слово (термін) «власність» в «древнее время не было известно. Вместо него употреблялись описательные выражения: моя, твоя земля, моя купля, купил в прок, в дернь» [1, с. 524–525]. Однак статті 13, 14 Короткої Правди дають змогу зробити висновок, що право власності відрізняли від права володіння. Так,

«власник» мав право на повернення свого майна із чужого незаконного володіння на основі чітко встановленої процедури, а винний у незаконному заволодінні річчю зобов'язаний був повернути річ її законному власнику, а також сплатити штраф у розмірі 3 гривні за заповідяну його діями «обиду» (шкоду) [2, с. 63–64].

У Київській Русі розрізнялися такі форми власності: державна, общинна та індивідуальна (приватна) власність, яка відігравала вирішальну роль. Так, власник, за Руською Правдою, мав право розпоряджатися майном, вступати в договори, одержувати доходи з майна, вимагати захисту належного йому майна при зазіханні інших осіб на це майно [3, с. 39].

Найголовнішим серед об'єктів права власності виступала земля. Головним джерелом складання феодалної земельної власності, про які Руська Правда подає достовірні відомості, були: а) роздача князем земель за службу і для служби; б) освоєння вільних земель («заїмка» й «займанщина»); в) пряме захоплення общинних земель («окняжіння» й «обоярення» землі); г) купівля; д) дарування; е) спадкування; є) міна [3, с. 43].

Поняття спільної (а тим більше спільної часткової) власності також не існувало в Київській Русі. Однак чітко врегулювання порядку спадкування дає підстави припускати існування спільної власності. Пріоритетним було спадкування за заповітом, за яким законною часткою забезпечувались всі члени родини спадкодавця. Так, в Руській Правді був закріплений загальний принцип спадкування: «Аже кто умирая разделитъ дом своимъ детем, на том же стояти; паки ли без ряду умреть, то всемъ детем, а на самого часть дати души» [4, с. 633]. Однак дочки спадкодавця були обмежені в спадкуванні за заповітом, вони отримували лише «часть» – виділ із загальної спадкової маси. Порядок спадкування за законом в Руській Правді був чітко врегульований тільки для селян (смердів) та бояр. Особливістю було те, що князь мав повне право на всю спадщину померлого смерда, фактично його спадкоємці, які були прикріп-

лені до землі, успадковували лише «право володіння» на засоби виробництва. Сестри ж при братах не одержували спадщини, але останні повинні були видати їх заміж. При спадкуванні за законом для боярина відповідних обмежень, у тому числі для дочок, не існувало. Таким чином, як зазначає В. Є. Рубаник, спеціальний порядок спадкування для смердів і бояр (тобто «княжих людей») є способами досягти потрібного результату: для смерда заборона спадкування дочками не дозволяла майну (і, в першу чергу, землі, як основному засобу виробництва) вийти за межі князівського впливу; для бояр (дружинників) – спадкування (у тому числі й дочками) забезпечувало знов-таки те саме – залишення майна (і особливо землі) у межах однієї соціальної верстви [4, с. 54–58].

У період перебування українських земель у складі Великого князівства Литовського одним із важливих джерел, якими врегульовувалися відносини власності, виступала «Пруська Правда», з якої очевидним стає існування у литовських землях як суб'єкта права власності селянської общини, добре відомої у руських землях, і втілення у правовий побут аналогічних приписів – про захист права власності селянина, його особистості, встановлення порядку поділу і спадкування майна тощо [5, с. 114–115].

В той же час посилюлися процеси складання феодального землеволодіння. Оскільки земля була центральним об'єктом права власності, тому найбільшими власниками землі виступали сам великий князь, а також представники найзначніших родів – магнати та шляхта. Відповідно, їх статус був найбільш чітко вираженим, закріпленим на законодавчому рівні і найповніше захищав їх права. Литовсько-руським законодавством серед основних способів набуття права власності виділялися такі: а) окупація; б) пожалування; в) цивільні угоди; г) давність; припинялося набуте на законних підставах право власності (за винятком пожалування та окупації) за тих самих умов для іншої сторони, а пожалувані речові права припинялися за трьома підставами: 1) внаслідок позбавлення майнових прав; 2) конфіскацією; 3) експропріацією [6, с. 122].

Про існування спільного майна з частками, хоча і не закріпленого в законодавстві, можна судити із порядку спадкування, що впливає із судового рішення початку XIV ст. Так, М. О. Максименко зазначав, що «завичай чоловік заповідав дружині частину свого майна, яка називалася венон. Вдова могла розпоряджатися даним венон як власниця. Однак, якщо венон не було відписане їй, в такому разі вона отримувала право на пожиттєве користування частиною спадкового майна. Наприклад, в одному судовому рішенні початку XVI ст. цей порядок виражався так: «которая вдова по мужу своим останець, а вен записаного, ани жадное оправы отъ мужа своего мети не будеть, таковая часть мети дерми маеть мети и тую часть маеть держать и вживати до своего жывот, а по ее смерти тая часть зася на детей спасти маеть». Із інших актів Литовської Метрики видно, що ця частина матері-вдови була рівна з тими частинами, які отримували сини [6, с. 123].

Право власності в українських землях за давнім польським правом мало свої особливості. Зокрема, у той період діяли норми, які відносились як до власне

польського, іменованого також «земським правом», так і до німецького права [7, с. 104]. Близько 1420–1423 рр. був введений в дію один загальний суддебник, який мав назву «Повного зводу статутів Казимира II Великого». Окрему групу нормативно-правових актів, якими регулювалися відносини власності, становили привілеї та імунні грамоти, що видавалися баронам і магнатам [8, с. 737].

Для польського права поняття права власності було відоме з Раннього Середньовіччя, але поширилося не раніше XVI ст. До того, як зазначають дослідники, широко вживаним було не визначення «власність» (від «володіти»), а «дідизна», – тобто «вічне», успадковане «від дідів» [9, с. 134]. Про спільну часткову власність в польському праві ще не йшлося.

Головним об'єктом правового регулювання виступала земля, яка становила власність сімейної громади та найчастіше мала характер нероздільної. Визначалась вона як «власність спільної руки» та характеризувалась рівністю прав учасників. Однак члени сімейної громади не мали права на реальну частку майна; у разі смерті члена спільності його майнові права не переходили до спадкоємців, загальне надбання лише збільшувалося [11, с. 41–42]. Були відомі також частково неподільні спільності, які поєднували індивідуальну власність на орну землю із спільним володінням лісами, полями і водами. [11, с. 97–98].

Про існування спільної власності свідчить своє рідний поділ майна на успадковане (родове) та придбане (нажите). Так, успадкованим майном вважалося те, яке було одержане від предків. Назва його – «дідизна» вказувала на те, що сімейне надбання піддавалося поділу найчастіше у третьому поколінні: після смерті діда між батьком і дорослими вже синами, якщо воно не залишалося у спільному володінні родини. Спадкоємне майно сприймалося як об'єкт майнових прав усієї родини – достатньо чітко це проявлялося в обмеженні права розпорядження цим майном, а також у тому, що воно не могло передаватися за заповітом поза колом спадкоємців, спеціально передбачених правовим приписом. Придбане майно поділялося, у свою чергу, на два різновиди: 1) майно, подароване князем (королем), яким можна розпоряджатися вільно, 2) куплене майно. Однак з моменту переходу у спадщину придбане надбання ставало спадкоємним майном і підлягало всім обмеженням, установленим для такого роду майна.

Протягом XVI ст. приймаються три Литовські статуту (1529, 1566 і 1588 рр.), законодавчими приписами яких зменшується (звужується) коло суб'єктів права власності (селяни остаточно позбавляються права власності на землю). Згідно з актом Люблінської унії в цей період на українських землях діяв Литовський статут в редакції 1566 р. Відповідно до приписів литовського законодавства право власності на землю належало тільки шляхетському стану і було його виключним привілеєм, а в «Уставі на волоки» 1557 р. спеціально зазначалося, що селяни і все їх майно є власністю шляхти [12, с. 532].

Другий Статут (1566 р.), скасувавши усі обмеження шляхетської земельної власності, надав магнатам та шляхті право вільно розпоряджатися своїми землями і тими селянами, які проживали на них [13, с. 53–75].

Певних змін зазнали також майнові відносини подружжя. Так, їхнє майно поєднувалося в одне ціле, тим самим виникало їх спільне майно. Після смерті одного з подружжя спільне майно поділялося на дві частини: між тим із подружжя, хто залишився живим, та спадкоємцями. Таким чином, Річ Посполита закріпила у Литовському статуті право спільної часткової власності подружжя.

Особливим і дуже цікавим є спадкування часток за Литовським статутом. Так, було закріплено обмеження прав жінок при спадкуванні нерухомості – з метою збереження цього виду майна в роду і недопущення виходу за його межі. З ХУІІ ст. під впливами угорського права ці обмеження набули форми так званої чверті, сутність яких полягала у тому, що $\frac{3}{4}$ батьківського майна успадковували сини, а всі дочки (незалежно від того, скільки їх було) одержували лише $\frac{1}{4}$ майна. Материнське ж майно всі діти, незалежно від статі, успадковували нарівно [3, с. 194].

Можна зробити висновок про фактичне існування як спільної сумісної власності, так і спільної часткової власності на українських землях, що входили до складу Речі Посполитої.

Після національно-визвольної війни 1648–1657 рр. фактично ліквідується монополія шляхти, магнатів і церкви у праві власності на землю. У тогочасному законодавстві існувала колективна і приватна (індивідуальна) власність. Земля, як основний об'єкт права власності, стає предметом вільної купівлі-продажу. На території Січі та Запорізьких Вольностей земля, мисливські та рибальські угіддя, нерухомість перебували у загальновійськовій власності. Однак шляхом вільної займанщини кожний запорожець міг претендувати на ту кількість земельної ділянки, яку міг своїми силами чи коштом обробити. Об'єктом приватної власності козаків могло також виступати різноманітне нерухоме і рухоме майно: житлові будинки, заїжджі двори, млини, кузні та ін. До способів набуття права власності відносили: 1) виготовлення речей власною працею; 2) отримання приплоду від худоби; 3) урожаю з «родючих» (плодових) дерев чи злаків; 4) частки при розподілі мисливської здобичі або улову риби; 5) прибутку від торгівлі; 6) майна або грошей за угодою; 7) спадщина; 8) знахідка; 9) закінчення строку давності володіння; 10) військова здобич [3, с. 267–269; 15, с. 63–64].

У козацькому звичаєвому праві не регулювалося право спільної часткової власності, хоча про її існування можна говорити, оскільки козаки могли спільно володіти та розподіляти на частки набуте ними майно. Особливих нововведень у правовому режимі козацької власності не було, скоріше це був подальший розвиток вже існуючих традицій.

На початку ХVІІІ ст. відбулися суттєві перетворення у всіх сферах життя і права завдяки численним реформам Петра І. Керівництво країною здійснювалося не за законами, а за царськими указами, чим фактично Петро І ліквідував існуючу до нього систему законодавства.

З метою максимального наближення тогочасної української правової системи до російської, було підготовлено фактично перший кодекс українського права – «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р.

В ньому були закріплені основні поняття і норми інституту права власності. Однак самого визначення і змісту права власності наведено не було. Закріплювалися первісні та похідні (вивідні) способи набуття права власності.

Основним об'єктом права власності, як і раніше, виступала земля, щодо якої існував особливий режим правового регулювання. Так, земельне володіння, як посаг, за жінкою не переходив, їй сплачувалась грошова компенсація за належну частку. Вперше було закріплене поняття та порядок спільного володіння землею чи лісом, встановлювався порядок користування такою власністю та порядок вирішення спорів між співвласниками (сябрами).

Наведений порядок спадкування та закріплений порядок володіння спільним майном дає всі підстави допускати про існування інституту спільної власності. В цілому «Правами, за якими судиться малоросійський народ» врегульований широкий спектр суспільних відносин та, як зазначав Ю. С. Шемшученко, незважаючи на те, що «Права» не одержали офіційного затвердження, вони переписувались в Україні від руки, їх застосовували і на них посилались судді при розгляді і вирішенні судових справ [10, с. 223].

Ще однією спробою систематизувати російське, в тому числі й українське законодавство, було створення «Зібрання малоросійських прав» 1807 р. В ньому вперше було систематизовано норми цивільного права, зокрема, про власність, про спадкування, сімейно-шлюбні та ін. правовідносини. Хоча «Зібрання малоросійських прав» не було офіційно затверджено, частково його норми були включені до Зводу Законів Російської імперії 1833 р.

Так, значним етапом у розвитку цивільного права і юридичної думки було складання і введення в дію Зводу Законів Російської імперії 1832 року, дія якого поширювалася по всій Російській імперії та українських землях, що входила до її складу. В статтях 20, 421 Зводу Законів було виділено дві основні форми власності: приватну і державну.

Праву спільної власності були присвячені відділ 1 глави 3 (ст. 543–549) та відділ 2 глави 2 (ст. 550–556) Зводу Законів. Так, у статтях 543 і 544 давалося визначення права спільної власності, за яким право власності, що належало двом чи більше особам на одне й те саме майно, називалося «правом власності спільної», воно також називалося «правом спільного володіння». Тобто чіткого законодавчого поділу на спільну часткову і спільну сумісну власність не було. Відповідно до ст. 543 доходи по нероздільному майну розподілялися між усіма співучасниками за відповідністю їх часток. Власники володіли, користувалися належним їм майном за спільною згодою, хоч закон і передбачав розпорядження одним із співвласників належною йому часткою без згоди на те інших (наприклад, для забезпечення зобов'язань). Також в законі було закріплене право переважної купівлі-продажу спільного майна. Детально регламентувався порядок розділу спільної власності. В основному це стосувалося розділу землі, яка перебувала у спільному володінні. Кожен власник мав право просити в повітовому суді вимежування належної йому землі із спільного володіння. Законом

ніхто не був зобов'язаний залишатися учасником у спільному маєтку, якщо не виявляв на те своєї згоди, тому кожний з учасників міг просити виділення частки у спільному володінні маєтком або ж уступити до розділу своє право на належну йому із загального володіння частку комусь іншому [14, с. 290].

Вперше на українських землях, що входили до Російської Імперії, на законодавчому рівні було закріплено регулювання відносин спільної власності, що, безперечно, є позитивним досягненням.

У ХХ ст. розвиток права власності характеризується відмовою або ж обмеженням приватної власності. В Україні радянського періоду, як і в інших республіках колишнього СРСР, основною правовою формою насамперед індивідуального привласнення благ був інститут не приватної, а особистої власності. Після Жовтневої революції 1917 р. та з поширенням режиму соціалістичної власності на знаряддя праці та засоби виробництва відбулося насильницьке знищення зароджених в Росії та інших республіках колишнього СРСР відносин капіталістичної приватної власності. Особиста власність передбачала індивідуальну форму присвоєння результатів своєї праці лише з метою задоволення особистих потреб. Таким чином, у всіх законодавчих актах дозволялося мати в особистій власності лише предмети вжитку, особистого споживання, комфорту і підсобного домашнього господарства, жилий будинок і трудові засади [16, с. 338].

Так, Цивільний кодекс 1922 р. значно обмежував коло об'єктів права власності. Зокрема, земля проголошувалась надбанням держави і не могла бути предметом цивільного обороту. Володіння нею допускалося виключно на праві користування. Правовий режим спільної власності регулювався статтями 61–65 ЦК 1922 р. Однак відносини спільної часткової власності ще не знайшли свого закріплення в ЦК УРСР 1922 р.

В ЦК УРСР 1963 р. детальніше, порівняно із ЦК УРСР 1922 р., врегульовано відносини спільної власності. Вперше у статтях 112–119 ЦК УРСР 1963 р. було закріплене правове регулювання відносин спільної часткової власності.

Зміст вищезазначених статей свідчить про те, що радянське цивільне законодавство обмежувало можливість створення права спільної власності та не передбачало існування права спільної часткової власності між громадянами та організаціями чи іншими суб'єктами.

Новий сучасний період розвитку права власності фактично почався в 1990 р., після набрання чинності Законом України «Про власність», що втілює у собі велику кількість прогресивних рішень. Законодавець відмовився від поняття «особиста власність», визначалися правомочності власника тощо. Законом було зняте обмеження щодо виникнення спільної власності (допускалося об'єднання майна, яке перебуває у власності громадян, юридичних осіб і держави, та утворення на цій основі змішаних форм власності). Закріплювалось існування спільної часткової та спільної сумісної влас-

ності. В Цивільному кодексі України 2003 р. відносини спільної часткової власності набули подальшого розвитку та дістали більш повне врегулювання. Були скасовані будь-які обмеження щодо складу та кількості майна, яке може перебувати у власності суб'єктів, виникли нові види майнових відносин.

Отже, проаналізувавши розвиток інституту права власності в Україні, можна виділити такі етапи його розвитку: період Київської Русі; литовсько-польський період; період правового режиму козацької власності; період поширення російського законодавства в Україні; радянський період; період незалежності.

Фактичне існування спільної часткової власності проглядається у законодавстві, що діяло на українських землях ще з давніх часів. У процесі розвитку суспільних відносин та впливу права інших держав, у склад яких входили українські землі, відбулося становлення інституту спільної часткової власності, що остаточно закріпився в Цивільному кодексі сучасної України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Сергеевич В. И.* Лекции и исследования по древней истории русского права. – 4-е изд. – СПб., 1910.
2. *Історія держави і права України / За ред. акад. АПрНУ А. Й Рогожина.* – Х.: Основа, 1993. – Ч. 1.
3. *Рубаник В. С.* Інститут права власності в Україні: проблеми зародження, становлення й розвитку від найдавніших часів до 1917 року: Історико-правове дослідження. – Х.: Легас, 2002. – 352 с.
4. *Греков Б. Д.* Правда Русская. Ч. 2. Комментарии. – М. – Л.: АН СССР, 1947.
5. *Пауто В. Т.* Несколько наблюдений над «Прусской Правдой». – М.: АН СССР, 1952.
6. *Боднарук Т. І.* Західно-руське право: дослідники і дослідження / Відп. ред. І. Б. Ксенко. – К., 2000. – 168 с.
7. *Ливанцев К. Е.* История государства и права феодальной Польши XIII–XIV вв. – Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1958.
8. *Польская Правда XIII века // Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы / Под ред. В. М. Корещкого.* – М.: Госюриздат, 1961.
9. *Бардах Ю., Леснодорский Б., Пиетрчак М.* История государства и права Польши. – М.: Наука, 1980.
10. *Шемшученко Ю. С.* Права, за якими судиться малоросійський народ // Мала енциклопедія етнодержавознавства / НАН України. Ін-т держави і права ім. В. М. Корещкого – К.: Довіра; Генеза, 1996. – С. 223.
11. *Kutshaba St.* Historie zrodel dawnego prawa polskiego. – Т. 1.
12. *Устава на волюки 1557 г.* // Памятки, изданные Киевскою комиссиею для разбора древних актов. – Т. 1. – Отд. II. – К., 1898.
13. *Подозерская Г. Ф.* Второй Литовский статут. (К истории его составления) // Исторические записки. – М., 1945. – № 17.
14. *Музиченко П. П.* Історія держави і права України. – К.: Знання, КОО, 1999.
15. *Грозовський І. М.* Право власності на землю в Запорізькій Січі // Право України. – 1997. – № 8.
16. *Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової.* – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 1. – 736 с.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ ІПОТЕЧНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Корнієнко Ю. І.,

*науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

У сучасних умовах іпотека займає особливе місце серед способів забезпечення виконання зобов'язань. У правових системах світу, включаючи вітчизняну, іпотека розглядається як застава нерухомості, тобто застава найбільш коштовного майна. Вона забезпечує виключно дійсне зобов'язання, яке, у свою чергу, забезпечується заставним документом – іпотечним договором.

Іпотека, як і будь-який інший юридичний механізм забезпечення виконання зобов'язань, є саме тим Іструментом, який у комплексі з іншими заходами допомагає формувати надійні засоби правового регулювання та захисту інтересів учасників іпотечних правовідносин.

Переходу до цивілізованих форм іпотечного кредитування і масового поширення іпотеки сприятиме створення в Україні повноцінної законодавчої і нормативної бази. До чинників, які негативно впливають на розвиток іпотеки, слід віднести загальну нестабільність економіки, низький рівень доходів у більшості населення порівняно з вартістю нерухомості, недовіру людей до діяльності банківських і фінансових установ, недостатню участь держави у стимулюванні іпотечного кредиту.

На сучасному етапі розвитку цивілістичної науки спостерігається позитивна тенденція до вивчення процесів іпотечного кредитування. Інтерес до цієї проблеми обумовлений як відносно новизною інституту іпотеки для цивільних правовідносин, так і чисельними, поки що не вирішеними теоретичними та практичними питаннями і складнощами, які постають при реалізації прав, що випливають з іпотеки [1, с. 54]. У сучасній юридичній літературі до іпотеки виявлено відповідний інтерес, особливо помітний з розробкою і прийняттям Закону України «Про іпотеку».

Питанням іпотеки в Україні приділяли увагу відомі вчені: О. Грибанова, Н. Доценко, В. Марченко, В. Олійник, І. Пучковська, О. Любунь. Однак розпорошеність відомостей щодо іпотеки створює певні ускладнення.

Наразі рівень опрацювання проблем іпотеки є недостатнім, що не відповідає важливості цього інституту для розвитку цивільних правовідносин в державі. Прогалини у дослідженні інституту іпотеки та нюанси оформлення договору іпотеки призвели до того, що багато проблемних питань залишаються не вирішеними на практиці, сторонами правовідносин допускаються помилки, які потім вирішуються в судах. Саме цим обумовлена мета дослідження, адже тема розвитку інституту іпотеки та практика його застосування ще довго залишиться актуальною.

Розвиток заставних, зокрема іпотечних, відносин у світі зумовлюється багатоманітністю положень, закріплених у законодавствах різних країн, уніфікацією та гармонізацією цих положень.

Варто зазначити, що за англосаксонським правом сутність іпотеки є близькою до давньоримського інституту фідучії, коли предмет застави перебуває у власності заставодержателя, а за континентальною (романо-германською) системою права правова категорія запо-

зичена з давньоримської іпотеки. Так, у Великій Британії згідно із законом про власність 1925 р. іпотечною заставою вважається надання майна для забезпечення боргу, що може визначитися у вигляді іпотеки землі, передачі рухомого майна (включаючи майнові права). Іпотечною заставою також вважається обтяження будь-якого інтересу в рухомому та нерухомому майні, а також правочини на створення такого обтяження для забезпечення грошових зобов'язань, що підлягають грошовій оцінці.

Слід зазначити, що за законодавством Великої Британії іпотека може базуватися на загальному праві (legal mortgage), за яким передбачається передача заставоодержувачу титулу власності на заставлене майно, та праві справедливості (equitable mortgage), відповідно до якого передача титулу власності на заставлене майно не передбачається [2].

У США питання іпотеки регулюється законодавством штатів, хоча на федеральному рівні законодавчо регулюються відносини у сфері державного кредитування, банківської діяльності, обігу державних цінних паперів, федеральних земель, функціонування операторів вторинного іпотечного ринку, зокрема спеціальних іпотечних агентств. Згідно з нормами загального права, що діють в частині штатів, право власності на предмет застави на період іпотечного договору переходить до заставоодержувача. В іншій групі штатів іпотечне законодавство не передбачає передачі титулу власності на майно, що перебуває в іпотечній заставі, заставоодержувачу. В деяких штатах цієї групи кредитор може користуватися і володіти предметом іпотеки, якщо це обумовлено договором. Предметом іпотеки в США можуть бути земля, рухоме і нерухоме майно, майнові права [3].

У континентальній системі права спостерігається дещо інший підхід до регламентації іпотечних відносин, зумовлений самими принципами побудови цієї правової системи.

Зокрема, Німецьке цивільне уложення (НЦУ) визначення застави не містить, але розрізняє такі види як: застава нерухомості, рухомого майна і майнових прав. У НЦУ іпотека визначається так: «Земельна ділянка може бути обтяжена таким чином, що тому, на чю користь встановлено обтяження, належить виплата певної грошової суми з земельної ділянки для задоволення належної йому вимоги» (§ 1113) [4].

НЦУ розрізняє два види іпотеки: оборотну та забезпечувальну. Оборотна встановлюється шляхом видачі заставодержателю заставного свідоцтва установою, що веде поземельну книгу, якщо сторони не зазначили в ній відмову від отримання свідоцтва. Забезпечувальна іпотека являє собою «книжкову іпотеку» і не супроводжується видачею свідоцтва.

Слід зазначити, що українське законодавство про іпотеку містить чимало положень, запозичених саме з німецького законодавства, що є цілком виправданим і зрозумілим, адже вони мають спільні риси і належать

до пандектної системи права. Аналіз зарубіжного досвіду дає змогу стверджувати, що система іпотечного кредитування слугує одночасно розв'язанню соціальних та економічних проблем. Тому вдосконалення законодавства, що встановлює механізм застави нерухомого майна, сприятиме соціально-економічній ситуації в країні [5, с. 100].

Певною специфікою характеризується іпотека, яка має як речово-правові, так і зобов'язально-правові ознаки. Підтримується точка зору, що договір застави породжує два види відносин: по-перше, між заставодавцем та заставодержателем – зобов'язальні відносини як спосіб забезпечення виконання зобов'язання та, по-друге, речові відносини між заставодержателем та всіма третіми особами, в тому числі і власником речі, з приводу заставленої речі, на яку заставодержатель має певні абсолютні речові права (право вимагати її примусового відчуження, абсолютний захист, право слідування, право переваги і т. п.).

Відповідно до чинного законодавства про іпотеку іпотека виникає на підставі договору, закону або рішення суду. До іпотеки, яка виникає на підставі закону або рішення суду, застосовуються правила щодо іпотеки, яка виникає на підставі договору, якщо інше не встановлено законом. Іпотека має похідний характер від основного зобов'язання і є дійсною до припинення основного зобов'язання, виконання якого забезпечено іпотекою. Крім того, іпотекою можна забезпечувати виконання зобов'язання, яке може виникнути в майбутньому, але підставою для цього має бути договір, що набрав чинності. Якщо інше не встановлено законом або іпотечним договором, іпотекою також забезпечуються вимоги іпотекодержателя щодо відшкодування [7, с. 28].

Одним з найважливіших та найконфліктніших з юридичної точки зору є статус сторін договору іпотеки, їх взаємних прав та обов'язків. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про іпотеку» учасниками іпотечних відносин виступають іпотекодавець та іпотекодержатель. Іпотекодавцем та іпотекодержателем можуть виступати громадяни, юридичні особи і держава. Іпотекодержателем є кредитор за основним зобов'язанням. Іпотекодавцем може бути як боржник, так і третя особа (майновий поручитель). Введення такого положення передбачало розмежування на рівні термінів два види іпотекодавців. Іпотекодавця, який встановлює іпотеку в забезпечення свого зобов'язання, вирішено було називати боржником, а іпотекодавця, який встановлює іпотеку в забезпечення виконання зобов'язання іншої особи-боржника, – майновим поручителем [7, с. 27]. Згідно зі ст. 11 Закону України «Про іпотеку» майновий поручитель є іпотекодавцем відповідно до іпотечного договору і не несе відповідальності перед іпотекодержателем за виконання основного зобов'язання боржником. В разі порушення боржником основного зобов'язання майновий поручитель відповідає лише за задоволення вимоги іпотекодержателя нерухомим майном, що і є предметом іпотеки.

Деякі юристи дотримуються тієї точки зору, що до договору іпотеки не можуть застосовуватися положення окремого виду забезпечення виконання зобов'язання

(а саме – поруки). Майновий поручитель не є стороною основного договору, забезпеченого заставою (іпотекою). Він лише зобов'язується перед кредитором відповідати за виконання боржником договірних зобов'язань в межах вартості переданого ним у заставу (іпотеку) майна [7, с. 27].

Володіння, користування і розпорядження предметом іпотеки є надзвичайно важливим практичним аспектом іпотечного кредитування як для іпотекодавця, так і для банку – іпотекодержателя.

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про іпотеку» (далі – Закон) іпотекодавець має право володіти та користуватися предметом іпотеки відповідно до його цільового призначення.

Під володінням предмета іпотеки розуміється фактичне фізичне чи господарське панування іпотекодавця над майном, яке не поєднане з отриманням його корисних властивостей. Володіння може переходити до інших осіб (не власників) відповідно до закону чи договору.

Право користування означає можливість отримання корисних властивостей із речі відповідно до її призначення. Право користування неможливо без фактичного володіння предметом іпотеки і тому право користування здійснюється лише в поєднанні з її володінням. При користуванні предметом іпотеки іпотекодавець повинен не припускати погіршення стану предмета іпотеки та зменшення його вартості понад норми його звичайної амортизації (знос). У вказаній правовій конструкції, враховуючи її диспозитивний характер, підкреслено причинний зв'язок стану іпотечного майна і його вартості внаслідок впливу на них іпотекодавця.

Відповідно до вимог ст. 9 Закону іпотекодавець має також право розпорядження предметом іпотеки. Право розпорядження – це право іпотекодавця визначити юридичну долю предмета іпотеки, аж до передачі права власності на неї іншим особам. Право розпорядження є невід'ємним від права власності і здійснюється особисто іпотекодавцем.

Іпотекодавець має право виключно на підставі згоди іпотекодержателя, що міститься в іпотечному договорі або у внесених до нього змінах чи доповненнях:

- добудовувати, знищувати або проводити капітальний ремонт будівлі (споруди), розташованої на земельній ділянці, що є предметом іпотеки, чи здійснювати істотні поліпшення цієї земельної ділянки;
- передавати предмет іпотеки у наступну іпотеку;
- відчужувати предмет іпотеки;
- передавати предмет іпотеки в спільну діяльність, лізинг, оренду, користування.

Іпотекодавець має право заповідати передане в іпотеку нерухоме майно. Правочин, який обмежує право іпотекодавця заповідати передане в іпотеку нерухоме майно, є нікчемним.

Відповідно до ст. 10 Закону, якщо інше не встановлено законом чи іпотечним договором, іпотекодавець зобов'язаний вживати за власні кошти всі необхідні заходи для належного збереження предмета іпотеки, включаючи своєчасне проведення поточного ремонту, відновлення незначних пошкоджень, раціональну експлуатацію та захист предмета іпотеки від незаконних посягань та вимог інших осіб. Це положення Закону

кореспондується з вимогами ст. 322 Цивільного кодексу України, відповідно до якої власник зобов'язаний утримувати майно, що йому належить. А з цього випливає, що іпотекодавець сам несе тягар утримання і ремонту іпотечного майна, оскільки немає інших осіб, на яких може бути покладена ця відповідальність. Звичайно, утримувати предмет іпотеки власник повинен у справному стані (забезпечувати збереження, підтримувати належний санітарний і технічний стан, утримуватися від руйнування і псування).

Іпотекодержатель має право у будь-який час протягом строку дії іпотечного договору, за умови попереднього письмового повідомлення іпотекодавця, перевіряти документально і в натурі наявність, стан, умови збереження та користування предметом іпотеки. Іпотекодавець зобов'язаний не перешкоджати реалізації цього права іпотекодержателем, надавати йому документи, необхідні для перевірки наявності, стану, умов збереження та користування предметом іпотеки, а також негайно, на вимогу іпотекодержателя, забезпечити йому фізичний доступ до предмета іпотеки. Проведення іпотекодержателем зазначеної перевірки не повинно призупиняти користування предметом іпотеки відповідно до його цільового призначення або іншим чином порушувати права іпотекодавця чи іншої особи, в тимчасовому користуванні якої перебуває предмет іпотеки [6].

Іпотекодавець має право передавати в наступну іпотеку, якщо інше не встановлено попереднім іпотечним договором, предмет іпотеки за погодженням з іпотекодержателем. Це пов'язано з тим, що вартість заставленого майна може перевищувати вартість основного зобов'язання. Тому боржникові надано права заставляти одне і те саме майно одночасно декільком кредиторам. У світовій практиці це явище одержало назву «застава застави». При цьому на іпотекодавця законом покладається обов'язок до укладення іпотечного договору попередити кредитора про всі відомі йому права та вимоги інших осіб на предмет іпотеки. У разі порушення цього обов'язку іпотекодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання та відшкодування завданих збитків.

Закон України «Про іпотеку» передбачає сукупність норм диспозитивного характеру щодо прав та обов'язків сторін за договором. Стаття 5 передбачає, що ризик випадкового знищення, пошкодження або псування предмета іпотеки несе іпотекодавець, якщо інше не встановлено договором. Вартість предмета іпотеки визначається за згодою між іпотекодавцем та іпотекодержателем або шляхом проведення оцінки пред-

мета іпотеки відповідним суб'єктом оціночної діяльності. У випадках, встановлених законом, оцінка предмета іпотеки має проводитися виключно суб'єктом оціночної діяльності. За загальним правилом, страхування предмета іпотеки на його повну вартість від ризиків випадкового знищення, пошкодження або псування лежить на іпотекодавцеві, якщо договором цей обов'язок не буде покладено на іпотекодержателя. Якщо іпотекодавець не застрахував предмет іпотеки і такого обов'язку не було покладено договором на іпотекодержателя, то іпотекодержатель має право застрахувати предмет іпотеки і вимагати від іпотекодавця негайного відшкодування всіх витрат, понесених ним у зв'язку з страхуванням предмета іпотеки. Договір страхування укладається на користь іпотекодержателя, який у разі настання страхового випадку набуває право вимоги до страховика (ст. 8 Закону). Обов'язки майнового поручителя як учасника заставних (іпотечних) відносин передбачаються договором. Це може бути окремий договір кредитора (іпотекодержателя) з майновим поручителем (іпотекодавцем) або єдиний договір іпотеки, який укладається за участю іпотекодержателя (кредитора), боржника та іпотекодавця (майнового поручителя) [8].

З огляду на викладене можна зробити висновок, що на даному етапі одним з головних завдань розвитку інституту іпотеки все ще залишається створення належної законодавчої бази, яка б відповідала прогресивним міжнародним стандартам і враховувала позитивний досвід запровадження відповідного законодавства в інших країнах.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Абрамова В.* Характеристика нерухомості, що може бути предметом іпотеки // *Право України.* – 2007. – № 6. – С. 53–57.
2. *Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование.* – М., 2000. – 346 с.
3. *Любунь О. С., Кіреєв О. І., Денисенко М. П.* Іпотечний ринок: Підручник. – К., 2006. – С. 9.
4. *Жалинский П., Рерихт А.* Введение в немецкое право. – М., 2001. – 428 с.
5. *Еволюція цивільного законодавства України: проблеми теорії і практики / Кол. монографія; за ред. Я. М. Шевченко.* – К.: Юридична думка, 2007. – 340 с.
6. *Олійник В.* Володіння, користування і розпорядження предметом іпотеки // *Юридичний вісник України.* – № 5 (501). – 02.05.2005.
7. *Бережна І. Г.* Правові аспекти іпотечного договору та статусу його сторін // *Юридичний журнал.* – 2007. – № 7. – С. 27–32.
8. *Бережна І. Г.* Юридичні нюанси іпотечного договору та статусу його сторін // <http://www.notar-berezhnaya.com.ua>.

ПРОБЛЕМИ ФОРМУВАННЯ СУЧАСНОЇ МОДЕЛІ СЕРВІТУТНИХ ПРАВ В УКРАЇНІ В КОНТЕКСТІ ДОСВІДУ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН

Нагнибіда В.І.,

*молодший науковий співробітник
Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України
до стандартів Європейського Союзу відділу міжнародного
приватного права та порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

Як відомо, будь-яке явище у своєму розвитку проходить декілька етапів, які неодмінно супроводжують будь-який процес еволюції. Такими етапами можна назвати заснування (зародження, впровадження), становлення (еволюція), розквіт та занепад (інволюція). Те ж саме можна сказати про будь-яку правову конструкцію, кожна з яких має ніби своє життя. Одним з них притаманний більш тривалий період існування, протягом якого вони здатні врегулювати суспільні відносини з тим чи іншим ступенем ефективності, іншим – менший.

Однією з таких конструкцій, яка вже доволі давно увійшла в практику і нормативну площину в багатьох країнах, є сервітутні права. На даний момент вивченню цих прав присвячено багато досліджень як вітчизняних, так і зарубіжних авторів. Досить назвати такі прізвища як І. Гороневич, Л. Каришев, К. Неволін, О. Латієв, О. Підпригора, І. Севрюкова, В. Цюра та інші. В їх працях висвітлено під тим чи іншим кутом зору погляду на сутність та правову природу сервітутних прав, їх види, зміст, виникнення і припинення тощо. Разом з тим сьогодні після п'яти років практики застосування положень Цивільного кодексу України можна зробити певні висновки про життєздатність чи неприйнятність окремих положень даного акта, про ефективність його правового регулювання. Якраз в частині унормування режиму сервітутних прав така ефективність дещо страждає. Тому маємо констатувати низку помилок, які було допущено ще на стадії прийняття кодексу. Більше того, досвід застосування положень про сервітуту в європейських країнах дає змогу говорити про те, що наразі в Україні закладено лише основи нормативного регулювання таких прав. І протягом найближчих років законодавець, спираючись на наукові розробки у цій сфері, має значно вдосконалити існуючу модель сервітутних прав. У цій статті ми спробуємо окреслити основні напрями вдосконалення сервітутів у чинному законодавстві України в розрізі досвіду деяких зарубіжних країн.

Ще з часів римського права сервітутні права становлять основу прав на чужі речі, й так само як і у Стародавньому Римі в сучасних законодавствах виділяють різні види сервітутних прав. При цьому в окремих правових системах ці види прав прямо закріплені на рівні кодексів, де повністю деталізовано специфіку їх правового режиму (НЦУ, ФЦК, ЦК Італії, ЦК Мальти тощо). Натомість в інших країнах визначено лише загальні вихідні положення того чи іншого виду сервітутів, а свою деталізацію вони отримують в інших нормативних актах, часто підзаконного характеру (ЦК Білорусії, ЦК Росії, ЦК Казахстану, ЦК Вірменії, ЦК Монголії тощо). Позаяк досить часто в нормативних актах права на чужі речі структурно поглинаються розділом «речове право» або «право власності» без їх виокремлення. Наведений висновок щодо структурного розміщення та видового поділу сервітутів в цивільних кодексах є доволі важливим, так як звідси впливає розуміння правової природи даних прав: як самостійних (Німеччина, Франція, Італія, Польща, Іспанія, Італія), чи як похідних, або як обтяжень права власності (Білорусія, Росія). Варто зазначити, що Україна у цьому питанні займає проміжне становище. Закріпивши положення про права на чужі

речі і, зокрема, сервітуту в самостійній главі, вітчизняний законодавець все ж вдався до описового, загального підходу в частині визначення правового режиму окремих видів сервітутів. Наслідком цього є те, що на даний момент у гл. 32 ЦК України «Право користування чужим майном» специфіка особистого сервітуту практично не прослідковується. Більше того, доводиться констатувати, що вітчизняна модель сервітуту своїм предметом має лише нерухомість. Це впливає з буквального тлумачення ст. 401 ЦК України, в ч. 1 і 2 якої фігурує лише «земельна ділянка», «інші природні ресурси» та «нерухоме майно» як об'єкти сервітутних прав. Вбачається, що таке обмеження з позиції інтенсифікації цивільного обороту є не у повній мірі виправданим, оскільки зі сфери правового регулювання випадає ціла низка відносин, об'єктом яких є рухоме майно і які пов'язані із користуванням з отриманням та без отримання доходів. Крім цього, досвід нормативного регулювання цих прав свідчить про ефективність їх використання, особливо в рамках таких конструкцій як узуфрукт та узус (Франція, Німеччина, Польща, Грузія, Мальта, Італія, Таджикистан тощо). Цікаво у зв'язку з цим відмітити, що проект ЦК України, починаючи від моменту його створення і аж до третього читання, містив положення щодо встановлення сервітутних прав стосовно рухомого майна, однак у ході прийняття дані положення були вилучені з тексту ЦК.

У зв'язку з цим не можна обійти увагою питання поділу сервітутних прав. Традиційно ці права поділяються на дві групи: земельні (предіальні, реальні) сервітуту та особисті сервітуту. Такий поділ знаходимо в законодавстві Іспанії, Латвії, Німеччини, Польщі, Франції, Естонії тощо. В основі диференціації лежить відомий ще з часів римських юристів поділ сервітутів на реальні та персональні, який засновувався на об'єктному критерії [1, с. 148–150]. Тобто сервітут визнавався реальним, якщо він встановлювався на користь речі. Натомість сервітут, встановлений на користь особи, належав до категорії персональних. Не зазнав суттєвих змін такий поділ і у сучасних законодавствах. Наприклад, положеннями ст. 172 Закону Естонії «Про речове право» від 9 червня 1993 р. [2] передбачено, що реальний сервітут обтяжує нерухому річ на користь пануючої нерухомої речі таким чином, що кожний наступний власник пануючої нерухомої речі вправі використовувати певним способом залежну нерухому річ, чи кожний черговий власник службової нерухомої речі зобов'язаний утриматися певною мірою від здійснення свого права власності на користь пануючої нерухомої речі. Щодо поняття особистого сервітуту, то воно міститься у ст. 201, 225 цього ж Закону і передбачає обтяження речі таким чином, що особа, на користь якої встановлено обтяження, могла у визначених межах користуватися річчю і отримувати її плоди. Подібні норми відображені також у положеннях ЦК Польщі, де особистим сервітутом є право користування (*użytkowanie* – ст. 252), яке встановлюється на користь особи, та службовість (*Służebność* – ст. 285) аналог земельного сервітуту, який встановлюється на користь нерухомого майна. ЦК Аргентини також поділяє речові та особисті серві-

тути залежно від того, стосовно якого об'єкта встановлене таке право – щодо речі чи особи (ст. 2971, 2972) [3].

Більше того, в деяких країнах предмет сервітуту належить до умов встановлення сервітутів. Так, у Франції до таких умов належить неможливість встановлення сервітуту на користь конкретної особи та спеціальний характер права сервітуту (сервітут не може бути особистою повинністю, обов'язком). Перша умова пов'язана з тим, що сервітут повинен встановлюватись на користь земельної ділянки і тільки для її обслуговування, а не для задоволення інтересів приватних осіб, що означало б підпорядкування режиму права власності волі (інколи й сваволі!) окремих суб'єктів. Друга умова передбачає, що сервітутне право має обтяжувати не власника земельної ділянки, а саме земельну ділянку. Не допускається покладення на власника додаткових обов'язків щодо вчинення певних дій, крім тих, які необхідні для забезпечення здійснення сервітуарієм свого права.

Аналізуючи законодавство України, зазначимо, що такий поділ відомий і законодавству України. Зокрема, ст. 401 ЦК України передбачає, що право користування чужим майном (сервітут) може встановлюватись щодо земельної ділянки, інших природних ресурсів (земельний сервітут) або іншого нерухомого майна для задоволення потреб інших осіб, які не можуть бути задоволені іншим способом. Сервітут може належати власникові сусідньої земельної ділянки, а також іншій, конкретно визначеній особі (особистий сервітут). Аналізуючи дані положення вітчизняного законодавства, слід зазначити, що у ньому не зовсім чітко прослідковується відмінність між земельним та особистим сервітутом. Перш за все при опису земельного сервітуту немає вказівки, що він встановлюється на користь іншого майна. Така вказівка є важливою, на нашу думку, в силу тієї обставини, що саме з нею пов'язується така властивість земельного сервітуту як неможливість його припинення зі зміною власника. Більше того, з другої частини наведеної статті незрозуміло, за яким принципом слід виділяти земельні та особисті сервітути, а якщо і виділяти, то які сервітути слід кваліфікувати як особисті. Якщо виходити з логіки законодавця, то виходить, що земельними є сервітути, які належать власникові (володільцеві) земельної ділянки, а особистими – ті, які належать «іншим, конкретно визначеним особам». Такий висновок підтверджується також і тим, що у ст. 402 проекту ЦК України містилась норма такого змісту: «Таке право (сервітут – В. Н.) може бути встановлене на користь власника сусідньої земельної ділянки (земельні сервітути) або на користь певної особи (особисті сервітути)». Вбачається, що такий підхід стосовно поділу сервітутних прав дещо суперечить існуючій практиці нормативного регулювання цих прав у зарубіжних країнах, а головне нівелює саму ідею сервітутних прав і їх поділу. Більше того, за такого підходу втілити на нормативному рівні передбачену конструкцію особистого сервітуту буде доволі складно, оскільки усі норми гл. 32 ЦК України орієнтовані переважно на застосування земельних сервітутів і не враховують специфіки особистих сервітутів. З урахуванням сказаного ст. 401 ЦК України необхідно сформулювати так, щоб у ній, крім загального поняття сервітуту, було чітко розме-

жовано специфіку земельних та особистих сервітутів. При цьому загальне поняття сервітуту повинно відображати основні два принципи сервітутних прав: сервітут – це завжди право обмеженого користування чужою річчю та неможливість задовольнити потреби (інтереси) особи чи неможливість здійснення нею прав інакше як через встановлення сервітуту. Сформульовані засади сервітутних прав витікають із правової природи сервітуту і повинні бути відображені на нормативному рівні з метою забезпечення чіткості нормативної моделі даних прав та сталості у правовідносинах щодо їх здійснення.

В ряді законодавств крім традиційного поділу на земельні (предіальні, реальні) та особисті сервітути виділяються також деякі інші різновиди прав користування чужими речами. Так, за німецьким законодавством усі сервітути класифікуються на земельні сервітути (Grunddienstbarkeiten – § 1018–1029 НЦУ), узуфрукт (Nießbrauch – § 1030–1089 НЦУ) та згадуваний вище обмежений особистий сервітут (Beschränkte persönliche). При цьому відповідно до § 1018 НЦУ встановлюються три основних види земельних сервітутів такого змісту:

1. Право на використання службової земельної ділянки. За даним правом власник пануючої земельної ділянки уповноважений використовувати чужу земельну ділянку в окремих чітко обумовлених між сторонами випадках. Обов'язок власника підпорядкованої земельної ділянки полягає в non facere (Dulden – нім.) стосовно дій власника панівної земельної ділянки. Встановлення такого права може мати місце у випадках прокладення водопроводів, необхідності проходу (проїзду) чи для здійснення інших господарських дій (наприклад, викорчування пнів, викопування колодязів тощо).

2. Право вимагати утримання від активної поведінки щодо використання підпорядкованої земельної ділянки. Відповідно до змісту цього права власник панівної земельної ділянки може вимагати від власника підпорядкованої земельної ділянки утримуватися від дій, які останній міг би здійснити за звичайних обставин. Так, § 903 НЦУ передбачає, що власник речі може розпоряджатися нею на власний розсуд та усувати будь-який вплив на цю річ з боку інших осіб настільки, наскільки йому дозволяє закон чи права третіх осіб. Встановлення виду сервітуту, що розглядається, обмежує власника і тим самим не дає змоги повною мірою здійснити право власності. Прикладами встановлення таких прав може бути заборона споруджувати певні будівлі, так як це впливатиме на сусідню земельну ділянку, чи здійснювати певні види господарської діяльності – зрошення, осушення etc.

3. Право забороняти здійснення стосовно пануючої земельної ділянки прав, які витікають з права власності на підпорядковану земельну ділянку, за яким для власника підпорядкованої земельної ділянки припиняється можливість здійснення права, «яке витікає з права власності на обтяжену земельну ділянку стосовно панівної земельної ділянки». За таким правом, наприклад, може встановлюватись заборона пред'явлення негаторного позову

Оцінюючи наведені положення цивільного законодавства Німеччини, слід зауважити, що даний поділ зе-

мельних сервітутів є цілком виправданим з позиції практики. Адже якщо перший з видів можна кваліфікувати як класичний вид предіального сервітутного права, то другий і третій види мають право на самостійне існування в силу тієї обставини, що багатьма законодавствами їх зміст не охоплюється загальними положеннями про сервітуту. І, як наслідок, сервітут прирівнюється лише до права користування чужою земельною ділянкою. Натомість, навіть, якщо звернутись до нормативних та ідейних витоків сервітутного права – положень римського права, там сервітут полягав не тільки у користуванні, а й у забороні на певні дії як фактичного, так і юридичного характеру. Звідси й існуюча в літературі класифікація сервітутів на позитивні та негативні [4, с. 213]. Думається, що зміст таких норм є своєчасним і з позиції сучасних реалій цивільного обороту, особливо що стосується України. Адже сьогодні як ніколи гостро стоїть питання про ефективність використання земель, особливо в рамках густонаселених міст з щільною забудовою. Непоодинокими є випадки, коли комерційні структури розпочинають будівництво об'єктів нерухомості ігноруючи вимоги щодо мінімальних відступів від сусідніх будівель, ігноруючи кліматичні, геодезичні умови, вимоги щодо освітлення та затінення тощо. Якраз в таких умовах закріплення можливості обмеження власників через встановлення сервітутних прав могло б стати засобом задоволення інтересів сурвітуаріїв. На жаль, чинне законодавство передбачає лише можливість існування позитивного сервітуту через право користування чужим майном (ч. 1 ст. 403 ЦК України). Тому вбачається, що у чинному законодавстві потрібно передбачити можливість встановлення негативних сервітутів шляхом доповнення

ч. 1 ст. 403 ЦК України абзацом другим такого змісту: «У випадках, прямо передбачених законом, договором, заповітом чи рішенням суду сервітут може полягати у забороні вчинення визначених дій». Такий крок до розширення змісту сервітутів дасть змогу значно розширити практику застосування цієї групи прав.

Узагальнюючи сказане стосовно нормативної моделі сервітутних прав, слід зробити висновок, що остання з огляду на досвід зарубіжного правового регулювання та його ефективність повинна включати у себе: визначення сутності сервітутних прав; виокремлення видів з чіткою диференціацією специфіки кожного з них; визначення змісту (сфери правомочностей уповноваженої особи); особливості здійснення кожного з видів сервітутних прав, закріплення винятків зі сфери регулювання та обмежень. Порівнюючи такий підхід із тим, який втілює законодавець, можна говорити, що на рівні ЦК України наразі створено фундамент для подальшого розвитку цих прав. Те саме стосується й інших прав на чужі речі – суперфіцію та емфітевзису, які на даний момент не отримали подальшого механізму реалізації на підзаконному рівні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Нерсесов Н. И.* Римское вещное право. – М., 1986. – 212 с.
2. *Закон о вещном праве.* Закон Эстонской Республики от 9 июня 1993 г. [Електронний ресурс] – <http://www.hot.ee/estonianlegislation/0502.htm>.
3. *Código Civil de la República Argentina a 25 de Setiembre de 1869* [Електронний ресурс] – http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroIII_tituloXII.htm.
4. *Лекции по догме римского права: Пособие для слушателей.* – 4-е изд., испр. и доп. – С.-Петербург, 1914. – 421 с.

НЕЗАЛЕЖНІСТЬ СУДДІВ ТА ЇХ ПІДКОРЕННЯ ЛИШЕ ЗАКОНОВІ ЯК ПРИНЦИП ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Кройтор В. А.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
начальник кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ*

Принципи цивільного судочинства – одна з найактуальніших проблем, що турбують як вчених, так і практиків, які займаються проблемами цивільного судочинства. Однією з них є проблема визначення особливостей принципу незалежності суддів і підкорення їх лише закону в цивільному судочинстві, а також розробка гарантій та механізму його реального забезпечення в умовах подальшого проведення судово-правової реформи.

Слід зазначити, що в науці цивільного процесуального права цей принцип не набув достатньої наукової розробки, що й обумовило звернення автора до вказаної проблематики. Окремі публікації таких учених як А. Т. Боннер [1, с. 35–71; 2, с. 13–23], О. О. Штефан [3, с. 31–36], І. М. Резниченко [4], О. В. Рожнов [5, с. 24–26] стосувалися лише загальної характеристики принципів цивільного процесуального права, без детального опрацювання та поглибленого аналізу окремих з них, і, зокрема, принципу незалежності суддів і підкорення їх лише

закону в цивільному судочинстві.

Мета цієї статті полягає у виявленні особливостей принципу незалежності суддів і підкорення їх лише закону, що характерно саме для цивільного процесу, а також розробка гарантій та механізму його реального забезпечення з відповідними пропозиціями про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК).

Основу цього принципу становлять міжнародні стандарти правосуддя, які полягають у тому, що будь-яка особа, незалежно від будь-яких особистих ознак, має право на здійснення судочинства у її справі незалежним та безстороннім судом. Так, Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р., в ст. 10 проголосила, що кожна людина для визначення своїх прав і обов'язків має право на підставі повної рівності на те, щоб її справа була розглянута незалежним і неупередженим судом. Крім того, у ст. 7 Декларації закріплено, що всі люди рівні

перед законом і мають право без будь-яких відмінностей на рівний захист закону. У ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права встановлено, що кожен має право при визначенні його права та обов'язків у будь-якому цивільному процесі на справедливий і публічний розгляд справи компетентним, незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону. А відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод кожен при вирішенні питання щодо його цивільних прав та обов'язків має право на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. На підставі вищезазначених положень, а також керуючись тим, що Україна взяла на себе зобов'язання відповідно до цих міжнародних договорів, перед державою постає обов'язок забезпечити існування незалежного суду у кожній справі, що досягається за умов забезпечення принципу незалежності кожного окремого судді.

Відповідно до «Основних принципів незалежності судових органів», схвалених резолюціями Генеральної Асамблеї ООН 29 листопада та 13 грудня 1985 р. (Мілан, Італія), незалежність судових органів гарантується державою і закріплюється в Конституції або законах країни; судові органи вирішують передані їм справи неупереджено, на підставі фактів і відповідно до закону, без будь-яких обмежень, неправомірного впливу, спонукання, тиску, погроз або втручання прямого чи непрямого з будь-якого боку і з будь-яких причин; незалежність судових органів дає їм право і вимагає від них забезпечення справедливого ведення судового розгляду і додержання прав сторін.

Як правильно зауважує В. В. Городовенко, суддя повинен бути незалежним і мати чітку громадянську позицію – саме цього від нього чекає громадськість, яка має право на безсторонні і незалежні суди, що вирішують правові питання виключно на підставі закону, при чому таке право громадськості закріплено у Європейській хартії «Про статус суддів» від 10 липня 1998 р., пункт 1.1 якої визначає, що статус суддів передбачає забезпечення компетентності, незалежності й безсторонності, яких будь-яка людина законно очікує від судових органів, від кожного судді, якому довіреним захист її прав [6, с. 80–82].

У п. 4.3 ч. 5 рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. вказано, що зниження рівня гарантій незалежності суддів опосередковано може призвести до обмеження можливостей реалізації права на судовий захист. Крім цього, у рішенні зазначено, що незалежність не є їхнім особистим привілеєм, а має публічно-правовий характер і спрямована передусім на безперешкодне виконання суддею своїх професійних обов'язків у здійсненні правосуддя (п. 1 ч. 4) [7, с. 76–79].

Цей принцип складається з двох взаємопов'язаних частин, оскільки незалежним є той суддя, який керується у своїй діяльності під час здійснення судочинства не чиймись рекомендаціями, вказівками, порадами, наказами, а підкоряється виключно вимогам нормативно-правових актів. Як вказують В. В. Комаров та Н. В. Сибільова, при здійсненні судочинства незалежність суддів та підкорення їх лише закону знаходить свій прояв у

процесуальному режимі внутрішньосудових відносин складу суду, що розглядає справу, відносинах з учасниками судової справи, вищестоящими судовими органами, всіма організаціями, посадовими особами і громадянами, який унеможливує втручання у діяльність судді при здійсненні правосуддя [8, с. 635]. Актуальними у цьому відношенні є п. 2 і 3 мотивувальної частини, а також п. 1 резолютивної частини рішення Конституційного Суду України від 19 травня 1999 р. Так, у п. 2 ч. 6 мотивувальної частини рішення зазначено, що за змістом ч. 1 ст. 86 Конституції України народний депутат України не може адресувати свої вимоги та пропозиції до суду, судді, органів служби безпеки, а може у такий спосіб звертатися лише до керівників цих органів, зокрема, до голів судів як керівників органів державної влади, причому з питань, не пов'язаних з конкретними судовими справами [9, с. 46–48]. Крім того, у п. 3 ч. 3 вказаного рішення передбачено, що положення преамбули Закону України «Про статус народного депутата України» про те, що народні депутати України є повноважними представниками народу у Верховній Раді України і покликані виражати і захищати суспільні інтереси та інтереси своїх виборців, не може бути визнано юридично коректним для обґрунтування можливості втручання народного депутата України у здійснення судами правосуддя, зокрема, у розгляд конкретних судових справ. У п. 1.1 резолютивної частини цього рішення визначено, що народний депутат України не має права звертатися з вимогами чи пропозиціями до судів, до голів судів та до суддів стосовно конкретних судових справ.

Принцип, що розглядається, закріплено у ч. 1 ст. 129 Конституції України, у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про статус суддів», у ч. 1 ст. 14 Закону України «Про судоустрій України», а також його було передбачено у ст. 8 ЦПК України 1963 р., проте він не передбачений у чинному ЦПК, хоча його значення досить велике, а зміст впливає з багатьох інших статей.

На сьогодні проблема забезпечення права особи на розгляд її справи незалежним судом набуває особливо важливого значення та викликає занепокоєння. Як правильно зазначив В. В. Онопенко, не може бути незалежного суду в конкретній справі, якщо залежною є судова влада загалом [10]. Як зазначається в постанові Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 р. № 8 «Про незалежність судової влади» гарантії самостійності судів та незалежності суддів в Україні належним чином не забезпечені. На практиці законодавчим органом, органами виконавчої влади, їх посадовими особами ігнорується конституційний принцип поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову. Мають місце спроби втручання в організацію діяльності судів, вирішення конкретних судових справ, перешкоджання здійсненню судами правосуддя на визначених законом засадах, тиск на суддів шляхом погроз, шантажу та іншого протиправного впливу, в тому числі у формі прийняття незаконних нормативно-правових актів та правових актів індивідуальної дії, неправомірного використання суб'єктами влади наданих їм повноважень, а також незаконного наділення деяких державних органів відповідними повноваженнями, що поси-

лює залежність від них судів та суддів. У вказаній постанові вказується і на інші негативні явища, що становлять загрозу утвердження в державі принципу верховенства права, здійсненню правосуддя на засадах, визначених Конституцією та законами України [11].

Л. М. Москвич дає таке визначення: незалежність судді означає незалежну процесуальну діяльність судді при здійсненні судового розгляду юридично значущих справ відповідно до процедур, передбачених законом, які виключають можливість будь-якого впливу на процес прийняття суддею рішення, та у відповідності з професійною правосвідомістю судді [12]. В. В. Городовенко виокремлює гарантії та передумови суддівської незалежності, при чому перші стосуються сфери діяльності, а другі – особистих якостей судді як носія судової влади [13]. Крім того, він, з одного боку, розрізняє, а з іншого, – пов'язує в нерозривну єдність незалежність в інституційному аспекті цього поняття (або самостійність судових установ та окремих суддів стосовно інших державних чи суспільних органів) і незалежність судової влади у змістовному значенні цього терміна, або безсторонність судової влади, яку поділяє на об'єктивну та суб'єктивну [13].

На нашу думку, доцільно виокремлювати зовнішню (або об'єктивну) та внутрішню (або суб'єктивну) незалежність судді, проте під першою незалежністю слід розуміти відсутність будь-яких об'єктивних чинників – впливів з боку інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування, окремих депутатів та посадовців, політичних партій, громадських організацій, вищестоящих інстанцій, колег по суду тощо, а під другою – комплекс власних моральних переконань та настанов судді щодо необхідності здійснення правосуддя виключно на підставі законів, не піддаючись жодному зовнішньому тиску.

Як вказує Ю. М. Грошовий, незалежність суддів, будучи моральною вимогою, зверненою не тільки до суддів, а й до суспільства, органів виконавчої влади, є окремим блоком механізму моральних начал у судовій діяльності [14]. Аналіз досліджень, присвячених особі судді як носія судової влади та тих етичних стандартів, від яких залежить суддівська поведінка, ґрунтовно зроблений В. І. Чебан [15]. На нашу думку, моральним орієнтиром суддівської діяльності також має бути повага честі і гідності усіх учасників цивільного процесу і здійснення правосуддя на засадах їх рівності перед законом і судом незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних та інших ознак (ст. 5 ЦПК). Це означає, з одного боку, що правове положення будь-якого учасника процесу визначається лише його процесуальним положенням – позивач, відповідач, третя особа, прокурор, органи державної влади та місцевого самоврядування, свідок, експерт, представник – та не залежить від ознак, вказаних у ст. 5 ЦПК, і жоден з учасників процесу, фізична це особа чи юридична, не має переваг чи пільг у процесуальному положенні. З іншого боку, це положення особливо стосується саме суддів. Жодна з ознак, притаманних тій чи іншій стороні, не може стати вирішальною для прий-

няття суддею певного рішення на користь однієї з них. Судді не повинні розглядати власну незалежність як свавілля, звільнення від обов'язку поважати права усіх учасників цивільних процесуальних правовідносин. Незважаючи ні на що, суддя має залишатися неупередженим до них і вирішувати справу об'єктивно на підставі отриманих доказів та встановлених обставин. Прихильність судді до однієї зі сторін і ухвалення на її користь відповідного рішення принижує честь і гідність іншої сторони. Про вплив на суддів значною мірою можна робити висновки за змістом винесених судових рішень, наскільки вони є обґрунтованими та законними.

Те, що будь-яка людина повинна поважати усіх інших осіб, закріплено на рівні Конституції України, тобто не обов'язково закріплювати зазначене положення на рівні галузевого законодавства – це чи не найголовніший обов'язок кожного поважати честь і гідність людини, ставитися один до одного як рівний до рівного. Отже, фактично у ст. 5 ЦПК закріплено завдання, мету суду – забезпечення гуманістичної спрямованості усієї процесуальної діяльності, а досягти цього може лише дійсно незалежний суд. Саме тому, на наше переконання, реалізація принципу незалежності суддів нерозривно пов'язана з утвердженням принципу гуманізму. Як слушно підкреслює Ю. М. Грошовий, «правосуддя повинно забезпечити такі абсолютно моральні вимоги як свободу, справедливість, рівність, інакше кажучи – гуманізм, як самої процесуальної діяльності суддів, так і винесених ними процесуальних рішень – актів правосуддя» [14].

А. В. Андрушко розкриває зміст другої частини принципу, що розглядається, так: підкорення суддів закону означає, що вони повинні вирішувати справи на підставі законів України, відповідно до закону застосовувати норми іноземного права (ст. 9 ЦПК), а за відсутності закону, який врегульовує спірні відносини, застосовувати закон, що регулює подібні відносини (аналогія закону). Якщо немає такого закону, суд виходить із загальних засад і змісту законодавства України (аналогія права) (ст. 8 ЦПК) [15]. Крім того, суд загальної юрисдикції при вирішенні справ застосовує цивільне законодавство до всіх учасників процесу у рівній мірі, безвідносно до того, хто є сторонами, третіми особами, заявниками, заінтересованими особами. Як вказує В. А. Васильчук, вимога однакового ставлення передбачає неупередженість і об'єктивність по відношенню до сторін юридичного конфлікту з боку уповноваженого суб'єкта, а також дотримання ним принципу «тракувати однакові випадки однаково, а різні – по-різному», тобто однакового ставлення до того, що є, по суті, рівним, і неоднакового – з, по суті, нерівним [16].

Відповідно до ст. 1 ЦПК завданнями судочинства є, зокрема, справедливий судовий розгляд. Справедливість при вирішенні справи досить широке поняття, що охоплює в тому числі і обов'язок суду ставитися до усіх учасників процесуальних відносин на засадах рівності. Іншими словами, усі учасники процесу мають право на однакову справедливість. Як зазначає Джон Ролз, «хоча згодом індивіди мають різні здатності на чуття справедливості, цей факт не є підставою для позбавлення їх, наділених меншою здатністю, повного захисту справедливості» [17].

Як вказує О. М. Курило, маючи у своєму керуванні обов'язковий для виконання всіма закон, судді можуть діяти впевнено, безбоязно і справедливо; чим чіткішими будуть норми матеріального права, чим послідовніше і повніше буде регламентовано процесуальний порядок розгляду і вирішення справ, тим краще буде забезпечена законність та незалежність судочинства у процесі [19], тобто, підкоряючись виключно закону, судді самі сприятимуть власній незалежності, і більш чіткі закони будуть перепоною для вчинення судом не передбачених законом дій, перевищення владних повноважень, різноманітних свавільних зловживань.

На думку А. Т. Боннера, вказаний принцип полягає у тому, що, по-перше, судді і народні засідателі повинні займати таке правове і фактичне положення, при якому була б виключена будь-яка можливість незаконного втручання у їх діяльність з боку будь-яких органів і посадових осіб, а при спробах подібних втручань суддя за своїми особистими якостями повинен опинитися у стані спроможності протистояти їм; по-друге, полягає у підзаконності судової діяльності – для того, щоб підкорятися «лише закону», потрібно досконало знати чинне законодавство і повною мірою бути законослухняним. Суддя, який нігілістично ставиться до закону, підміняє його власним розсудом або просто не знає його, тим самим буде діяти врозрід з принципом незалежності суддів і підкорення їх лише закону, тобто цей принцип може бути порушено і за відсутності фактів втручання у судову діяльність ззовні [1, с. 51–52].

Принцип незалежності суддів стосовно народних засідателів пов'язаний з їх здатністю протистояти тиску судді, який наполягає на тому чи іншому вирішенні спору, з боку інших осіб вплив на них майже виключений, що обумовлено їх частою змінюваністю, неможливістю заздалегідь дізнатися склад суду у конкретній справі тощо [1, с. 58]. Разом з тим не можна виключати можливі спроби незаконного тиску на народних засідателів з боку окремих учасників процесу, у тому числі погроз, залякування, шантажу, певного матеріального захоплення спочатку за отримання інформації, а згодом і з метою спонукати їх до певних дій. Через відсутність достатнього досвіду народні засідателі можуть стати потенційними жертвами подібних провокацій. З метою унеможливлення позаправового впливу на них голови суду, на наше переконання, мають періодично проводити методичні наради, на яких нагадувати народним засідателям про можливість такого тиску (у тому числі у завуальованому вигляді).

В. О. Гринюк відносить до процесуальних гарантій незалежності суддів такі, які є формами реалізації процесуальної правосуб'єктності суддів, зокрема відвід та самовідвід суддів, змагальність сторін, таємниця нарадчої кімнати, обов'язковість вказівок вищестоящої інстанції [20]. Така позиція, з нашої точки зору, вимагає корегування та доповнення. По-перше, наголошуємо на відмінності понять «незалежність» та «неупередженість» суддів, оскільки перше означає відсутність стороннього впливу на суддів з боку будь-кого, а друге – неприйняття позиції жодної зі сторін до з'ясування усіх обставин справи та дослідження усіх доказів. Наявність втручання чи впливу на суд якраз свідчитиме про мож-

ливу упередженість, тому відвід буде виступати засобом забезпечення саме неупередженого, а не незалежного суду. По-друге, змагальність сторін не є процесуальною гарантією незалежності суддів. У той же час слід погодитися з тим, що процесуальними гарантіями незалежності суддів є таємниця нарадчої кімнати, оскільки суддя відсторонений від будь-якого тиску у момент прийняття рішення, рівність прав членів колегії, право на викладення окремої думки, що підкреслює самостійність позиції певного члена складу суду.

Відповідно до ч. 2 ст. 311 ЦПК висновки і мотиви суду апеляційної інстанції, з яких скасовано рішення, є обов'язковими для суду першої інстанції при новому розгляді справи. З одного боку, таке положення запобігає повторному вчиненню судом першої інстанції тих самих помилок при розгляді справи, проте, з іншого боку, як видається, воно посягає на незалежність суддів першої інстанції, які вперше будуть розглядати зазначену справу, адже згідно з ч. 1 ст. 21 ЦПК суддя, який брав участь у вирішенні справи в суді першої інстанції, не може брати участі у новому розгляді її судом першої інстанції після скасування попереднього рішення або ухвали про закриття провадження в справі.

На наше переконання, з урахуванням викладеного можна виокремити такі особливості принципу незалежності суддів та підкорення їх лише закону у цивільному процесі: 1) гуманістична спрямованість свідомості суддів під час розгляду справи; 2) забезпечення права рівної справедливості по відношенню до всіх учасників цивільних процесуальних правовідносин; 3) можливість кожного члена складу суду, не згідного з рішенням інших, на викладення окремої думки; 4) заборона формування судом певної позиції у справі до з'ясування усіх обставин; 5) суд вільний від позицій сторін і може прийняти власну, незалежну позицію; 6) відсутність підзвітності будь-кому, у тому числі судам вище стоящих інстанцій; 7) прийняття суддею рішень за власним переконанням, проте не виключена особиста залежність від раніше прийнятих ним рішень; 8) будь-які звернення осіб, які беруть участь у справі, до суду не можуть мати для нього заздалегідь обов'язкової сили, суд лише на підставі закону, вивчивши мотиви та обґрунтування клопотання, може винести відповідне рішення.

Принцип незалежності суддів і підкорення їх лише закону, як зазначалося, не знайшов свого прямого відображення у ЦПК. У зв'язку з цим заслуговує на увагу та підтримку пропозиція закріпити у ЦПК, що завданнями цивільного судочинства є правильний і своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ незалежним і неупередженим судом... [21, с. 564], а також передбачити цей принцип в окремій статті Кодексу (наприклад, ст. 5-1 або 8-1) і розкрити його зміст.

Утвердженню принципу незалежності суддів і підкорення їх лише закону перешкоджає ряд чинників, зокрема, неналежний рівень фінансування судів призводить до того, що голова суду змушений шукати спонсорів, а це створює ґрунт для позаправового впливу (не може бути незалежним суддя, якщо суд залежить від виконкому, судової адміністрації тощо); неефективна система захисту суддів; випадки розправи з суддями,

що залишилися без належного реагування з боку держави тощо. Зазначена проблематика потребує окремого ґрунтовного дослідження.

Якщо принцип незалежності суддів та підкорення їх лише закону буде реально втілений у життя, він стане важливою передумовою забезпечення прав та інтересів усіх учасників процесу, у тому числі прав на повагу честі та гідності особи, а також однакового до неї ставлення. Однак для його реалізації потрібно удосконалити систему процесуальних гарантій незалежності суддів під час провадження у конкретній справі, забезпечити відбір на посади суддів тільки професіоналів і тільки високоморальних осіб, які здійснювали б свою діяльність, досконало знаючи закон, виключно керуючись законом і маючи внутрішнє переконання у необхідності діяти відповідно до закону, незважаючи на жодні форми втручання та тиску на суддівську діяльність.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Боннер А. Т.* К вопросу о принципах гражданского процессуального права // Всесоюзный юридический заочный институт. Труды. Т. 38. Вопросы науки советского гражданского процессуального права. – М.: ВЮЗИ, 1975. – С. 35–71.
2. *Боннер А. Т.* Принципы гражданского процессуального права (проблемы и перспективы) // Проблемы защиты прав и законных интересов граждан и организаций: Материалы Межд. научно-практической конференции (Краснодар-Сочи, 23–26 мая 2002 г.). – Краснодар: Кубанск. гос. ун-т, 2002. – С. 13–23.
3. *Штефан О. О.* Діалектика поняття принципів цивільного процесуального права України // Приватне право і підприємництво: 36. наук. праць. Вип. 6. – К.: НДІ приватного права і підприємництва, 2007. – С. 31–36.
4. *Резниченко И. М.* Функциональные принципы гражданского процесса (правовые и психологические аспекты). – М., 1989. – 41 с.
5. *Рожнов О. В.* Принципы гражданского процессуального права як засади судочинства // Проблеми розвитку юридичної науки у новому столітті (До міжнародного дня науки за мир і розвиток): Тези наукових доповідей та повідомлень учасників наукової конференції молодих учених (м. Харків, 25–26 грудня 2002 р.). – Х, 2003. – С. 24–26.
6. *Городовенко В. В.* Консультативна Рада європейських суддів про судову незалежність та її втілення в Україні // Судова реформа в Україні: проблеми та перспективи: Матеріали науково-практичної конференції, 18–19 квітня 2002 р. – Харків. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 80–82.
7. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України про офіційне тлумачення положень ч. 1, 2 ст. 126 Конституції України та ч. 2 ст. 13 Закону України «Про статус суддів» (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу) від 1 грудня 2004 р. № 19-рп/2004 // Конституційне судочинство в Україні: рішення і висновки Конституційного Суду України/ Відп. ред. М. Ф. Селівон. – К.: Праксіс, 2005. – 480 с.*
8. *Конституція України:* Наук.-практ. коментар / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін.; Ред. кол. В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Горошевой та ін. – Х.: Вид-во «Право»; К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 808 с.
9. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України та Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення статті 86 Конституції України та ст. 12, 19 Закону України «Про статус народного депутата України» (справа про запити народних депутатів України) від 19 травня 1999 року № 4-рп/99 // Конституційне судочинство в Україні: рішення і висновки Конституційного Суду України/ Відп. ред. М. Ф. Селівон. – К.: Праксіс, 2005. – 480 с.*
10. *Онопенко В.* Справедливість у державі може забезпечити лише справедливий суд // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 3 (79). – С. 2–5.
11. *Постанова* Пленуму Верховного Суду України від 13 червня 2007 р. № 8 «Про незалежність судової влади» // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 6. – С. 2–6.
12. *Москавич Л. М.* Незалежність суддів: соціальний та правовий аспект // Етичні та правові проблеми забезпечення незалежності суддів: Матеріали міжнар. наук.-практ. семінару, 30–31 березня 2005 р.; м. Харків / Редкол.: В.В. Сташис (голов. ред.) та ін. – Х.; К.: ЦНТ «Гопак», 2006. – С. 142–147.
13. *Городовенко В. В.* Проблеми незалежності судової влади: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2006. – 20 с.
14. *Грошевой Ю. М.* Моральність правосуддя // Етичні та правові проблеми забезпечення незалежності суддів: Матеріали міжнар. наук.-практ. семінару, 30–31 берез. 2005 р.; м. Харків / Редкол.: В. В. Сташис (голов. ред.) та ін. – Х.; К., 2006. – С. 11–20.
15. *Чебан В. І.* Етичні стандарти суддівської діяльності // Науковий вісник Чернівецького університету. Вип. 333. Правознавство: 36. наук. праць. – Чернівці: Рута, 2006. – С. 74–78.
16. *Цивільний процес:* Навч. посіб. /А. В. Андрушко, Ю. В. Білоусов, Р. О. Стефанчук, О. І. Угриновська та ін.— За ред. Ю. В. Білоусова. – К.: Прецедент, 2005. – 293 с.
17. *Васильчук В. А.* К вопросу об определении категории «справедливость» в современном украинском законодательстве // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы: Материалы Международного круглого стола (Черновцы, 21–23 сентября 2006 года) / Под ред. док. юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ В. М. Баранова, док. юрид. наук, проф., заслуженного юриста Украины П.С. Пацуркивского, канд. юрид. наук Г. О. Матюшкина. – Нижний Новгород: Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр «Юридическая техника», 2007. – 566–575.
18. *Ролз Джон.* Теорія справедливості / Пер. з англ. О. Мокровольський. – К.: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2001. – 822 с.
19. *Курило О. М.* Гарантії незалежності суддів у кримінальному процесі України // Етичні та правові проблеми забезпечення незалежності суддів: Матеріали міжнар. наук.-практ. семінару, 30–31 берез. 2005 р.; м. Харків / Редкол.: В. В. Сташис (голов. ред.) та ін. – Х.; К.: ЦНТ «Гопак», 2006. – С. 72–79.
20. *Гринюк В. О.* Принцип незалежності суддів і підкорення їх тільки закону в кримінальному процесі України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – 20 с.
21. *Гетманцев А. В.* Конкретизация цели и задач гражданского судопроизводства (по ГПК Украины) // Конкретизация законодательства как технико-юридический приём нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: Материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 года) / Под ред. доктора юрид. наук, профессора, заслуженного деятеля науки РФ В. М. Баранова. – Нижний Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2008. – С. 557–564.

ВИМОГИ, ЗА ЯКИМИ МОЖЕ БУТИ ВИДАНО СУДОВИЙ НАКАЗ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ: СЬОГОДЕННЯ І ПЕРСПЕКТИВИ

Бобрик В. І.,

*кандидат юридичних наук, завідувач відділу
юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

Запровадження чинним Цивільним процесуальним кодексом України (надалі – ЦПК України) наказного провадження як спрощеної судової процедури задоволення вимог про стягнення грошей та витребування майна породило в теорії цивільного процесуального права та у практиці судів загальної юрисдикції низку проблем теоретичного і практичного характеру, пов'язаних із недостатністю наукової розробки та суперечностями і прогалинами цього інституту цивільного процесуального права України.

При цьому слід зважати на те, що, як переконливо свідчить судова статистика, наказне провадження стрімко увійшло в процесуальну діяльність судів та отримало визнання в колах практикуючих юристів як оперативний і ефективний спосіб захисту майнових прав фізичних осіб, що, зокрема, відмітив і Верховний Суд України в Узагальненні практики розгляду судами цивільних справ у наказному провадженні (2007 р.). Це вимагає поглибленого наукового аналізу цивільного процесуального інституту наказного провадження та окремих його аспектів з урахуванням досягнень відповідної судової практики.

В цій статті приділено увагу тим вимогам, за якими може бути видано судовий наказ, що і є її предметом. Метою цієї статті є з'ясування сутності, правової природи вимог, за якими може бути видано судовий наказ, а також тенденцій щодо їх уточнення та розширення, які спостерігаються в судовій практиці.

У порядку наказного провадження можуть бути захищені не всі права, свободи та інтереси заявника, а лише деякі, оскільки законодавцем окреслено коло вимог, за якими може бути видано судовий наказ. Такі вимоги називаються в спеціальній літературі об'єктивними умовами або підставами для видачі судового наказу [1].

Вимоги, за якими може бути видано судовий наказ, закріплені в ч. 1 ст. 96 ЦПК України. До них відносяться: вимога, яка ґрунтується на правочині, вчиненому у письмовій формі; вимога про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати; вимога про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника. Як впливає із ч. 2 цієї статті перелік таких вимог не є вичерпним, оскільки судовий наказ може бути видано і в інших випадках, встановлених законом. Тут ми не будемо зупинятися на питанні про доцільність невичерпності переліку вимог, за якими може бути видано судовий наказ, оскільки про це йтиметься нижче.

Узагальнюючи правові ознаки вимог, які можуть бути задоволені в порядку наказного провадження, слід зазначити, що всі вони виникають з цивільно-правових зобов'язань або відносин, які мають подібну до зобов'язань правову конструкцію, тобто складаються між кредитором (особою, яка має право вимоги) та боржником (зобов'язаною особою) з приводу виконання борж-

ником на користь кредитора дії у вигляді передачі певної грошової суми або майна.

Далі розглянемо детальніше кожну з вище наведених вимог.

Вимоги, що ґрунтуються на правочині, вчиненому у письмовій формі.

Такі вимоги відповідно до ч. 1 ст. 95 ЦПК України можуть стосуватись лише стягнення з боржника грошей або витребування майна.

Іноді на практиці виникають питання щодо тлумачення ст. 95 та 96 ЦПК України. Це пов'язано з тим, що у ч. 1 ст. 95 ЦПК України вжито формулювання «стягнення з боржника грошей або витребування майна», в ч. 1 ст. 96 ЦПК України – «заявлено вимогу, яка ґрунтується на правочині, вчиненому у письмовій формі». У зв'язку з цим виникає питання про те, а чи не міститься у ч. 1 ст. 96 ЦПК України норма, яка дає змогу видавати судові накази з будь-яких вимог, що ґрунтуються на правочині, вчиненому у письмовій формі, а не лише щодо стягнення грошей чи витребування майна.

Як вказується в Узагальненні практики розгляду судами цивільних справ у наказному провадженні, зазначені норми ЦПК України слід розуміти таким чином, що за вимогами, які ґрунтуються на правочині, вчиненому у письмовій формі, судові накази можуть видаватися лише щодо стягнення з боржника грошей або витребування майна.

Під «витребуванням майна» в контексті наказного провадження слід розуміти такий спосіб захисту права на володіння, що полягає у витребуванні будь-якого майна – індивідуально визначеного чи визначеного родовими ознаками. При цьому конструкція відповідних правових норм дозволяє захистити в порядку наказного провадження право володіння не лише власника відповідного майна, але й будь-яких інших осіб-володільців, які набули його на законних підставах. Так, у судовому наказі на підставах, визначених договором, може бути передбачено необхідність передання майна у володіння стягувачеві, який набув відповідне право володіння (наприклад, орендареві; заставоутримувачу рухомого майна, який набув право вилучити предмет застави, тощо), шляхом покладення відповідного обов'язку на власника чи іншу особу, яка неправомірно утримує це майно.

Наприклад, Конотопський міськрайонний суд Сумської області видав судовий наказ від 14 лютого 2007 р. про присудження кредитній спілці «Єзуч» автомобіля ГАЗ 3110 за договором застави.

При поданні заяв про стягнення з боржника майна може виникнути питання щодо оцінки вартості такого майна, яка згідно з п. 4 ч. 2 ст. 98 ЦПК повинна бути зазначена у заяві про видачу судового наказу. Зокрема про те, хто повинен здійснювати оцінку вартості такого майна і як, у разі сумнівів, встановити достовірну вартість. Як зазначено в Узагальненні практики розгляду

судами цивільних справ у наказному провадженні, першочерговою підставою для визначення достовірної оцінки майна є письмовий договір, укладений між стягувачем та боржником, який, як правило, містить оцінку вартості майна. Крім того, зазначення достовірного розміру вартості витребуваного майна не має вирішального значення, коли йдеться про витребування індивідуально-визначеної речі. З огляду на наведене суду варто вважати достовірною оцінку вартості майна, зазначену в договорі, а за відсутності такого зазначення – вказану стягувачем. Адже у випадку незгоди боржник має право подання заяви про скасування судового наказу з посиланням на недостовірність чи неправильність оцінки майна, що підлягає витребуванню.

У порядку наказного провадження може розглядатися вимога, що ґрунтується на будь-якому дійсному правочині, вчиненому як у простій письмовій формі, так і нотаріально посвідченому. Не допускається видача судового наказу за вимогою, яка ґрунтується на усному правочині, навіть якщо на підтвердження факту його вчинення заявник надав письмові докази (квитанції, чеки, виставлені рахунки та докази їх оплати тощо).

У разі, коли подано заяву про видачу судового наказу про стягнення боргу на підставі письмового правочину, який підлягав нотаріальному засвідченню або державній реєстрації, і ця форма не була дотримана, як вказується в Узагальненні практики розгляду судами цивільних справ у наказному провадженні, суду слід відмовляти у прийнятті таких заяв, керуючись положеннями п. 2 ч. 1 ст. 100 ЦПК, оскільки з них випливає спір про право.

Вбачається, що, звертаючись із заявою про видачу судового наказу на підставі письмового правочину, заявник має подати до суду оригінал документа, в якому зафіксовано відповідний правочин (договір, розписку тощо), його копії відповідно до кількості боржників, а за необхідності також документи, що посвідчують безспірність заборгованості боржника і встановлюють прострочення виконання ним зобов'язання. З цього приводу в Узагальненні практики розгляду судами цивільних справ у наказному провадженні зазначено, що правильною вбачається практика тих судів, які, передусім, вимагають надання заявником власне договору, підписаного сторонами.

Однак у судовій практиці трапляються випадки, коли суди видають судові накази за копіями договорів, зокрема, нотаріально завіреними або завіреними юридичними особами. Зважаючи на те, що чинним цивільним процесуальним законодавством не вимагається подача разом із заявою про видачу судового наказу суду оригіналу договору, вважаємо, що заявник може подавати до суду не оригінал, а належним чином завіреним копію відповідних документів, що обґрунтовують його вимоги. При цьому якщо у боржника будуть сумніви щодо їх достовірності, він завжди може заявити про них в заяві про скасування судового наказу (ст. 106 ЦПК України).

Вирішуючи питання про видачу судового наказу, суддя, на нашу думку, повинен переконатися у тому, що:

– правочин укладено у формі, в якій належить його вчиняти відповідно до закону (ст. 208–209 ЦК України);

– наданий заявником документ відповідає вимогам до письмової форми правочину (ст. 207 ЦК України);

– здійснено належну державну реєстрацію такого правочину, якщо це вимагається законом (ст. 210 ЦК України);

– пред'явлений документ є оригіналом (належним чином завіреною копією, яка не дає підстав сумніватися у її достовірності);

– зміст цього документа підтверджує право вимоги заявника;

– вимогу заявлено до боржника, який зобов'язаний за правочинном передати заявнику певну грошову суму або майно;

– у поданому документі чітко зазначено суму грошової вимоги або ознаки майна, яке витребується;

– боржник прострочив виконання зобов'язання (ст. 612 ЦК України) або неналежно виконав його (ст. 610 ЦК України).

Слід мати на увазі, що не допускається видача судового наказу про стягнення сум, які можуть бути точно встановлені лише у процесі проведення експертного дослідження, а також сум, які визначаються оціночним шляхом (неотриманий прибуток, моральна шкода тощо). Проте, на нашу думку, у випадках, коли суд наділений законним правом зменшити суму стягнення (наприклад, зменшити неустойку згідно з ч. 3 ст. 551 ЦК України), таке право може бути ним реалізовано і в межах наказного провадження, про що слід обов'язково вказати в судовому наказі.

Також не може бути виданий судовий наказ за вимогою про стягнення суми боргу за векселем, якщо вексель не опротестований в установленому законом порядку нотаріусом. При вирішенні питання щодо можливості видачі судових наказів за векселями судам слід враховувати роз'яснення, надані Пленумом Верховного Суду України в Постанові від 8 червня 2007 р. № 5 «Про деякі питання практики розгляду спорів, пов'язаних з обігом векселів».

Переважну більшість справ з підстав п. 1 ч. 1 ст. 96 ЦПК України, як вказується в Узагальненні практики розгляду судами цивільних справ у наказному провадженні, наразі становлять справи щодо видачі судових наказів про стягнення коштів за заявами банків про стягнення з фізичних осіб боргу за кредитними договорами; заявами фізичних осіб щодо наданої ними іншим особам у позику коштів за письмовим договором (як правило, позики); заявами щодо стягнення за боргованості за надані комунальні послуги, електропостачання, газопостачання, послуги зв'язку, оренду землі тощо.

У ЦПК України прямо не вирішено питання про те, чи може бути видано судовий наказ не тільки для стягнення сум основного боргу, а й відсотків (процентів), неустойки (штрафу, пені), комісії (комісійної винагороди), інфляційних нарахувань чи інших фінансових санкцій, збитків, якщо їх нарахування передбачене законом (наприклад, ст. 625 ЦК України) чи договором. У зв'язку із цим складається неоднорідна судова практика з цього питання.

Так, у провадженні Баранівського районного суду Житомирської області перебувають справи за заявами кредитної спілки «Аккорд», які вирішені по-різному.

Зокрема, у червні 2007 р. судом відмовлено у прийнятті заяви про стягнення суми боргу та неустойки з І., у той час як у травні 2007 р. було видано судовий наказ за вимогою того ж стягувача про стягнення суми боргу та неустойки з М.

Проте подібна різноплановість судової практики не може вважатися нормальним явищем. З цього приводу в Узагальненні практики розгляду судами цивільних справ у наказному провадженні вказано, що положення ЦК України щодо неустойки варто розуміти таким чином, що зміна розміру неустойки, передбаченої договором, є винятком із загального правила і можлива лише за наявності відповідної вимоги з боку боржника. Адже дійсний і неоспорений договір є актом волевиявлення сторін, що підтверджує їх згоду виконувати умови, які вони для себе передбачили. Тому у випадку розгляду безспірної вимоги з договору, який містить умову про неустойку, коли неустойка належним чином обчислена, про що свідчать додані до заяви документи, суд не повинен відмовляти стягувачу у видачі судового наказу. Аналогічно слід вирішувати питання стосовно стягнення процентів та комісії.

Коли ж заявником порушується питання про стягнення штрафних санкцій, процентів, збитків, що не впливають з договору, то ця сума з боржником не погоджується, залежить від багатьох складових, які в наказному провадженні не можуть бути досліджені, а отже, вона є спірною.

Вбачається правильним підхід, згідно з яким суди вправі видавати судові накази щодо стягнення штрафних санкцій у випадку, якщо такі санкції передбачені умовами договору та їх обчислення є достовірними.

Так, Дарницьким районним судом м. Києва 27 січня 2006 р. видано судовий наказ за заявою ВАТ «Український мобільний зв'язок» до С. про стягнення за боргованості та штрафних санкцій за договором про надання послуг мобільного зв'язку.

Отже, Верховний Суд України допускає видачу судового наказу за вимогами про стягнення неустойки (штрафу, пені), відсотків (процентів), комісії (комісійної винагороди), штрафних санкцій, якщо їх сплата передбачена безспірним письмовим договором і заявник надав суду чіткий, правильний і достовірний їх розрахунок.

Вимога про стягнення нарахованої, але не виплаченої працівникові суми заробітної плати. Оплата праці в Україні здійснюється відповідно до ст. 43 Конституції України, гл. VII Кодексу законів про працю України, інших нормативно-правових актів, умов трудового договору (контракту).

У порядку наказного провадження допускається здійснення захисту права працівника на отримання заробітної плати, виплата якої затримується з вини працедавця, за умови, що останній не оспорує зазначене право. У тому ж разі, коли між працівником і працедавцем виник спір з приводу невиплати заробітної плати або її розміру, працівник може захистити своє право звернувшись до суду із позовною заявою, тобто у порядку позовного провадження. Також слід мати на увазі, що працівник у будь-якому випадку може захищати у порядку позовного провадження свої трудові права, в тому числі на отримання заробітної плати.

Слід пам'ятати, що відповідно до ч. 2 ст. 233 Кодексу законів про працю України у разі порушення законодавства про оплату праці працівник має право звернутися до суду з позовом про стягнення належної йому заробітної плати без обмеження будь-яким строком. За аналогією ця норма стосується і звернень працівника із заявою про видачу відповідного судового наказу.

Для отримання судового наказу за вимогою про стягнення нарахованої, але невиплаченої заробітної плати, необхідно надати до суду документи, що безспірно підтверджують факт перебування заявника в трудових відносинах з боржником (трудова книжка, довідку з місця роботи тощо) та розмір заборгованості працедавця із заробітної плати (довідку про заборгованість із заробітної плати, яку видає бухгалтерія підприємства, установи, організації або фізична особа-працедавець, де або у якій працює чи працював заявник). Часто працівникам необгрунтовано відмовляють у видачі такої довідки. У такому разі вони мають право звернутися із відповідним письмовим запитом до керівництва підприємства, установи, організації-працедавця відповідно до Закону України «Про звернення громадян» від 2 жовтня 1996 р.

Для видачі судового наказу суддя на підставі ознайомлення з наданими заявником документами має встановити такі обставини:

- працівнику нарахована, але не виплачена заробітна плата;
- нарахування заробітної плати здійснено відповідно до чинного законодавства та умов трудового договору (контракту), колективного трудового договору і штатного розпису;
- із наданих заявником документів можна чітко визначити розмір невиплаченої заробітної плати.

У деяких випадках одночасно з заявою про видачу судового наказу про стягнення нарахованої, але не виплаченої, заробітної плати стягувачами ставиться питання про стягнення компенсації за порушення строків виплати заробітної плати. В Узагальненні практики розгляду судами цивільних справ у наказному провадженні зазначено, що такі вимоги можуть розглядатися судами на підставі п. 2 ч. 1 ст. 96 ЦПК України з видачею судового наказу.

Так, Красноармійський міськрайонний суд Донецької області 3 квітня 2006 р. видав судовий наказ про стягнення з Красноармійського управління шахтобудмеханізації «ДВАТ «Трест Красноармійськ-шахтобуд» на користь К. заборгованості із заробітної плати 2223 грн. 51 коп. та компенсацію за затримку її виплати – 71 грн. Розмір компенсації зазначався у довідці підприємства.

Вимога про компенсацію витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника.

Відповідно до ст. 78 ЦПК України розшук відповідача здійснюється органами внутрішніх справ за ухвалою суду лише у справах за позовами про стягнення аліментів і відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, якщо місцеперебування відповідача невідоме. Витрати на його проведення відносяться до витрат, пов'язаних із розглядом справи, і стягуються з відповідача в

дохід держави за рішенням суду. Питання про розподіл вказаних судових витрат вирішується судом під час ухвалення рішення в порядку позовного провадження (ст. 214 ЦПК України) або шляхом ухвалення додаткового рішення (п. 4 ч. 1 ст. 220 ЦПК України). У порядку наказного провадження це питання вирішуватися не може.

Розшук боржника, транспортних засобів боржника, майна боржника або дитини здійснюється також в рамках виконавчого провадження відповідно до ст. 375 ЦПК України, ст. 42 Закону України «Про виконавче провадження». При цьому розшук боржника та його майна (у тому числі транспортних засобів) є обов'язковим (тобто державний виконавець зобов'язаний його ініціювати) у випадках, встановлених у ч. 1 ст. 42 Закону України «Про виконавче провадження». У всіх інших випадках розшук боржника та його майна є факультативним (необов'язковим), тобто оголошення такого розшуку є правом, а не обов'язком державного виконавця.

Умови, порядок оголошення, здійснення розшукових заходів та покриття витрат на розшук боржника, дитини та майна боржника під час виконавчого провадження показано в таблиці.

Відповідно до ч. 4 ст. 42 Закону України «Про виконавче провадження» витрати органів внутрішніх справ, пов'язані з розшуком громадянина-боржника, дитини або транспортних засобів боржника, стягуються з боржника за ухвалою суду. Витрати, пов'язані з розшуком боржника – юридичної особи або іншого майна боржника, стягуються з боржника за постановою державного виконавця, яка затверджується начальником відповідного органу державної виконавчої служби, якщо він безпосередньо підпорядкований.

Згідно з ч. 5 ст. 42 цього ж Закону за іншими виконавчими документами державний виконавець може звернутися до суду з поданням про розшук боржника або дитини чи винести постанову про оголошення розшуку майна боржника за наявності письмової згоди стягувача відшкодувати витрати на розшук та авансувати зазначені витрати відповідно до цього Закону. В цьому випадку стягувач має право у судовому порядку вимагати від боржника компенсації витрат, пов'язаних з проведенням розшуку.

Таким чином, відповідно до ч. 4, 5 ст. 42 Закону України «Про виконавче провадження», п. 3 ч. 1 ст. 96 ЦПК України встановлюють чотири способи стягнення витрат, пов'язаних з проведенням розшуку:

- за ухвалою суду;
- за постановою державного виконавця;
- за судовим наказом;
- за рішенням суду.

Зважаючи на те, що вказані вище норми законодавства не передбачають взаємної кореляції, а також те, що п. 3 ч. 1 ст. 96 ЦПК України і встановлено саме вимогу про компенсацію, а не стягнення, витрат, пов'язаних із розшуком, що збігається з ч. 5 ст. 42 Закону України «Про виконавче провадження» вважаємо, що в порядку наказного провадження право вимагати стягнення (компенсації) витрат на розшук боржника, транспортних засобів боржника або дитини має стягувач, який у виконавчому провадженні відшкодував та/або авансував витрати на розшук боржника, транспортних засобів борж-

ника або дитини.

Стягнення ж витрат на розшук, понесених органами внутрішніх справ та державної виконавчої служби, за судовим наказом вбачається неможливим з огляду на таке. Вказані органи є органами державної влади, а тому як і будь-які інші державні органи відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Як вказувалось вище, ч. 4 ст. 42 Закону України «Про виконавче провадження» прямо передбачені способи стягнення витрат органів внутрішніх справ та державної виконавчої служби на розшук боржника, дитини або транспортних засобів боржника чи іншого його майна і іншого нею не передбачено. З огляду на це органи внутрішніх справ та державної виконавчої служби не уповноважені на звернення до суду з вимогами про стягнення (компенсацію) витрат на проведення розшуку відповідача, боржника, дитини або транспортних засобів боржника.

У разі пред'явлення такої вимоги заявнику до суду необхідно надати документи, які свідчать про оголошення розшуку (ухвалу суду або постанову державного виконавця), здійснення конкретних розшукових заходів та розрахунок відповідних витрат на їх проведення.

Узагальнюючи правові ознаки вимог, які можуть бути задоволені в порядку наказного провадження, слід зазначити, що всі вони виникають з цивільно-правових зобов'язань або відносин, які мають подібну до зобов'язань правову конструкцію, тобто складаються між кредитором (особою, яка має право вимоги) та боржником (зобов'язаною особою) з приводу виконання боржником на користь кредитора дії у вигляді передачі певної грошової суми або майна.

Як вказувалось вище, із змісту ч. 2 ст. 96 ЦПК України випливає, що перелік вимог, за якими може бути виданий судовий наказ, не є вичерпним. Проте наразі жоден чинний нормативний акт прямо не містить положень, які б доповнювали перелік, встановлений у ч. 1 цієї статті.

Разом з тим непоодинокими є випадки звернення до суду щодо прийняття заяви про видачу судового наказу за іншими вимогами, ніж передбачені ч. 1 ст. 96 ЦПК України.

Так, у розглянутій 27 березня 2006 р. Нахімовським районним судом м. Севастополя заяві про видачу судового наказу військовий прокурор Севастопольського гарнізону в інтересах Б. до військової частини А 4515 просив стягнути нараховану заборгованість з підйомної допомоги.

Деякі суди за однозначно безспірними вимогами, щодо яких законодавством прямо не встановлена можливість видання судового наказу, такі накази видають. Досить часто ці вимоги стосуються виплати нарахованих, але не виплачених грошових сум: вихідної допомоги, підйомної допомоги, допомоги по непрацездатності, допомоги при народженні дитини, аліментів, виплати авторського гонорару тощо.

Наприклад, Романівський районний суд Житомирської області 28 липня 2006 р. видав судовий наказ за заявою прокурора в інтересах Б. про стягнення допомоги за час перебування у відпустці у зв'язку з вагітністю та пологами.

Таблиця.

Вид розшуку	Підстава проведення розшуку	Вид розшуку	Порядок оголошення розшуку	Витрати на розшук	Хто здійснює розшук
Розшук боржника (фізичної, або юридичної особи)	Відсутність відомостей про місце проживання (знаходження) боржника	<i>Обов'язковий:</i> за виконавчими документами про стягнення аліментів, відшкодування шкоди, заподіяної каліцтвом чи іншим ушкодженням здоров'ю або у зв'язку з втратою годувальника	Державний виконавець звертається до суду з поданням про постановлення ухвали про розшук. Розшук оголошується ухвалою суду	Витрати здійснюються за рахунок Державного бюджету з подальшим стягненням з боржника (витрати, пов'язані з розшуком фізичної особи-боржника, стягуються з неї за ухвалою суду, а витрати, пов'язані з розшуком юридичної особи-боржника, стягуються з неї за постановою державного виконавця, яка затверджується начальником відповідного органу державної виконавчої служби, якому він безпосередньо підпорядкований)	Розшук фізичної особи-боржника здійснюють органи внутрішніх справ, а розшук юридичної особи-боржника – органи державної виконавчої служби
		<i>Факультативний:</i> за іншими виконавчими документами		Стягувач відшкодовує та авансує витрати на розшук. Він має право вимагати від боржника компенсувати ці витрати	
Розшук дитини	Відсутність відомостей про місце проживання дитини	<i>Обов'язковий:</i> за виконавчими документами про відібрання дитини		Витрати здійснюються за рахунок Державного бюджету з подальшим стягненням за ухвалою суду з боржника	Органи внутрішніх справ
		<i>Факультативний:</i> за іншими виконавчими документами		Стягувач відшкодовує та авансує витрати на розшук. Він має право вимагати від боржника компенсувати ці витрати	
Розшук майна боржника, у тому числі транспортних засобів	Відсутність відомостей про місце знаходження майна боржника	<i>Обов'язковий:</i> за виконавчими документами про стягнення аліментів, відшкодування шкоди, заподіяної каліцтвом чи іншим ушкодженням здоров'ю або у зв'язку з втратою годувальника	Державний виконавець вносить постанову про розшук майна, яка затверджується начальником відповідного відділу державної виконавчої служби	Витрати здійснюються за рахунок Державного бюджету з подальшим стягненням з боржника (витрати, пов'язані з розшуком транспортних засобів боржника, стягуються з нього за ухвалою суду, а витрати, пов'язані з розшуком іншого майна боржника, стягуються з нього за постановою державного виконавця, яка затверджується начальником відповідного органу державної виконавчої служби, якому він безпосередньо підпорядкований)	Розшук транспортних засобів здійснюють органи внутрішніх справ, іншого майна – органи державної виконавчої служби
		<i>Факультативний:</i> за іншими виконавчими документами		Стягувач відшкодовує та авансує витрати на розшук. Він має право вимагати від боржника компенсувати ці витрати	

Однак незалежно від того, чи є безспірними такі вимоги, суди у переважній більшості випадків відмовляють у прийнятті заяви про видачу судового наказу на тій підставі, що така вимога не передбачена ст. 96 ЦПК України, що нам видається правильним з огляду на чинне цивільне процесуальне законодавство України.

Проте така судова практика вказує напрями розширення кола вимог, за якими можуть видаватися судові накази, що і потрібно враховувати при подальшому удосконаленні інституту наказного провадження.

Звертаємо увагу на те, що положення ч. 2 ст. 96 ЦПК України неодноразово піддавалося критиці в спеціальній літературі [2], оскільки відкритість переліку умов (підстав) для видачі судового наказу дещо ускладнює застосування наказного провадження (якщо будуть заявлятися вимоги, не перераховані в ч. 1 цієї статті). А це не вписується в рамки «спрощення» цивільного судочинства, а також може призвести до зловживань як з боку осіб, які беруть участь у наказному провадженні, так і з боку судових органів. Окрім цього, положення ч. 2 ст. 96 ЦПК України не узгоджуються з п. 1 ч. 1 ст. 100 ЦПК України, відповідно до якого суд відмовляє у видачі судового наказу у разі, якщо заявлено вимогу, не передбачену ст. 96 ЦПК України. Таким чином, норма, закріплена у вказаному пункті ст. 100 ЦПК України, виключає можливість розшире-

ного тлумачення переліку вимог, за якими здійснюється видача судового наказу.

Підбиваючи підсумки викладеному вище, варто зазначити, що, безперечно, в майбутньому на основі узагальнення правозастосовчої практики наказного провадження до переліку вимог, за якими може бути видано судовий наказ, будуть включені й інші безспірні вимоги. Але це має відбуватися шляхом внесення доповнень до ч. 1 цієї статті, а не шляхом розпорошування відповідних норм по різних законодавчих актах. З огляду на це ми підтримуємо тих науковців, які висловились за необхідність виключення ч. 2 зі ст. 96 ЦПК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Фурса С. Я., Щербак С. В., Євтушенко О. І. Цивільний процес України: проблеми і перспективи: науково-практичний посібник. – К.: Видавець Фурса С. Я., КНТ, 2006. – С. 102; Цивільне процесуальне право України: навч. посіб. / За заг. ред. С. С. Бичкової. – К.: Атіка, 2006. – С. 271.
2. Свідерська М. Порівняльна характеристика судового наказу, судового рішення та виконавчого напису нотаріуса // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 3. – С. 119; Цивільне процесуальне право України: навч. посіб. / За заг. ред. С. С. Бичкової. – К.: Атіка, 2006. – С. 271–272; Фурса С. Я., Щербак С. В., Євтушенко О. І. Цивільний процес України: проблеми і перспективи: Науково-практичний посібник. – К.: Видавець Фурса С. Я., КНТ, 2006. – С. 102.

СУДОВІ ЕКСПЕРТИЗИ ТА ЇХ ОСОБЛИВОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ І, ЗОКРЕМА, В СПРАВАХ ПРО ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ (НЕМАЙНОВОЇ) ШКОДИ

Сліпченко О. І.,

*суддя апеляційного суду Київської області,
старший викладач кафедри цивільного судочинства Академії суддів України*

Відповідно до ч. 1 ст. 143 ЦПК України для з'ясування обставин, що мають значення для справи і потребують спеціальних знань в галузі науки, мистецтва, техніки, ремесла тощо, суд призначає експертизу за заявою осіб, які беруть участь у справі. Висновки експертиз відповідно до ст. 57 ЦПК України є одним із засобів доказування. Тому питання про саму можливість і доцільність проведення експертизи в цивільних справах, в тому числі й у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди, є актуальним, а отримані докази за допомогою експертних висновків мають сприяти всебічному, повному та об'єктивному дослідженню обставин справи, постановленню законних і обґрунтованих судових рішень. Вивчення справ про відшкодування моральної (немайнової) шкоди показало, що суди не повною мірою використовують можливості експертизи при вирішенні справ цієї категорії.

Слід відмітити, що розробками теоретичних питань і, зокрема, питань окремих засобів доказування вчені-процесуалісти займаються давно, але найбільш значимими дослідженнями в цьому доволі складному правовому питанні є роботи Ю. К. Юдельсона, А. Ф. Клеймана, М. Й. Стефана, С. Я. Фурса, І. В. Решетнікової, С. В. Курильова, М. К. Треушнікова., Д. М. Чечот.

Метою даної статті є визначення поняття судової експертизи як засобу доказування в цивільних справах і, насамперед, в справах про відшкодування моральної

(немайнової) шкоди, особливостей її призначення, проведення та використанні при ухваленні судових рішень.

Якщо давати визначення поняттю експертизи, то С. Н. Абрамов в цій частині зазначав, що експертиза – це засіб отримання відомостей про факти, які мають значення для справи за допомогою назначених судом осіб, які володіють пізнаннями в науці, мистецтві і ремеслі і які надають суду свої висновки на підставі знайомства зі справою і, як правило, на підставі дослідження яких-то об'єктів [1, с. 211]. Разом з тим таке визначення поняття експертизи є неточним, оскільки воно не вбирає в себе інші, не менш важливі, питання щодо експертних досліджень різного роду явищ як природного, так і техногенного характеру, процесів реагування психіки людини на ті чи інші обставини. Незважаючи на те, що експертизи є складними аналітичними науковими дослідженнями, суд зі своєї сторони повинен належним чином розбиратися в питаннях призначення, дослідження і оцінки експертних висновків.

Відповідно до ст. 143 ЦПК України суд при призначенні експертизи повинен провести низку процесуальних дій, які є обов'язковими. Так, суд повинен:

- з'ясувати обставини, що мають значення для проведення експертизи;
- запропонувати учасникам судового розгляду письмово подати питання, які вони бажають поставити перед експертом;

– оголосити ці питання, а також питання, запропоновані судом;

– заслухати думки учасників судового розгляду з приводу поданих питань;

– у нарадчій кімнаті обміркувати всі ці питання, виключити ті з них, що виходять за межі компетенції експерта, або не стосуються предмета доказування, сформулювати ті питання, які суд вважає за необхідне поставити перед експертом з власної ініціативи, остаточно визначити коло питань, що вносяться на вирішення експертизи і винести ухвалу про призначення експертизи;

– оголосити в судовому засіданні ухвалу про призначення експертизи і направити її експертові разом з матеріалами справи;

– після проведення експертом досліджень експертний висновок приєднується до справи;

– у разі необхідності суд за клопотанням сторін допитує експерта з метою роз'яснення та доповнення ним свого експертного висновку.

При цьому потрібно мати на увазі, що визначення способу проведення експертизи є виключно компетенцією експерта.

Підставою ж для проведення експертизи при вирішенні цивільного спору в суді є ухвала судді (суду) про призначення експертизи, яка постановлюється відповідно до ст. 144 ЦПК України. Ця ухвала повинна бути складеною як окремий документ з наведенням у ній мотивів прийнятого рішення та чітким викладенням питань, що стосуються предмета дослідження. Якщо суд відхиляє питання когось із учасників судового процесу, то він про це зобов'язаний вказати в своїй ухвалі з мотивами такого відхилення.

Експертиза, зазвичай, призначається ухвалою судді після відкриття провадження у цивільній справі в порядку попереднього розгляду справи (п. 5 ч. 6 ст. 130 ЦПК України). Проте іноді позивачі разом з позовними заявами подають поряд з письмовими доказами і висновок експертизи як доказ по справі. Такі експертизи проводяться за ініціативою самих позивачів. Автор вважає, що такі експертні висновки не можуть вважатися доказами, бо вони проведені з порушенням вимог ст. 143, 144, 147 ЦПК України, і на такий висновок не поширюються процесуальні правила, передбачені Цивільним процесуальним кодексом України. Разом з тим такий документ все ж може бути приєднаним до справи і оцінюватись судом як висновок фахівця. Такий висновок суд може оцінювати як письмовий доказ у спорі між сторонами на підставі всебічної його перевірки та оцінки з можливістю допиту такого спеціаліста в якості свідка.

Як зазначається в юридичній літературі, аналогічно слід оцінювати подібні документи, подані суду адвокатами, що беруть участь у розгляді справи. Так, відповідно до ст. 6 Закону України «Про адвокатуру» до професійних прав адвоката віднесено право отримувати письмові висновки фахівців з питань, що потребують спеціальних знань. Якщо адвокат здійснює це право шляхом звернення до суду з клопотанням про призначення експертизи і таке клопотання задовольняється в установленому порядку, то висновок експертизи може бути належним доказом у справі. У разі ж коли фа-

хівець зробить письмові висновки з питань, що потребують спеціальних знань, безпосередньо на запит адвоката, вони також не можуть розцінюватись судом як висновки судової експертизи. Наведені в таких висновках дані суд може визнати достовірними в результаті їх перевірки в судовому засіданні іншими доказами [2, с. 14].

Експертиза за загальними правилами може проводитися лише експертами відповідних установ. Так, відповідно до Закону України від 25 лютого 1994 року «Про судову експертизу» судово-експертна діяльність в Україні здійснюється, як правило, державними спеціалізованими установами та відомчими службами, до яких належать:

– науково-дослідні та інші установи судових експертиз Міністерства юстиції України і Міністерства охорони здоров'я України;

– експертні служби Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України.

Разом з тим до таких робіт можуть залучатися і інші фахівці, призначені судом. В зв'язку з цим судово-експертна діяльність може здійснюватись на підприємницьких засадах на підставі спеціального дозволу (ліцензії), а також громадянами за разовими договорами. Видача ліцензій та атестація судових експертів з числа працівників підприємницьких структур та громадян здійснюється Міністерством юстиції України або Міністерством охорони здоров'я України відповідно до їх повноважень.

Єдиною умовою при цьому є те, що експертом може бути особа, яка володіє необхідними спеціальними знаннями для надання висновку, який вона отримує при дослідженні матеріальних об'єктів, явищ і процесів, що містять інформацію про обставини справи (ч. 1 ст. 53 ЦПК України), при цьому проведення такої роботи їй доручається судом. Таким чином, процесуальний закон пред'являє до експертів вимогу про те, що вони мають володіти не лише спеціальними знаннями, але і могли дати висновок з питань, які виникають під час розгляду справи. Разом з тим експерти не можуть проводити експертизи за власною ініціативою.

У випадках, коли проведення експертизи доручається працівникові підприємницької структури, яка має ліцензію на здійснення судово-експертної діяльності, суд повинен перевірити чи є у фахівця свідоцтво про присвоєння йому кваліфікації судового експерта за відповідною спеціальністю.

Проведення експертизи за разовими договорами може мати місце лише у випадках, коли провести її в іншому порядку неможливо. У договорі мають бути зазначені строки виконання експертизи, розмір винагороди експертові та порядок її виплати (п. 19 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 року № 8 «Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах»). Враховуючи той факт, що експертиза проводиться у зв'язку з необхідністю застосування спеціальних знань для одержання даних про факти, які необхідні для вирішення справи, то спеціальними знаннями необхідно вважати такі знання, які знаходяться за межами правових знань, загальновідомих узагальнень,

які впливають з досвіду людей, тобто тих, якими володіє лише вузьке коло фахівців [3, с. 270].

Неприпустимим є призначення експертизи у випадках, коли з'ясування певних обставин не потребує спеціальних знань, а також порушення перед експертом правових питань, вирішення яких віднесено законом до компетенції суду (зокрема, щодо вини особи, порушень особою законів тощо).

Причому потрібно мати на увазі, що акти чи інші документи, в тому числі відомчі, де зазначаються обставини, встановлені із застосуванням спеціальних знань (наприклад, про причини аварії, вартість ремонту), не можуть розглядатися як висновки експертиз та бути підставою для відмови в призначенні експертизи, навіть якщо вони одержані на запит суду, слідчого або адвоката.

Аналіз діючого законодавства з питань відшкодування моральної (немайнової) шкоди свідчить про те, що закон не містить прямих вказівок на необхідність обґрунтування висновків експертиз за допомогою фахівців суміжних професій: психологів, медиків, фізіологів. Однак, як вже зазначалося в юридичній літературі, саме в Україні провадились серйозні наукові дослідження у сфері психофізіології. Тобто вже зараз наука і практика має конкретні відповіді на запитання про індивідуальну реакцію на стресові фактори різної якості [4, с. 15]. Тому є всі підстави вважати, що в кожному конкретному випадку є конкретна відповідь на запитання про ціну людських страждань.

Таким чином, сьогодні судочинство стоїть на порозі того, що відшкодування моральної шкоди буде пов'язуватися з висновками судово-психофізіологічних експертиз, як експертиз нового типу. Саме в таких експертизах визначається глибина моральних страждань, вплив негативних наслідків на стан здоров'я особи, часу продовження таких страждань тощо.

Дійсно, психологія – це наука, що вивчає процеси активного відображення людиною об'єктивної реальності у формі відчуття, сприйняття, понять, почуття та інших явищ психіки. Тому є всі підстави вважати, що в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди має проводитись психофізіологічна експертиза, що дасть змогу суду визначати адекватний розмір компенсації такої шкоди залежно від характеру завданих потерпілому фізичних та моральних страждань. При цьому характер фізичних та моральних страждань буде оцінюватись не тільки з урахуванням фактичних обставин, за яких було завдано моральну шкоду (об'єктивний критерій), а й індивідуальних особливостей потерпілого (суб'єктивний критерій).

В юридичній літературі висловлена думка, що судово-експертиза має призначатися лише за умови, якщо певні обставини іншими засобами доказування з'ясувати неможливо. Інакше її проведення призводить до затягування розгляду справи по суті та збільшення судових витрат [5, с. 14]. Категоричність цього твердження є спірним, бо воно не ґрунтується на діючому цивільному процесуальному законодавстві України (ст. 10, 60 та 212, 213 ЦПК України) і є нічим як одним з проявів процесуального спрощення, на недопущення якого вказує Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 1990 р. з № 9 із змінами, внесення

Постановою Пленуму від 25 грудня 1992 р. № 13 «Про практику застосування судами процесуального законодавства при розгляді цивільних справ по першій інстанції». Рішення суду має ґрунтуватись на всебічному, повному й об'єктивному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності, суд же при цьому має керуватись загальним правилом достатності доказів [6].

Судова експертиза і, перш за все, психофізіологічна експертиза, яка повинна стати у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди обов'язковою, завжди проводиться на науковій основі. При цьому експертизи відображають ступінь розвитку сучасної науки. Незважаючи на складність і глибину конкретних досліджень, спеціальних словосполучень, висновки експертиз підлягають обов'язковому дослідженню в судовому засіданні

При дослідженні висновку експертиз суд насамперед для себе повинен з'ясувати дані обставини для того, щоб правильно розуміти їх зміст. В той же час висновки експертиз не мають для суду, насамперед, встановленого значення чи переваг над іншими доказами, а тому вони підлягають перевірці й оцінці як інші докази в їх сукупності на підставі внутрішнього переконання суддів. При цьому внутрішнє переконання, в свою чергу, має ґрунтуватися на всебічному, повному й об'єктивному розгляді всіх обставин справи. Разом з тим з'ясуванню підлягають не лише ті питання, що безпосередньо стосуються предмета дослідження, а й питання наукової обґрунтованості висновку, правильності застосування конкретної методики, якою установою чи особою така методика розроблена, яким органом чи установою дозволено та рекомендовано її використання, джерело опублікування таких методик. На ці питання судді дуже часто не звертають уваги, обмежуючись лише проголошенням самого висновку експертиз, хоча такий висновок містить в собі детальний опис проведених досліджень на підставі можливо різних підходів та методик досліджень, що є немаловажною обставиною, бо дослідження судом цих частин експертного висновку дає суду уявлення про механізм отримання того чи іншого висновку.

Таким чином, під судовою експертизою слід розуміти наукові дослідження об'єктів матеріального світу, явищ та процесів, які проводяться в певному процесуальному порядку з дотриманням встановлених в процесуальному законі вимог. Такі дослідження проводяться експертами відповідних установ або іншими фахівцями, призначеними судом з метою одержання доказів-фактів, що мають значення для правильного вирішення справи, та ґрунтуються на науковій основі і відображають сутність розвитку сучасної науки.

Незважаючи на те, що експертизи як засіб доказування отримали своє визнання в останні сто років, але їх значення в судочинстві і стрімкий науковий розвиток можуть в недалекому майбутньому привести до перегляду визнаних на сьогодні постулатів – правил, одним із яких є відсутність переваг одних доказів над іншими. Сьогодні точність і глибина експертних висновків є такою, що в окремих випадках висновки експертиз стають основними і єдиними достовірними доказами по справах. У зв'язку з цим дане питання потребує актив-

ного наукового дослідження. Особливо це має значення в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди, де визначення такої шкоди і на цьому ґрунті визначення розмірів шкоди є складним і виключно професійним питанням.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Абрамов С. Н.* Советский гражданский процесс. М.: Госюриздат. 1952. – С. 211.
 2. *Гринченко А. Д., Шульженко О. О., Нагорний Г. М.* Практика використання у цивільному судочинстві матеріалів судових експертиз

// Вісник Верховного Суду України. – 1997. – № 3. – С. 14.
 3. *Штефан М. Й.* Цивільний процес. – К.: Ін Юре. – 1997. – С. 270.
 4. *Волочай Е.* Моральний ущерб: здоровий смысл или научный анализ? // Юридическая практика – 1997. – № 23. – С. 15.
 5. *Гринченко А. Д., Шульженко О. О., Нагорний Г. М.* Практика використання у цивільному судочинстві матеріалів судових експертиз // Вісник Верховного Суду України. – 1997. – № 3. – С. 14.
 6. *Постанова* Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 1990 р. № 9 «Про практику застосування судами процесуального законодавства при розгляді цивільних справ по першій інстанції» / Збірник Постанов Пленуму Верховного Суду України.

ДОЦІЛЬНІСТЬ ПЕРЕДАЧІ СПОРІВ «ДЕРЖАВА ПРОТИ ОСОБИ» ІЗ КОМПЕТЕНЦІЙ АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДІВ ДО ПІДВІДОМЧОСТІ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ

Перепелюк В. Г.,

*кандидат юридичних наук,
 старший науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва
 НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

Відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАСУ) спори за зверненням органу публічної адміністрації до приватної особи віднесено до компетенції адміністративних судів. Судова статистика за 2007–2008 рр. свідчить про те, що кількість таких звернень стрімко зростає. Якщо у першому півріччі 2007 р. кількість проваджень, відкритих за такими зверненнями, становила 4,36 % від числа усіх справ, які перебували у провадженні адміністративних судів, то у першому півріччі 2008 року цей показник сягнув 23,17 % [1]; тобто по цій категорії справ навантаження на суддів зросло більше як у 5 разів. І це у той час, коли на початку 2008 р. Верховний Суд України констатував перевантаженість суддів місцевих судів [2]. Виникає питання, а чи доцільно, щоб ці спори і далі належали до адміністративної юрисдикції; можливо варто їх вилучити із компетенції адміністративних судів, щоб ці суди могли зосередитись на тих спорах, для розгляду яких вони власне і були створені, – спорах щодо оскарження приватною особою протиправних дій органів публічної адміністрації? При чому проблема позовів «публічна адміністрація проти особи», у першу чергу, стосується сфери економіки, оскільки за законом більшість із них можуть бути спрямовані саме проти суб'єктів господарювання.

Аналіз законодавства свідчить, що за змістом вимог зазначені позови можна поділити на дві групи: 1) позови про примушення приватної особи до виконання публічного обов'язку, якщо добровільно вона його виконати відмовилася; 2) позови про вжиття судом санкції, яка є наслідком невиконання особою публічного обов'язку. Прикладами першого виду позовів є звернення органів контрольно-ревізійної служби України про спонукання до проведення інвентаризацій основних фондів, товарно-матеріальних цінностей, коштів і розрахунків [3] або ж звернення органів Пенсійного фонду України про стягнення недоїмки із загальнообов'язкового державного пенсійного страхування [4]. А до другої групи можна віднести, зокрема, позов Морської охорони Державної прикордонної служби України про накладення штрафу та конфіскацію майна порушників

законодавства про виключну (морську) економічну зону [5], а так само позов Національної ради з питань телебачення і радіомовлення про анулювання ліцензії на мовлення [6].

За результатами розгляду позовів першої групи суд приймає, як правило, рішення про присудження або рішення про визнання. Ці рішення є традиційними засобами вирішення будь-яких правових спорів; підходять вони і для вирішення публічно-правових спорів, що належать до адміністративної юрисдикції. Приймаючи згадані рішення, суд дає оцінку тому змісту спірних правовідносин, який склався на момент виникнення спору, і в жодному разі не змінює цей зміст. Тобто нових правових приписів судове рішення не містить, воно лише підтверджує обов'язок відповідача виконати те, що він не виконав добровільно. Інша ситуація складається при ухваленні судом рішення за результатами розгляду позовів другої групи. Встановивши порушення особою певної заборони або невиконання нею певного обов'язку, суд на підставі закону покладає на порушника у вигляді санкції новий обов'язок і у такий спосіб змінює зміст спірного правовідношення (або ж започатковує нове правовідношення між позивачем та відповідачем). У теорії процесуального права рішення, якими суд змінює (припиняє) спірні правовідносини або започатковує нові правовідносини між сторонами спору, називають конститутивними (перетворюючими) [7].

Зупинимось докладніше на конститутивних рішеннях. Приймаючи їх, суд фактично підміняє собою публічну адміністрацію, адже замість неї здійснює позитивне індивідуально-правове регулювання суспільних відносин. Така ситуація прийнятна при вирішенні судом приватного спору. Адже сторони такого спору є рівними і жодна із них в односторонньому порядку усунути конфлікт не може. А от публічно-правові спори, сторони яких за характером своїх матеріальних прав є нерівними, таку можливість передбачають: конфлікт може бути усунений в односторонньому порядку тією стороною, яка має владні повноваження. Тому, на нашу думку, адміністративний суд варто звільнити від виконання невласливої йому функції – прийняття індивіду-

альних правових приписів з метою регулювання суспільних правовідносин – і повернути її органам публічної адміністрації.

Правда, деякі спори все ж таки мають залишитись у судовій юрисдикції. Маються на увазі спори про застосування до фізичних осіб такого виду санкції як конфіскація. До цього підходу нас зобов'язує ч. 6 ст. 41 Конституції України: «конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом».

Поряд із наведеними спорами у судовій юрисдикції можуть бути залишеними спори про застосування конфіскації до юридичних осіб та спори про застосування інших видів вилучення майна у фізичних та юридичних осіб. Такий підхід є виправданим, наприклад, щодо спорів про застосування санкції, що передбачена ч. 1 ст. 208 Господарського кодексу України (далі – ГКУ) – стягнення в дохід держави майна, одержаного на виконання господарського зобов'язання, що вчинено з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави і суспільства. Припинення права власності сторін угоди (господарського зобов'язання) на кошти, які були використані ними із протиправною метою, за своїм змістом та метою є досить близьким до конфіскації. При застосуванні санкції, передбаченої ст. 208 ГКУ, необхідно встановити низку фактів (вартість майна, що виступило предметом порушення, дійсний намір сторін господарського зобов'язання тощо), що не мають очевидного характеру і є потенційно спірними для сторін публічно-правового конфлікту. Тому для дослідження цих фактів в якості найбільш придатних виступають судові процедури, а не адміністративні. Така позиція має своїх прихильників серед юристів-практиків [8].

Зауважимо, що залишення згаданих спорів у судовій юрисдикції ще не означає, що вони і далі повинні належати до адміністративної юрисдикції. Безперечно, відповідальність, встановлена у вигляді різного роду санкцій майнового та організаційного характеру за порушення правил господарювання, за своїм характером є публічно-правовою. Це, власне, підтвердив і Конституційний Суд України, зокрема, стосовно відповідальності, встановленої нормами валютного та податкового законодавства для забезпечення режиму здійснення валютних операцій, фінансової (в тому числі податкової) дисципліни. У відповідному рішенні цього Суду зазначено, що «за змістом згаданих норм предметом їх регулювання є відносини не цивільно-правового, а публічно-правового характеру, передбачена ними відповідальність також є публічно-правовою» [9]. Тобто відповідні правила господарювання встановлюються з метою забезпечення саме публічного інтересу, і каральні санкції за їх порушення застосовуються переважно органами публічної адміністрації. Проте, на нашу думку, публічно-правовий характер такої відповідальності не означає, що вона повинна бути виключно управлінською і, відповідно, спори з її приводу мають належати виключно до адміністративної юрисдикції. Адже відомо, що каральний потенціал закладено також і в іншому виді публічно-правової відповідальності – кримінальній.

Аналіз складів згаданих правопорушень у сфері

господарювання та каральних санкцій, передбачених за їх скоєння, свідчить, що далеко не всі з них за своїм змістом є управлінськими. Візьмемо, наприклад, відносини щодо закупівлі комерційними банками за Дорученням і за рахунок своїх клієнтів іноземної валюти на міжбанківському валютному ринку України. Режим законності цих відносини забезпечується фінансовими санкціями, установленими ст. 16 «Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю». Звісно, норми наведеної статті є публічно-правовими. Але це ще не означає, що відносини, законність яких вони забезпечують, також є публічно-правовими, управлінськими. У наведеному прикладі суспільні відносини є приватними, адже їх сторонами є рівноправні суб'єкти господарювання – комерційний банк та його клієнт. При цьому природа цих відносин не змінилася від того, що законодавець імперативною нормою [10] обмежив свободу діяльності комерційного банку і установив, що закупівлю валюти слід здійснювати виключно на міжбанківському валютному ринку України.

Щодо санкцій у сфері господарювання, які на сьогодні застосовуються у порядку адміністративного судочинства, то значна їх кількість, зокрема, позбавлення ліцензії [11]; вилучення до державного бюджету України прибутку суб'єкта господарювання, одержаного у результаті порушення норм законів [12]; вилучення об'єкту із комунальної власності до державної через безгосподарне його використання [13]; припинення випуску видання [14] за своїм каральним змістом наближаються до кримінальних покарань. Тому вважаємо за можливе функцію із застосування цих санкцій передати до судів кримінальної юрисдикції.

Ця пропозиція цілком узгоджується із реформами, які запроваджуються у сферах адміністративної та кримінальної відповідальності. Адміністративні проступки, які за своєю суттю не є управлінськими, передбачається віднести до розряду кримінальних проступків і, відповідно, такі адміністративні покарання як конфіскація майна, позбавлення спеціального права через їх кримінально-правовий характер передбачається включити до групи кримінальних покарань, що будуть застосовуватись у порядку кримінального судочинства [15].

На цьому у реформуванні інституту адміністративних позовів «публічна адміністрація проти особи» можна було б зупинитись. Тобто у складі компетенції адміністративних судів залишаться лише позови про примушення приватної особи до виконання обов'язку, який вона не виконала добровільно. Але, на нашу думку, належність цієї категорії позовів до судової юрисдикції також не є безсумнівною.

З першого погляду природно, коли обидва учасники спірних правовідносин, у нашому випадку публічних правовідносин, мають можливість оспорювати у суді правомірність поведінки один одного. Приватна особа має право оскаржувати рішення, дії та бездіяльність суб'єкта владних повноважень, а суб'єкт владних повноважень, у свою чергу, – звертатись із позовом проти приватної особи, яка не виконує своїх публічних обов'язків. Проте у сфері публічних правовідносин така «рівність у праві на позов» не виправдана, адже вона

суперечить презумпції законності (дійсності) правових актів управління [16]. З моменту набрання чинності правовий акт управління є обов'язковим як для добровільного, так і для примусового виконання. Коли ж закон запроваджує необхідність отримання від адміністративного суду «санкції» на примусове виконання відповідного правового акта, то у такий спосіб пере-креслюється юридична чинність цього акта.

Для того, щоб виправити наведену недоречність, пропонуємо запровадити підхід, за яким правовий акт управління можна буде примусово реалізувати без звернення до адміністративного суду. При цьому така пропозиція стосується виконання будь-яких за змістом актів управління. Це можуть бути як акти, які зобов'язують приватну особу до певних організаційних дій, наприклад, усунення виявлених ревізією порушень законодавства з питань збереження і використання активів [17], так і акти, що покладають на приватну особу певні обов'язки майнового характеру, у тому числі зі сплати податкових зобов'язань [18], штрафу [19].

З точки зору проблеми забезпечення примусового виконання актів управління особливо цікавою є остання група актів, згадана у наведеному прикладі, – акти про накладення штрафу. Серед них можна виділити ті, що є наслідком невиконання особою обов'язку, який визначений безпосередньо законом, та ті акти, що карають особу за невиконання обов'язку, покладеного на неї раніше прийнятим іншим актом управління. Фактично акти другого із наведених видів є інструментом примушування особи до виконання інших актів управління. Але ефективність цього інструменту у дійсності досить невисока, адже у переважній більшості випадків накладені із цією метою штрафи можуть бути стягнуті лише у судовому порядку.

Отже, першим кроком у напрямі передачі органам публічної адміністрації права примусово виконувати свої акти має бути закріплення можливості безспірного стягнення тих штрафів, які на сьогодні законом вже передбачені як реакція на невиконання особою відповідних актів управління. Другий крок, на нашу думку, має полягати у запровадженні можливості безспірного стягнення штрафів за невиконання будь-якого правового акта управління, на зразок безспірного стягнення штрафів, що накладаються державним виконавцем при забезпеченні примусового виконання судових рішень. Цей крок можна реалізувати шляхом закріплення відповідного правила в Адміністративно-процедурному кодексі, проект якого перебуває на розгляді у парламенті України. На сьогодні, на нашу думку, немає логіки у тому, що штрафи, накладені державним виконавцем (тобто публічною адміністрацією) при примусовому виконанні судових рішень стягненню у безспірному порядку підлягають, а штрафи, застосовані тією ж публічною адміністрацією, але вже для примусового виконання актів управління, – ні.

Втілення цієї пропозиції вимагатиме внесення змін до ст. 1071 ЦК України, яка передбачає, що гроші з рахунку клієнта у примусовому порядку можуть бути списані виключно на підставі рішення суду. Побожовання, що такий крок послабить гарантії прав підприємців від зловживань і протиправного втручання з боку орга-

нів публічної адміністрації, на нашу думку, без підставні. Адже адміністративні суди і надалі виконуватимуть функцію контролю за публічною адміністрацією, у тому числі за її діяльністю щодо примусового виконання актів управління.

Підсумовуючи викладене, можна запропонувати такі шляхи звільнення адміністративних судів від виконання невластивої для них функції розгляду позовів «публічна адміністрація проти особи».

1. Справи про застосування санкцій за правопорушення у сфері управління (зокрема, за неподання звітності, за провадження діяльності без ліцензії) варто повернути до підвідомчості органів публічної адміністрації.

2. Справи про застосування кримінальних за своїм характером санкцій за правопорушення, які за своїм змістом не є управлінськими, слід передати до судів кримінальної юрисдикції.

3. Справи про примушування особи до виконання публічно-правового обов'язку, не виконаного нею добровільно, необхідно передати органам публічної адміністрації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Таблиця 3.1. Аналітичних таблиць щодо стану здійснення правосуддя у 2008 році // <http://court.gov.ua>.
2. Постанова розширеного спільного засідання Президії Верховного Суду України, президії Ради суддів України та колегії Державної судової адміністрації України від 18 квітня 2008 р. «Про стан здійснення судочинства у 2007 році та завдання на 2008 рік».
3. Абзац 1 п. 4 ч. 1 ст. 10 Закону України «Про контрольно-ревізійну службу в Україні» // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 13. – Ст. 110.
4. Абзац 8 ч. 3 ст. 106 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» // Офіційний вісник України. – 2003. – № 33. – Ст. 1770.
5. Частина 3 ст. 27 Закону України «Про виключну (морську) економічну зону України» // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 21. – Ст. 152.
6. Стаття 37 Закону України «Про телебачення і радіо мовлення» // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 10. – Ст. 43.
7. Гурвич М. А. Судебное решение. Теоретические проблемы. – М.: Юридическая литература, 1976. – С. 14–15.
8. Коментар судді Верховного Суду України М. Гусака до Постанови Верховного Суду України від 25 вересня 2007 р. у справі № 21-405 по07 // Правовий тиждень. – 2008. – № 6 (79).
9. Пункт 3 Рішення Конституційного Суду України у справі про відповідальність юридичних осіб від 30 травня 2001 р. № 7-рп/2001 // Офіційний вісник України. – 2001. – № 24. – Ст. 1076.
10. Пункт 4 ст. 4 «Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 17. – Ст. 184.
11. Частина 4 ст. 17 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» // Офіційний вісник України. – 2002. – № 50. – Ст. 2248.
12. Стаття 19 Закону України «Про природні монополії» // Офіційний вісник України. – 2000. – № 19. – Ст. 772.
13. Частина 1 ст. 21 Закону України «Про охорону культурної спадщини» // Офіційний вісник України. – 2000. – № 27. – Ст. 1112.
14. Частина 3 ст. 11 та 18 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) України» // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 1. – Ст. 1.

15. *Концепція* реформування кримінальної юстиції України, затверджена Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 27. – Ст. 838.

16. *Стариков Ю. Н.* Курс общего административного права. В 3-х т. Т. II: Государственная служба. Управленческие действия. Правовые акты управления. Административная юстиция. – М.: Норма, 2002. – С. 280–281.

17. *Пункт 10* ч. 1 ст. 10 Закону України «Про контрольно-ревізійну службу в Україні» // Відомості Верховної Ради України. –

1993. – № 13. – Ст. 110.

18. *Абзац 1* пп. 4.3.5 п. 4.3 ст. 4 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» у редакції Закону України від 22 червня 2004 р // Офіційний вісник України. – 2001. – № 7. – Ст. 259.

19. *Частина 7* ст. 3 Закону України «Про відповідальність підприємств, їх об'єднань, установ та організацій за правопорушення у сфері містобудування» // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 46. – Ст. 411.

ВИЗНАЧЕННЯ СКЛАДУ ОСІБ, ЯКІ БЕРУТЬ УЧАСТЬ У ДЕЯКИХ СПРАВАХ, ЩО МОЖУТЬ РОЗГЛЯДАТИСЯ В ПОРЯДКУ ОКРЕМОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Бичкова С. С.,

*кандидат юридичних наук,
доцент Київського національного університету внутрішніх справ*

У Цивільному процесуальному кодексі України (далі – ЦПК України) закріплено три види судочинства у цивільних справах, у тому числі окреме провадження, в порядку якого розглядаються і вирішуються справи про встановлення визначених у законі юридичних фактів (за умови, що такі факти породжують для особи певні правові наслідки і їх встановлення, не пов'язане із вирішенням спору про право). Встановлення спеціального порядку розгляду і вирішення зазначених справ пов'язане з тим, що вони мають свої специфічні риси, наприклад, щодо суб'єктного складу, дії принципів цивільного процесу, меж судового розгляду тощо.

Із прийняттям у 2004 р. ЦПК України окреме провадження як вид цивільного судочинства було суттєво реформовано. Зокрема, законодавцем значно розширено коло справ, що розглядаються і вирішуються в його порядку, а також встановлено, що перелік цих справ не є вичерпним.

Так, у ч. 2 ст. 234 ЦПК України перелічено одинакять категорій цивільних справ окремого провадження, особливості порядку розгляду і вирішення яких закріплено у главах 2–12 розділу IV ЦПК України.

Відповідно до ч. 3 ст. 234 ЦПК України у порядку окремого провадження розглядаються також:

- 1) справи про надання права на шлюб;
- 2) справи про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей;
- 3) справи про поновлення шлюбу після його розірвання. Слід зауважити, що ст. 117 СК України, яка встановлювала відповідне право, виключена Законом України від 22 грудня 2006 р. «Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України». У зв'язку із цим на сьогодні більше немає можливості поновлювати шлюб після його розірвання, хоча це ще не враховано у тексті ст. 234 ЦПК України, до якої також необхідно внести відповідні зміни;
- 4) справи про встановлення режиму окремого проживання за заявою подружжя;
- 5) інші справи у випадках, встановлених законом.

Крім того, згідно з ст. 256 ЦПК України, у якій визначаються конкретні справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення, у судовому порядку можуть бути встановлені також інші факти, від яких залежить виникнення, зміна або припинення особистих чи майнових прав фізичних осіб, якщо законом не визначено іншого

порядку їх встановлення (ч. 2 вказаної статті).

Така відкритість переліків, закріплених у ч. 3 ст. 234, ч. 2 ст. 256 ЦПК України, породжує неоднозначність розуміння відповідних законодавчих положень, у зв'язку із чим виникають проблеми із їх застосуванням на практиці, які у юридичній літературі не знайшли свого повного вирішення.¹ І це, незважаючи на те, що сутність окремого провадження або певної категорії цивільних справ, що розглядаються у його порядку, у своїх працях досліджували, зокрема, такі науковці: Ю. В. Білоусов, В. В. Блажеєв, В. Г. Бобко, О. О. Борисова, С. В. Васильєв, В. П. Воложанін, Г. О. Жилін, Ю. О. Заїка, Р. Ф. Каллістратова, В. М. Кравчук, І. М. Пятілетов, І. В. Решетнікова, Г. О. Світлична, В. І. Тертишніков, О. І. Угриновська, І. В. Удальцова, Є. І. Фурса, С. Я. Фурса, Ю. С. Червоний, М. Й. Штефан, В. В. Янков та ін.

Тому при написанні цієї статті було поставлено за мету визначити склад осіб, які беруть участь у деяких прямо непоіменованих у ЦПК України справах, що можуть розглядатися і вирішуватися у порядку окремого провадження. Вбачається, це допоможе у розв'язанні хоча б однієї із проблем, притаманних цьому виду цивільного судочинства. Досягнення поставленої мети обумовило постановку низки завдань, одним із яких є окреслення кола цивільних справ, що підпадають під законодавче формулювання «інші справи у випадках, встановлених законом».

Хоча, як зазначалося, подібні питання виникають і при застосуванні правової норми, закріпленої у ч. 2 ст. 256 ЦПК України, їх вирішення не охоплюється предметом цієї статті і є одним із перспективних напрямів подальших наукових досліджень.

Для початку визначимо склад осіб, які беруть участь у справах окремого провадження. Як впливає із аналізу ч. 2, 3 ст. 26, ч. 1 ст. 38, ч. 4 ст. 235 ЦПК України, такими особами є:

¹ Зокрема, вченими на сьогодні приділено увагу лише кільком іншим справам, які, на їх думку, можуть розглядатися у порядку окремого провадження [4, с. 635; 6, с. 592]. Щоправда, С. Я. Фурса детально проаналізувала деякі справи про встановлення у порядку окремого провадження фактів, що мають юридичне значення [6, с. 719–730]. Інші ж науковці, зазвичай, не зупиняються на всебічній характеристиці таких цивільних справ [2, с. 486–487; 4, с. 679–681; 5, с. 288; 6, с. 552].

1) заявник – особа, в інтересах якої відкрито окреме провадження у цивільній справі;

2) інші заінтересовані особи. Таке поняття носить збірний характер і охоплює всіх осіб, прав, свобод та інтересів яких тією чи іншою мірою може стосуватися ухвалене у справі окремого провадження рішення [3, с. 444–445].

Відразу слід наголосити, що однією із визначальних рис усіх без винятку справ, що розглядаються і вирішуються у порядку окремого провадження, є відсутність у них сторін. Оскільки окреме провадження не пов'язане із вирішенням матеріально-правового спору, заявники та інші заінтересовані особи не протистоять одне одному, а отже, і не є сторонами цивільної справи. Хоча деякі процесуалісти вважають, що заявник і заінтересована особа є двома конкретними сторонами [1, с. 408];

3) органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб.

Такі органи та особи, згідно із ч. 2 ст. 26, ст. 45 ЦПК України, можуть брати участь у будь-яких цивільних справах за наявності визначених у законі підстав. Наприклад, в усіх справах окремого провадження, під час розгляду і вирішення яких зачіпаються інтереси малолітніх і неповнолітніх фізичних осіб, мають право брати участь органи опіки та піклування. Цей висновок впливає, серед іншого, із п. 1.7 Правил опіки та піклування, затверджених наказом Державного комітету України у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України від 26 травня 1999 р. № 34/166/131/88, у якому закріплено, що органи опіки та піклування згідно із покладеними на них завданнями та розподілом повноважень між структурними підрозділами відповідних управлінь і відділів місцевої державної адміністрації, зокрема, вживають заходи щодо захисту особистих та майнових прав неповнолітніх дітей; провадять іншу діяльність щодо забезпечення прав та інтересів неповнолітніх дітей. Тому у подальшому ми будемо згадувати про органи та осіб, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, лише у разі особливої вказівки законодавця щодо їх участі у конкретній цивільній справі;

4) представники заявника, інших заінтересованих осіб, а також органів та осіб, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб.

У ч. 1 ст. 38 ЦПК України, ч. 1 ст. 223 СК України встановлено єдиний виняток щодо можливості представництва у цивільних справах, а саме – щодо справ про усиновлення. Отже, це означає, що в усіх інших справах окремого провадження заявники та інші заінтересовані особи, а також органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, можуть брати участь особисто або через представника. Визначення ж особливостей представництва у конкретних справах, що розглядаються у порядку окремого провадження, також виходить за межі цієї статті з огляду на поставлену при її написанні мету. У зв'язку із цим не має потреби окремо зупинятися на представниках як особах, які беруть участь у справах, що будуть аналізуватися нижче.

Як уже зазначалося, у цій статті ми зупинимося не

на всіх справах, що можуть розглядатися і вирішуватися у порядку окремого провадження, а лише на тих, які прямо непоіменовані у ЦПК України. Тобто предмет цього дослідження становлять цивільні справи, які прямо не вказані у переліку справ окремого провадження, закріпленому у ч. 2, 3 ст. 234 ЦПК України, але при цьому можуть охоплюватися законодавчим формулюванням «інші справи у випадках, встановлених законом».

Оскільки законодавець чітко не визначає, що це за справи, то при вирішенні питання про віднесеність справ до окремого провадження, вбачається, потрібно керуватися ознаками, що впливають із поняття, закріпленого у ч. 1 ст. 234 ЦПК України, а також положеннями п. 1 ч. 1 ст. 122, ч. 6 ст. 235 ЦПК України:

1) вирішення відповідного питання становить компетенцію суду і може розглядатися у порядку цивільного судочинства;

2) у цих справах відсутній матеріально-правовий спір;

3) предметом таких цивільних справ є підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав та інтересів особи або створення умов здійснення нею особистих немайнових чи майнових прав або підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав.

Отже, врахувавши у сукупності наявність вказаних умов і виходячи із законодавчих конструкцій відповідних правових норм, можна визначити, що у порядку окремого провадження можуть розглядатися такі справи із визначеним нами суб'єктивним складом осіб, які беруть участь у справах (без урахування представників). Це справи про:

1) *визнання шлюбу неукладеним.*

Відповідно до ч. 1 ст. 34 СК України присутність нареченої та нареченого в момент реєстрації їхнього шлюбу є обов'язковою. Правовим наслідком порушення цього імперативного правила є те, що шлюб, зареєстрований у відсутності нареченої і (або) нареченого, вважається неукладеним. Запис про такий шлюб у державному органі реєстрації актів цивільного стану анулюється за рішенням суду за заявою заінтересованої особи або прокурора (ст. 48 СК України).

Отже, заявником у справі про визнання шлюбу неукладеним є будь-яка заінтересована особа (зокрема, один із подружжя, шлюб якого вимагається визнати неукладеним).

У ст. 48 СК України підкреслюється, що відповідну заяву може також подати прокурор. Але він не стає заявником у такому випадку, а залишається особою, якій законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб.

Іншими заінтересованими особами у справах, що аналізуються, можуть бути:

– другий з подружжя;

– діти подружжя;

– відповідний державний орган реєстрації актів цивільного стану та ін.;

2) *визнання розірвання шлюбу фіктивним.*

У встановлених законом випадках шлюб припиняється внаслідок його розірвання державним органом реєстрації актів цивільного стану за спільною заявою

подружжя, яке не має дітей (ст. 106 СК України), або за заявою одного із подружжя (ст. 107 СК України).

Хоча таке розірвання шлюбу може бути визнане судом фіктивним, однак лише у разі, якщо шлюб було розірвано за:

- спільною заявою подружжя;
- заявою одного із подружжя, якщо другий із подружжя засуджений за вчинення злочину до позбавлення волі на строк не менш як три роки.

Заявником у справі про визнання шлюбу фіктивним є будь-яка заінтересована особа.

Як інші заінтересовані особи у таких справах можуть брати участь, залежно від того, хто виступає заявником: саме подружжя, один із подружжя, діти подружжя або одного із них та ін.;

3) *припинення режиму окремого проживання подружжя.*

Слід підкреслити, що, виходячи із законодавчого формулювання ч. 2 ст. 119 СК України, незалежно від того, у порядку якого виду цивільного судочинства було встановлено режим окремого проживання подружжя (у порядку позовного чи окремого провадження), якщо жінка чи чоловік звернеться до суду із заявою про припинення такого режиму, суд має ухвалити відповідне рішення. Тобто суд повинен засвідчити факт припинення режиму окремого проживання подружжя, що здійснюється у порядку окремого провадження.

Заявниками у справах про припинення режиму окремого проживання є або подружжя, для якого судом встановлений режим окремого проживання, тобто одночасно чоловік і дружина, або один із такого подружжя.

Іншими заінтересованими особами у таких справах можуть бути визнані, наприклад, діти вказаного подружжя;

4) *надання права на побачення з дитиною матері, батькові, які позбавлені батьківських прав.*

Як впливає із аналізу ст. 168 СК України, у цій категорії цивільних справ заявниками є мати та (або) батько, які позбавлені батьківських прав.

Іншими заінтересованими особами залежно від конкретних обставин справи про надання права на побачення з дитиною матері, батькові, які позбавлені батьківських прав, можуть бути: другий з батьків, який не позбавлений батьківських прав; опікун (піклувальник) дитини; особа, яка її утримує та виховує; сама дитина та ін.;

5) *повернення дитини батькам чи іншим особам.*

Згідно із ч. 1, 5 ст. 170 СК України за наявності відповідних підстав суд може ухвалити рішення (за результатами розгляду відповідної справи у порядку позовного провадження) про відібрання дитини від батьків або одного з них, не позбавляючи їх батьківських прав, а також від інших осіб, з якими вона проживає.

Після того, як відпадуть причини, що перешкождали належному вихованню дитини її батьками або іншими особами, від яких було відібрано дитину, останні мають право звернутися до суду із заявою про повернення їм дитини (ч. 3, 5 ст. 170 СК України), яка може розглядатися і вирішуватися за наявності перелічених вище умов у порядку окремого провадження.

Отже, заявниками у справі про повернення дитини є особи, від яких було відібрано дитину за рішенням суду: мати та (або) батько, інша особа, з якою раніше на належній правовій підставі проживала дитина (зокрема,

баба, дід, сестра, брат, тітка, дядько, двоюрідні сестра або брат, сусіди чи інші сторонні особи).

Як заінтересовані особи до участі у такій справі, залежно від її конкретних обставин, можуть бути залучені: другий з батьків; особа, яка утримує та виховує дитину; сама дитина та ін.;

6) *визначення розміру аліментів у твердій грошовій сумі.*

Відповідно до ч. 1 ст. 184 СК України, якщо платник аліментів має нерегулярний, мінливий дохід, частину доходу одержує в натурі, а також за наявності інших обставин, що мають істотне значення, суд за відповідною заявою може визначити розмір аліментів у твердій грошовій сумі.

Заявниками у такій категорії цивільних справ є або платник аліментів, або їх одержувач.

Іншою заінтересованою особою обов'язково стає також один із них, тобто у разі, коли заявником є платник аліментів, то іншою заінтересованою особою стає одержувач таких аліментів, а коли заявником є одержувач аліментів, то іншою заінтересованою особою стає їх платник;

7) *звільнення опікуна та піклувальника.*

Виходячи із аналізу ст. 75 ЦК України, під юрисдикцію суду підпадають справи про звільнення опікуна чи піклувальника від відповідних повноважень у двох випадках:

- якщо опікуна або піклувальника призначив саме суд;
- із заявою до суду звернувся орган опіки та піклування.

Заявниками у цій категорії цивільних справ можуть бути:

а) опікун чи піклувальник, якого призначив суд і який вимагає звільнити його від виконуваних повноважень (ч. 1 ст. 75 ЦК України);

б) особа, над якою встановлено піклування у судовому порядку (ч. 2 ст. 75 ЦК України).

Із відповідною заявою до суду може звернутися також орган опіки і піклування (як орган, якому законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб) за наявності визначених у ч. 3 ст. 75 ЦК України підстав.

Як інших заінтересованих осіб у справі про звільнення опікуна (піклувальника), залежно від її конкретних обставин, суд має право допустити до участі у справі: самого опікуна (піклувальника); його підопічного; навчальний заклад, заклад охорони здоров'я або заклад соціального захисту, до якого поміщено підопічного, тощо;

8) *зміну мети установи та структури управління.*

В установчому акті установи обов'язково вказується її мета і структура управління (ч. 3 ст. 88 ЦК України). Із ч. 1 ст. 103 ЦК України впливає, що змінити такі дані можна тільки у судовому порядку.

Заявником у вказаних справах є орган, який здійснює державну реєстрацію.

Як інші заінтересовані особи у цій справі можуть брати участь: органи управління відповідної установи, її засновники, дестинатори¹ та ін.;

¹ У Інформаційному листі Вищого Господарського Суду України від 7 квітня 2008 р. № 01-8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» визначено, що *дестинатори* – це вигодонабувачі, які не беруть участі в заснуванні та управлінні

9) встановлення факту недостовірності інформації, поширеної стосовно фізичної особи та (або) членів її сім'ї, і спростування такої інформації.

Деякі науковці схилиються до думки, що вказана категорія цивільних справ підпадає під дію ч. 2 ст. 256 ЦПК України, тобто є справою про встановлення фактів, що мають юридичне значення [4, с. 681]. Проте слід зауважити, виходячи із аналізу зазначеної норми, такими є лише ті справи, що стосуються встановлення юридичних фактів, від яких залежить виникнення, зміна або припинення особистих чи майнових прав фізичних осіб, якщо законом не визначено іншого порядку їх встановлення. Поширення ж недостовірної інформації не завжди пов'язане із виникненням, зміною або припиненням прав фізичної особи, якої така інформація стосується. Тому, вбачається, аналізована справа є однією із інших справ, які можуть розглядатися і вирішуватися у порядку окремого провадження у випадках, встановлених законом, тобто на неї поширюється положення ч. 3 ст. 234 ЦПК України.

Обов'язковою умовою того, щоб фізична особа, право якої порушено, могла звернутися до суду із відповідною заявою в порядку окремого провадження, є те, що особа, яка поширила недостовірну інформацію, невідома (ч. 4 ст. 277 ЦК України).

Заявником у справі про встановлення факту недостовірності інформації і спростування цієї інформації є фізична особа, право якої порушено поширенням такої інформації.

Оскільки згідно із ч. 2 ст. 277 ЦК України право на спростування недостовірної інформації стосовно особи, яка померла, належить членам її сім'ї, близьким родичам та іншим заінтересованим особам, ці особи також можуть стати за відповідних умов заявниками.

Як заінтересовані особи до участі у справі, що розглядається, можуть бути залучені будь-які особи, яких стосується вирішення питання про недостовірність інформації та її спростування, наприклад, члени сім'ї фізичної особи, право якої порушено поширенням вказаної інформації;

10) зміну мети використання пожертви.

Відповідно до ч. 1 ст. 729 ЦК України пожертвою є дарування нерухомих та рухомих речей, зокрема грошей та цінних паперів, для досягнення ними певної, наперед обумовленої, мети. Однак може виявитися неможливим використання пожертви за призначенням. Використання ж її за іншим призначенням можливе лише за згодою пожертвувача, а в разі його смерті чи ліквідації юридичної особи – за рішенням суду (ч. 2 ст. 730 ЦК України).

Заявником у справі про зміну використання пожертви може бути будь-яка заінтересована особа, зокрема обдарований.

Як інші заінтересовані особи у справі можуть брати участь усі особи, чиїх інтересів стосується використання пожертви;

11) індексацію чи збільшення розміру відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням

здоров'я або смертю, на підставах, визначених у ст. 1208 ЦК України.

Заявником у таких справах, якщо вони випливають із шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, є потерпілий, а із шкоди, завданої смертю, заявниками є особи, визначені у ст. 1200 ЦК України: непрацездатні особи, які були на утриманні потерпілого або мали на день його смерті право на одержання від нього утримання (зокрема, дитина, чоловік, дружина, батьки або усиновлювачі), а також дитина потерпілого, народжена після його смерті.

Іншими заінтересованими особами у зазначених справах є особи, які відшкодовують потерпілому завдану йому шкоду (наприклад, особа, яка завдала шкоду, юридична особа, що відшкодовує шкоду, завдану її працівником, держава).

Безумовно, оскільки мова йде про окреме провадження, то на всі проаналізовані вище справи поширює свою дію положення, закріплене у ч. 6 ст. 235 ЦПК України. Тому, якщо під час їх розгляду виникне спір про право, який вирішується в порядку позовного провадження, суд повинен залишити заяву без розгляду і роз'яснити заінтересованим особам, що вони мають право пред'явити позов на загальних підставах.

Слід зазначити, що поданий у цій статті перелік прямо непоіменованих у ЦПК України цивільних справ, які можуть розглядатися і вирішуватися у порядку окремого провадження, не є повним. Адже законодавство постійно змінюється, аналіз наявної судової практики дає змогу виробити нові погляди на ті чи інші питання тощо. Крім того, виходячи із буквального тлумачення деяких правових норм, можна виділити й інші такі справи.

Наприклад, вказане стосується справи про передачу дитини тому із батьків, хто проживає окремо. Так, відповідно до ч. 1, 2 ст. 159 СК України, якщо той із батьків, з ким проживає дитина, чинить перешкоди тому з батьків, хто проживає окремо, у спілкуванні з дитиною та у її вихованні, другий із батьків має право звернутися до суду з позовом про усунення цих перешкод. За результатами розгляду такої справи (звичайно, у порядку позовного провадження) суд ухвалює рішення, у якому визначає способи участі одного з батьків у вихованні дитини, місце та час їхнього спілкування.

У випадку ж, коли особа, з якою проживає дитина, ухиляється від виконання зазначеного рішення суду, яке набрало законної сили, той з батьків, хто проживає окремо, має право звернутися до суду із заявою про передачу йому дитини для проживання із ним (ч. 4 ст. 159 СК України). Ця заява, виходячи із формулювання вказаної норми, уже може розглядатися і вирішуватися за наявності вищевказаних умов у порядку окремого провадження.

Проте з приводу цієї справи виникає багато питань. І саме головне: чи може бути у ній відсутній матеріально-правовий спір, зокрема з приводу місця проживання дитини? Адже, якщо один із батьків, з ким проживає дитина, не виконує рішення суду про усунення перешкод у спілкуванні з дитиною та участі у її вихованні того з батьків, хто проживає окремо, то не вже

установою і яким за наміром засновників, виходячи з мети установи, передаються вигоди і від використання майна установи.

він не буде заперечувати щодо передання останньому дитини для проживання? Навряд чи. А тому постає інше питання: чи доцільне закріплення відповідної норми у національному законодавстві? Але вирішення таких питань не становить предмета дослідження цієї статті, тому ми не будемо зупинятися на них детальніше.

Таким чином, підсумовуючи зазначене, можна вказати, що:

по-перше, усі проаналізовані вище цивільні справи можуть розглядатися і вирішуватися у порядку окремого провадження лише за наявності умов, які впливають із ч. 1 ст. 234 ЦПК України, п. 1 ч. 1 ст. 122, ч. 6 ст. 235 ЦПК України;

по-друге, у всіх цих справах можуть брати участь усі особи, які беруть участь у будь-яких справах окремого провадження (крім справ про усиновлення), а саме: заявники, інші заінтересовані особи, органи та особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, представники вказаних осіб;

по-третє, конкретний суб'єктний склад осіб, які беруть участь у зазначених у цій статті справах, визначається особливістю кожної конкретної такої справи;

по-четверте, поданий у цій статті перелік цивільних справ, що можуть розглядатися і вирішуватися у порядку окремого провадження та підпадають під законодавче формулювання «інші справи у випадках, встановлених законом», не претендує на свою вичерпність;

по-п'яте, не завжди, навіть з огляду на буквально тлумачення законодавчої норми, можна стверджувати, що справа має розглядатися у порядку окремого провадження, а тому законодавець має конкретніше формулювати нормативні приписи законів, щоб не допускати їх альтернативного тлумачення і правозастосування.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Балюк М. І., Луспенник Д. Д. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях та відповідях). Коментарі, рекомендації, пропозиції. – Х.: Харків юридичний, 2008. – 708 с.
2. *Гражданский процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий* / Отв. ред. Ю. С. Червоний. – Х.: Одиссей, 2007. – 792 с.
3. *Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации* / Отв. ред. М. С. Шакарян. – М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2003. – 752 с.
4. Кравчук В. М., Угриновська О. І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. – К., 2006. – 944 с.
5. Тертишников В. І. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар. – Х.: Ксилон, 2006. – 460 с.
6. Фурса С., Фурса Є., Щербак С. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 т. – Т. 1. – К.: Видавець Фурса С. Я., КНТ, 2006. – 912 с.
7. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. С. С. Бичкової. – К.: Атіка, 2008. – 840 с.

ДО ПИТАННЯ ПРО ДИСКРЕЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ У ПРОЦЕСІ ДОКАЗУВАННЯ

Гарієвська М. Б.,

*молодший науковий співробітник
Лабораторії з проблем адаптації законодавства України
до стандартів Європейського Союзу відділу міжнародного
приватного права і порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

Суд у процесі доказування відіграє значну роль, оскільки саме він вирішує питання належності та допустимості доказів. Суд значною мірою наділений можливістю вирішувати дані питання на власний розсуд. Однак ЦПК України, наділяючи суд такими повноваженнями в процесі доказування, передбачає і певні межі. Встановлені у ЦПК України правила доказування спрямовані й на вироблення такої процедури, яка б найбільшою мірою сприяла правильному вирішенню спору. Проте становить інтерес дослідження даного питання не тільки за цивільним процесуальним законодавством України, а й за законодавством зарубіжних країн.

Метою нашого дослідження є встановлення здійснення на основі розсуду суду питання про належність та допустимість, встановлення меж дискреційних повноважень суду в процесі доказування, а також виявлення можливості і доцільності врахування зарубіжного досвіду.

Проблеми дискреційних повноважень суду у процесі доказування тією чи іншою мірою досліджувалися багатьма вченими, зокрема такими як Д. Абушенко, А. В. Гордейчик, М. А. Гурвич, А. Г. Давтян, О. А. Папкова, В. К. Пучинський, І. В. Решетнікова, В. І. Тертишников, М. К. Треушников, В. В. Ярков.

Розглядаючи проблему застосування дискреційних повноважень у процесі встановлення судом фактів, що мають значення для справи, зупинимося на таких питаннях: 1) визначення належності доказів і розсуду суду; 2) встановлення допустимості доказів і розсуду суду.

Відповідно до ст. 58 ЦПК України належними є докази, які містять інформацію щодо предмета доказування [1]. Питання про належність доказів вирішує як суд, так і особи, що беруть участь у справі. Але остаточне рішення за судом, що вправі заборонити посилення на будь-які докази, не задовольнити клопотання про їхнє витребування і ін.

Належність доказів – це процесуальний фільтр, за допомогою якого на основі внутрішнього переконання суд відкидає докази, що не стосуються справи. Значення цього правила полягає у тому, що суд може припинити спроби недобросовісних учасників процесу затягнути процес, відвернути увагу суду та інших учасників процесу від суті справи [10, с. 34].

Із усіх поданих доказів суд повинен відібрати для подальшого дослідження і обґрунтування мотивів лише ті рішення, які мають зв'язок із фактами, що необхідно встановити. Визнавши доказ таким, що не стосується

справи, суд просто залишає його без дослідження, тим самим звільняє себе від наступної його оцінки та виключає можливість посилання на нього у судовому рішенні [9, с. 115].

Визначення судом належності до справи доказів здійснюється із застосуванням судового розсуду, оскільки відповідні норми ЦПК є відносно-визначеними, містять категорію вибору.

Спеціальними межами вибору у процесі визначення належності до справи доказів у цивільному процесі є:

- вимога визначення тільки тих обставин, які мають значення для справи;

- комплекс норм матеріального права, які регулюють конкретні правовідносини і закріплюють стабільне для даного виду справ коло вказаних обставин;

- сформоване судом коло доказів, яке застосовується до конкретної правової ситуації, при встановленні фактів, які мають значення для справи, прямо у законі не встановлених [6, с. 228].

У цивільному судочинстві межею вибору при застосуванні дискреційних повноважень у процесі встановлення обставин, які мають значення для справи, є комплекс норм матеріального права, які регулюють конкретні правовідносини, чим передбачається визначене для цього виду справ коло вказаних обставин [6, с. 219].

Межею вибору у цьому випадку є не конкретні законодавчі орієнтири, а сформоване судом коло доказових фактів, яке застосовується до конкретної правової ситуації. Приведене положення підкреслює необхідність мотивованого закріплення в процесуальному документі застосування дискреції [6, с. 220].

На нашу думку, вирішення питання про належність доказів здійснюється на основі судового розсуду, оскільки така діяльність містить у собі категорію вибору, спеціальною межею якого виступає вимога врахування тільки тих обставин, які мають значення для справи.

Наведені норми закріплюють здійснення судового розсуду, оскільки є відносно-визначеними, не вказують на перелік доказів, які відносяться до тієї або іншої справи, встановлюють застосування категорії вибору, межею якого виступає вимога «значення» або «відношення» доказів до цієї справи. Таким чином, належність доказів у конкретній справі визначається на розсуд суду [6, с. 219].

Відповідно до ст. 59 ЦПК України допустимість доказів означає, що обставини справи, які за законом повинні бути підтверджені визначеними засобами доказування, не можуть підтверджуватися ніякими іншими засобами доказування [1].

Допустимість виявляє собою формалізоване правило, в силу якого законом або іншим нормативним актом заздалегідь встановлене обмеження у використанні засобів доказування у процесі вирішення конкретних справ. Суд (суддя) неодмінно повинен використовувати це правило також до початку судового розгляду. Таке твердження викликано причинами найбільш можливої оперативності та своєчасності висновків суду по спірних правовідносинах [8, с. 149].

При встановленні допустимості доказів у конкрет-

ній справі суд застосовує дискрецію відносно вибору одного або декількох засобів доказування, якщо у законі відсутня пряма вказівка на засоби доказування для встановлення певних юридичних фактів.

Суд не має права на власний розсуд замінити засіб доказування. Разом з тим для підтвердження факту або його спростування суд може використовувати додатково й інші засоби доказування, якщо цього вимагають обставини справи. У вказаній ситуації потреба у залученні інших засобів доказування та їхня кількість встановлюються судом за розсудом, межами вибору у цьому випадку є норми матеріального права, які регулюють конкретні правовідносини [6, с. 233].

М. А. Гурвіч вважає, що у цивільному процесі суд на власний розсуд має право відійти від правила допустимості доказів. Він вважає, що «в житті можуть зустрітися, й практика це підтверджує, окремі випадки, коли правовий інтерес ... настільки великий, що необхідність його охорони долає бар'єр правила допустимості, коли відмова у захисті із дотримання форми перетворюється на формалізм ... У цих виняткових випадках питання вирішує принцип об'єктивної істини, здійснюваний у цьому випадку з міркувань неформалістичного загального характеру самої по собі суворої процесуальної форми» [5, с. 62].

Проте інші вчені заперечують можливість відходу від правил допустимості. Зокрема, вказують, що суд не вправі за власним переконанням приймати доказ, який законом не допускається, і навпаки, відкидати як недопустимий доказ, можливість використання якого закон не забороняє [2, с. 128].

На нашу думку, у цивільному процесі при встановленні допустимості доказів у конкретній справі суд не має права на власний розсуд відступити від розпоряджень, що містяться у ЦПК України, які вказують на застосування певних засобів доказування.

Неналежне застосування судового розсуду відносно вибору достатнього числа засобів доказування в цілях встановлення фактичних обставин у справі приводить до скасування рішень суду [6, с. 238].

Варто врахувати, що при перевірці допустимості й належності доказів потрібен індивідуальний підхід до кожної справи, а не швидке ознайомлення із матеріалами справи з метою визначення категорії спору та витребування стандартного набору доказів. Хоча зрозуміло, що кожній категорії справ притаманний загальний набір доказів із урахуванням належності та допустимості, але повторимо, що це лише загальний набір доказів [3, с. 15].

Варто зазначити, що цивільне процесуальне право різних країн передбачає різні підходи щодо розуміння належності та достатності доказів. Це спонукало нас порівняти норми цивільного процесуального законодавства різних країн, зокрема проаналізуємо ЦПК Німеччини, Франції, а також підходи до розуміння належності та допустимості доказів англійськими процесуалістами.

Цивільний процесуальний кодекс Німеччини не містить спеціальних норм, які б давали визначення поняття таких фундаментальних правил доказування як належність та допустимість доказів. Проте зміст правил

про належність та допустимість доказів розкривається у різних нормах ЦПК Німеччини.

В основу рішення судом приймаються тільки ті факти, які мають вирішальне значення для правильного вирішення спору, тобто основу судового рішення повинні скласти фактичні обставини, що відносяться до справи. Зміст правила належності доказів розкривається в § 282 ЦПК Німеччини, де зафіксовано положення про те, що представлені сторонами засоби доказування повинні відноситися до справи. Оскільки належність доказів означає встановлення кола необхідних доказів для правильного вирішення справи, то для полегшення цього завдання суд у встановлених законом випадках може до усного розгляду справи винести рішення про допущення та перевірку доказів.

Збирання доказів проводиться судом, що розглядає справу. Лише у випадках, встановлених ЦПК Німеччини, збирання доказів доручається членові суду, що розглядає справу, або іншому суду (§ 355 ЦПК Німеччини).

Правило допустимості доказів у німецькій теорії доказів означає, що допустимими можуть бути докази, отримані за допомогою засобів доказування, встановлених цивільним процесуальним законодавством. Такими засобами доказування згідно із ЦПК Німеччини є: огляд, показання свідка, допит сторін, висновок експерта, письмові докази. Лише у виняткових, встановлених законом, випадках суд може прийняти інші джерела доказування (§ 293 ЦПК Німеччини) [4, с. 69].

Згідно із § 286 (1) ЦПК Німеччини суд повинен враховувати зміст усіх засідань та результати збирання доказів, якщо такі проводилися, і відповідно до свого внутрішнього переконання визначити, чи слід вважати фактичне твердження істинним або неправдивим. У рішенні суду повинні вказуватися підстави, які сформували таке судове переконання.

У процесі вільного доказування суд не зв'язаний передбаченими законом доказами. Цей виняток містить, наприклад, § 293 ЦПК, поширюється на іноземне право, звичайне право, статuti, які підлягають доказуванню, оскільки невідомі суду. Тому основна відмінність вільного доведення від суворого полягає у тому, що воно не зв'язане процесуальною формою [4, с. 60].

Отже, ЦПК Німеччини на відміну від ЦПК України надає суду значно ширші можливості щодо здійснення процесуальних дій на розсуд суду.

Правило допустимості доказів у французькому процесуальному праві прийнято розуміти у двох значеннях. Під допустимістю доказів в широкому сенсі розуміються необхідність дотримання вимог процесуальної форми у ході доказової діяльності, неприпустимість завдання шкоди життю, здоров'ю, репутації фізичних та юридичних осіб при доказуванні, захисту державної і комерційної таємниці.

Під допустимістю доказів у вузькому сенсі розуміється допустимість засобів доказування, коли закон обмежує використання конкретних джерел доказової інформації для підтвердження певних фактів [4, с. 142].

Суть доказування в англійському судочинстві визначається метою цивільного процесу у конкретній справі, яка полягає в доведенні суду, присяжним засіда-

телям про існування або, навпаки, відсутність фактів, що мають значення для справи і, отже, в об'єктивності позицій по позовних вимогах або запереченнях проти позову. Таке визначення суті цього інституту засноване на специфічному розумінні принципів змагальності і формальної істини [4, с. 205].

Англійське процесуальне законодавство не розкриває змісту понять належності та допустимості доказів даних. Розробкою поняття належності та допустимості доказів займається англійська процесуальна наука. Трактують належності доказів в цивільному процесі Англії не відрізняється від його розуміння в інших країнах. Доказ вважається належним, якщо між ним і певним фактом є зв'язок, що дає змогу встановити існування або відсутність останнього. Таким чином, доказ вважається належним, якщо він підтверджує або спростовує існування будь-якої обставини, на яку посилається сторона в обґрунтування своєї позиції у справі [4, с. 216].

Правило допустимості доказів обумовлює можливість залучення того або іншого доказу в процес. Специфікою англійського процесу є те, що допустимість доказів може визначатися як законодавством і судовими прецедентами, так і судом. Як правило, суд, щоб не захаращувати процес, може визнати будь-який доказ неприпустимим у зв'язку з його малою доказовою силою [4, с. 216].

Допустимість – поняття, що охоплює різні виключні правила. Серед них фігурують норми про «estoppel», репутацію людей, їх схильності, державну таємницю і ін. Неприпустимість означає, перш за все, заборону доводити або спростовувати деякі категорії фактів. Але чи можна вважати, що допустимість зводиться лише до питання про те, які саме факти підлягають з'ясуванню, і абсолютно не стосується того, як їх можна встановлювати? Очевидно, автори таких висновків самі собі суперечать, якщо потім поняття неприпустимості застосовують, наприклад, до випадків, коли суддя в кримінальній справі, керуючись дискреційним розсудом, відкидає докази, здобуті з порушенням закону. Зрозуміло, що він виключає не факти, а засоби доказування, що містять інформацію про них. Подавати ж інші джерела відомостей про ті ж обставини не забороняється [7, с. 215].

Багато юристів у зв'язку із проблемою допустимості розглядають питання про можливість використання різних доказів для спростування змісту письмових документів, їх доповнення або тлумачення. У цьому ракурсі трактування англійською теорією категорії допустимості зближується з тим розумінням, яке у це поняття, зазвичай, вкладає юриспруденція континентальних держав Європи [7, с. 215].

Таким чином, можна зробити такі висновки:

1. Суд у процесі доказування наділений дискреційними повноваженнями при встановленні належності та допустимості доказів.

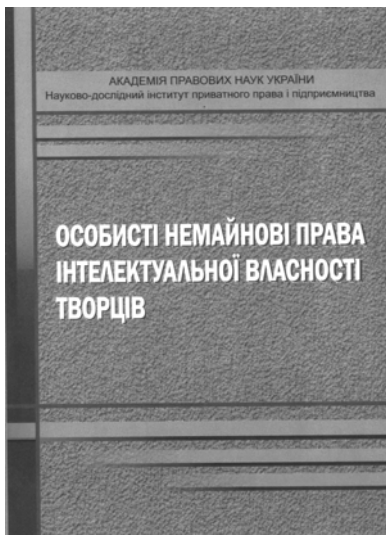
2. Розуміння належності доказів у таких країнах як Німеччина, Франція та Велика Британія не відрізняється від визначення, яке дає ст. 58 ЦПК України. Отже, при вирішенні питання про належність доказів суд на власний розсуд вирішує, чи дані докази обґрунтовують заявлені вимоги чи заперечення сторін або мають інше значення для справи.

3. Щодо розуміння допустимості, то ЦПК Німеччини, а також англійський процес надає суду значно ширші можливості щодо здійснення процесуальних дій за розсудом суду. Так, ЦПК Німеччини передбачає можливість суду прийняти інші джерела доказування, не передбачені законодавством, тим самим надається суду можливість не тільки щодо вибору джерел доказування, які передбачені законом, але й у виняткових випадках виходити за дані межі. Що стосується англійського процесу, то допустимість доказів може визначатися як законодавством і судовими прецедентами, так і судом. Отже, в Англії взагалі немає обмежень щодо визначення допустимості доказів.

На нашу думку, розуміння допустимості доказів, яке визначене ЦПК України, хоч і надає суду можливість вирішувати на власний розсуд питання щодо вибору одного або декількох засобів доказування, сприяє дотриманню прав осіб, які беруть участь у справі, і розширює можливості вирішення питання щодо допустимості доказів, проте може привести і до загромадження справи непотрібними доказами.

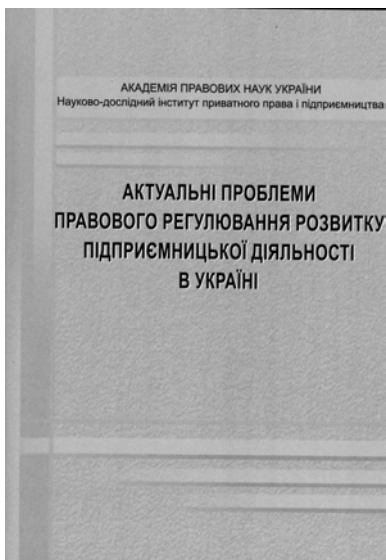
СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р.* // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2004. – № 40–42. – Ст. 492.
2. *Гордейчик А. В.* Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах. – Хабаровск, 2000. – 228 с.
3. *Гордейчик А. В.* Судейское (судебное) усмотрение и оценка доказательств // *Экономический лабиринт.* – 2002. – № 11 (54). – С. 14–19.
4. *Гражданский процесс зарубежных стран: учеб. пособие /* Под ред. А. Г. Давтян. – М.: ТК Велби, Проспект, 2008. – 480 с.
5. *Гурвич М. А.* Судебное решение. Теоретические проблемы. – М.: Юрид. литература, 1976. – 176 с.
6. *Папкова О. А.* Усмотрение суда. – М: Статут, 2005. – 413 с.
7. *Пучинский В. К.* Гражданский процесс зарубежных стран / Под ред. В. В. Безбаха. – М.: Зерцало, 2007. – 520 с.
8. *Треушников М. К.* Судебные доказательства. – М., 2004. – 272 с.
9. *Цивільний процес: Навч. Посіб. /* А. В. Андрушко, Ю. В. Білоусов, Р. О. Стефанчук, О. І. Угриновська та ін. // За ред. Ю. В. Білоусова. – К.: Прецедент, 2005. – 293 с.
10. *Тертишников В. І.* Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар. – Вид. восьме, стереотипне. – Х.: Консум, 2003. – 408 с.



Особисті немайнові права інтелектуальної власності творців: Монографія / За заг. ред. В. В. Луця. – Тернопіль: Підручники і посібники. – 2007. – 256 с.

У монографії досліджено інститут особистих немайнових прав інтелектуальної власності творців. Висвітлено правову природу особистих немайнових прав інтелектуальної власності, з урахуванням сучасних наукових доробок окреслено основні проблеми цього правового інституту. Надано детальну характеристику особистим немайновим правам авторів та окремо розглянуто особисті немайнові права творців інших об'єктів інтелектуальної власності: винахідників, творців корисних моделей, промислових зразків, раціоналізаторських пропозицій, торгових марок тощо. Досліджено види особистих немайнових прав інтелектуальної власності творців. Системно проаналізовано види порушень особистих немайнових прав інтелектуальної власності творців та особливості цивільно-правового захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності творців. Розгляд питань теорії тісно поєднаний з аналізом практики судів загальної юрисдикції щодо розгляду і вирішення справ, пов'язаних із порушенням особистих немайнових прав творців, що надає роботі практичного значення.



Актуальні проблеми правового регулювання розвитку підприємницької діяльності в Україні: Монографія / За редакцією члена кореспондента АПрН України, доктора юридичних наук Н. М. Мироненко. – Київ – Тернопіль: Підручники і посібники. – 2008. – 368 с.

Висвітлюється питання політико-правового регулювання підприємницької діяльності в умовах переходу до інноваційної методології здійснення правової політики в сфері підприємницької діяльності. Розглядається еволюція законодавства про підприємництво та питання його адаптації до законодавства про підприємництво Європейського Союзу. Дослідження загальнотеоретичних, галузевих та практичних проблем у сфері економічної конкуренції, договірних відносин, здійснення певних видів діяльності, відповідальності суб'єктів підприємницької діяльності спрямовані на вдосконалення вітчизняної юридичної науки та правового регулювання розвитку підприємницької діяльності. Для фахівців законодавчої, виконавчої, судової влади, юристів, науковців, викладачів і студентів вищих навчальних закладів юридичного профілю, а також усіх, хто цікавиться питанням вдосконалення національного законодавства та юридичної практики в цілому.

СУБ'ЄКТИ СУМІЖНИХ ПРАВ: ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ

Мироненко Н. М.,

доктор юридичних наук,

головний науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва

НДІ приватного права і підприємництва АПР України

Новелою національного законодавства є визначення суб'єкта права інтелектуальної власності, що знайшло своє закріплення у ст. 421 ЦК України [1]. Проте це визначення не є дефінітивною нормою, а формулюється через зазначення окремих груп суб'єктів права інтелектуальної власності та у зв'язку із закріпленнями за ними правами інтелектуальної власності. Закон одавець у загальному вигляді визначив дві групи суб'єктів права інтелектуальної власності: «творець та інші особи, яким належать особисті немайнові та майнові права інтелектуальної власності».

Перша група суб'єктів права інтелектуальної власності визначається через вживання терміна «творець об'єкта права інтелектуальної власності». Термін «творець» за своїм змістом є аналогічним терміну «автор об'єкта права інтелектуальної власності». Творець (автор) – це фізична особа, творчою працею якої створюється об'єкт права інтелектуальної власності. Результат інтелектуальної, творчої діяльності може створити лише фізична особа. Виходячи із специфіки підстав набуття (виникнення) права інтелектуальної власності, передбачених ЦК України та спеціальним законодавством у сфері інтелектуальної власності, визнання особи творцем (автором) зазначеного об'єкта не залежить від обсягу її дієздатності.

Юридичні особи не є «творцями», оскільки не можуть створювати об'єкти права інтелектуальної власності, це можуть зробити лише фізичні особи, які у них працюють.

Стаття 421 ЦК України до другої групи суб'єктів права інтелектуальної власності відносить *інших осіб*. У якості конкретизуючої ознаки, що дає можливість визначити коло цих осіб, законодавець обрав належність їм прав інтелектуальної власності. Таким чином, до другої групи суб'єктів права інтелектуальної власності відповідно до змісту ст. 421 ЦК України слід віднести фізичних та юридичних осіб, які набули права інтелектуальної власності за законом або договором.

Кожна із зазначених груп суб'єктів права інтелектуальної власності характеризується правовим статутом, який має свою специфіку, зумовлену низкою умов.

Таким чином, суб'єктом права інтелектуальної власності визнається особа, яка є носієм особистих немайнових та (або) майнових прав інтелектуальної власності.

Якщо виходити з *підстав набуття права інтелектуальної власності*, то суб'єктів права інтелектуальної власності можна поділити на дві групи: первинні та вторинні. Екстраполюючи дане твердження на сферу суміжних прав *первинними суб'єктами суміжних прав* відповідно до ст. 450 ЦК України та ст. 36 Закону України «Про авторське право і суміжні права» є виконавець, виробник фонограм, виробник відеограм, організація мовлення. Вторинними суб'єктами суміжних прав є спадкоємці виконавців, виробників фонограм та

відеограм, правонаступники організацій мовлення та особи, яким на законних підставах передано права інтелектуальної власності щодо об'єктів суміжних прав.

Відповідно до ст. 3 Римської конвенції про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення від 26 жовтня 1961 р. [3] виконавцями визнаються актори, співаки, музиканти, танцюристи або інші особи, які виконують роль, співають, читають, декламують, виконують або будь-яким іншим способом беруть участь у виконанні творів літератури чи мистецтва. Зміст вказаної статті конвенції дає підстави зробити висновок про відсутність в ній вичерпного переліку осіб, яких можна визнати виконавцями, так само відсутній й вичерпний перелік способів виконання. В той же час чітко визначена сфера виконання – твори літератури та мистецтва.

Подібне визначення змісту терміна «виконавці» міститься і у ст. 2 Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми, що прийнята Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 р. [4]. Так, відповідно до вказаної статті «виконавці» – це актори, співаки, музиканти, танцюристи та інші особи, які грають роль, співають, читають, декламують, грають на музичному інструменті, інтерпретують або іншим чином виконують літературні або художні твори, або вираження фольклору. Проте на відміну від конвенції в договорі розширено сферу виконання.

Якщо порівняти зміст терміна «виконавці», що наведений у ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» з його визначенням у міжнародних документах, можна дійти висновку, що національне законодавство, з одного боку, відповідає основним тенденціям міжнародно-правового регулювання щодо визначення суб'єктного складу виконавців, з другого, – розширює його, включивши до його складу диригента музичних і музично-драматичних творів. Так само розширено і сферу виконання, яка не обмежується творами літератури, мистецтва та народної творчості, а включає циркові, естрадні, лялькові номери, пантоміми. Проте як і міжнародно-правові акти законодавство України не встановлює вичерпного суб'єктного складу виконавців та способів виконання.

Використання сучасних технологій в процесі створення кінцевого продукту виконання пов'язано із залученням нових суб'єктів, правовий статус яких вимагає визначення та закріплення, а також закріплення гарантій захисту прав виконавців, коли виникають технічні можливості відокремити виконавця від творчого результату його праці. Підтвердженням сказаного, деякою мірою, може служити запропонована класифікація виконавців. Так, відповідно до творчого критерію діяльності виконавців спробуємо виокремити їх групи.

До першої групи виконавців доцільно віднести автора-виконавця твору, творчою працею якого створено як твір, так і виконання. В даному випадку такий суб'

ект є носієм всього комплексу як авторських, так і суміжних прав. Особливість його правового становища полягає і в тому, що до нього не може бути застосовано застереження ч. 2 ст. 36 Закону України «Про авторське право і суміжні права», що виконавці здійснюють свої права за умови дотримання ними прав авторів творів, що виконуються: якщо в процесі виконання твір буде змінено, така зміна не буде вважатися порушенням авторських прав, оскільки внесення зміни до твору є особистим правом автора.

Друга група виконавців, діяльність яких пов'язана з творчою інтерпретацією твору, охоплює, в першу чергу, артистів-виконавців. Їх творчий вклад має самостійне значення, оскільки сприйняття та оцінка твору публікою відбувається через творчу діяльність виконавця, його суб'єктивне сприйняття твору та суб'єктивну його інтерпретацію. Більш того, кожен виконавець буде привносити у виконання твору щось суто своє особисте, що суттєво буде впливати на сприйняття як твору, так і його виконання. Дана група суб'єктів суміжних прав повинна мати весь комплекс як особистих, так і майнових суміжних прав з обов'язковим додержанням вимог ч. 2 ст. 36 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Виконавча діяльність артистів безпосередньо пов'язана з творчістю балетмейстера-постановника, художника-постановника, режисера-постановника вистав, концертів або, що сьогодні знайшло широке розповсюдження, шоу-програм, тобто з тими, хто на основі самостійного художнього рішення здійснює постановку або окрему її частину. Якщо звернутися до національного законодавства, можна констатувати факт, що правова охорона надається лише режисеру-постановнику аудіовізуального твору, причому ст. 17 вказаного закону відносить його до авторів такого твору. За своєю природою і вистава, і концерт, і шоу-програма є складними творами, які об'єднують творчі зусилля багатьох людей. Але сприйняття їх як цілісного результату творчої діяльності залежить від постановника. Саме він визначає, наприклад, які і як слід об'єднати номери виконань (циркові, естрадні, лялькові номери, пантоміми, танці, пісні тощо) артистів-виконавців, що пов'язані між собою однією темою або одним сюжетом у шоу-програмі або концерті. Від постановника залежить акторський склад, який грає у виставі, розподіл ролей, саме вираження характерів персонажів, як він собі це уявляє. А відтак від його творчого внеску залежить і те як публіка сприймає твір.

Виходячи з викладеного, доцільно було б законодавство про суміжні права доповнити вказівкою на такого суб'єкта як постановник та віднести його за правовим статусом до виконавців. Крім цього, в законі також необхідно визначити його права, зокрема, надати йому такі права: право на ім'я – право на зазначення свого імені у рекламних виданнях, на афішах, інших інформаційних матеріалах щодо постановки; право на захист постановки від спотворення, а саме: здійснені без відома або дозволу постановника зміни складу виконавців, світлової партитури, театральних костюмів, що використовуються виконавцями, аксесуарів, музичного супроводу постановки.

Законодавство деяких країн світу стоїть саме на таких позиціях, зокрема, ст. 4 Закону Киргизької Республіки «Про авторське право і суміжні права» та ст. 2 Закону Таджикистану «Про авторське право і суміжні права» відносить до виконавців «режисера-постановника спектаклю», ст. 2 закону Литовської Республіки до числа виконавців відносить «режисера спектаклю або іншого сценічного виконання». Таким чином, можна стверджувати, що у світі намітилася тенденція до розширення суб'єктного складу виконавців.

До третьої групи слід віднести тих виконавців, діяльність яких має незначне або не має самостійного значення для творчої інтерпретації твору.

У даному випадку мова повинна, в першу чергу, йти про дублера візуального ряду – це виконавець, роль якого зводиться до заміни будь-якого виконавця в окремих епізодах, коли їх присутність є небажаною. Такі ситуації виникають, коли актор-виконавець не має відповідної спеціальної фахової підготовки. До цієї групи слід віднести і виконавця звукового дубляжу. Це виконавці, які здійснюють закадровий переклад Іноземних кіно- та телефільмів або відтворюють текст акторів, які з тих чи інших підстав не озвучують свої ролі, або озвучують персонажів мультфільмів. Наприклад, роль Ніни у відомому кінофільмі «Кавказька полонянка» озвучувала не Наталія Варлей, яка грала цю роль, а Н. Румянцева.

Особливості правового статусу цієї групи виконавців полягають в тому, що вони повинні не лише не порушувати прав автора твору, а й прав основних виконавців (наприклад, якщо на екрані виконавець демонструє засмученість, дублер не повинен виражати радість). Даним застереженням доцільно доповнити ст. 36 Закону «Про авторське право та суміжні права».

До первинних суб'єктів суміжних прав закон України відносить виробника фонограми. В законі міститься і його визначення як фізичної або юридичної особи, яка взяла на себе ініціативу і несе відповідальність за перший звукозапис виконання або будь-яких звуків. Суб'єктом суміжних прав у даному випадку є особа, що здійснила фіксацію звуків за допомогою спеціальних технічних засобів (у тому числі й за допомогою цифрових технологій) на відповідному матеріальному носії, яка дозволяє здійснювати їх сприйняття, відтворення або сповіщення за допомогою відповідного пристрою. Створення високоякісної фонограми відноситься до сфери аудіотехнологій, в основі яких сьогодні лежать інформаційні цифрові технології. А відтак, можливість, роль та характер діяльності всіх учасників звукозапису сьогодні суттєво відрізняються від звукозапису, що здійснювався декілька десятків років тому. Навіть саме визначення фонограми як звукозапису (фіксації) виконання музичних та інших творів, інших звуків сьогодні не відповідає змісту діяльності спеціалістів по звукозапису продюсера із звукозапису та звукорежисера.

Для пояснення даної тези необхідно звернутися до суті технологій, що сьогодні використовуються в процесі створення фонограми. Починаючи з кінця 60-х років, у процесі звукозапису почали широко застосовуватися багатодоріжкові магнітофони. Така технологія дала змогу здійснювати запис або відтворення незалеж-

но одне від одного. Завдяки цьому студії звукозапису змогли поділити процес звукозапису на фрагменти замість необхідності записувати виконання всього твору за участю всіх артистів одним дублем. Завдяки технології записування окремих фрагментів виконання стало можливим здійснювати такі записи в різний час та займатися відпрацюванням таких фрагментів шляхом перезапису їх безліч разів, досягаючи таким чином найкращого результату. Будь-який звуковий матеріал може бути записаний на вільну доріжку незалежно від впливу на інші записи, що були здійснені раніше. За такої технології відкриваються необмежені можливості експериментувати з кожним інструментом, виконавцем, голосом. Застосування цифрових технологій звукозапису відкрили нові можливості – технічно можливо записати окремо слово, акорд, або навіть окрему ноту. Фінальне зведення всіх записаних компонентів дає унікальну можливість збалансувати різні частини виконання в єдине ціле, яке сприймається як єдине виконання всіх виконавців разом. Описана технологія надала необмежені творчі можливості звукорежисерам експериментувати в аранжуванні, виконанні, записі в процесі зведення окремих фрагментів в єдине ціле. Звукорежисер отримав технічну можливість використовувати фрагмент звукозапису за власним бажанням, маніпулюючи ним за тембром, висотою звуку та довжиною його звучання. Результат їх діяльності може бути зовсім не схожим на зроблений перший оригінальний запис, фактично це може бути ідеальний запис виконання, яке в реальності досягти практично не можливо. Таким чином, діяльність звукорежисера суттєвим чином змінилася за останній час: від фіксації «живого» виконання перетворилася у творчу співпрацю з автором та виконавцем. Пасивна фіксація звуку перетворилася на активний динамічний творчий процес, а роль продюсера із звукозапису та звукорежисера перетворилася на одну з головних у творчому процесі створення фонограми.

Виходячи з викладеного, визначення фонограми як об'єкта правової охорони вимагає свого удосконалення. По суті, фонограма це не лише звукозапис виконання твору, а й *спеціально створена творчою працею звукова композиція*. Саме остання риса фонограми сьогодні є вирішальною у визначенні її правової охорони. А відтак є всі підстави переглянути віднесення фонограми до об'єктів не суміжних прав, а об'єктів авторського права. Існує парадоксальна ситуація в законодавстві, коли аудіовізуальний твір визнається об'єктом авторського права і при цьому аудіотвір не визнається об'єктом такої охорони. Безумовно, однією з вимог законодавства щодо набуття твором авторсько-правової охорони є вираження його в об'єктивній формі. Але об'єктивне вираження твору може здійснюватися не лише за допомогою літер, слів, які як об'єктивна форма сприймається зором людини. Якщо виходити із визначення запису, що міститься у Законі України «Про авторське право та суміжні права», то можна дійти висновку, що закон не проводить принципового розмежування між звукозаписом та відеозаписом. Результатом останнього є аудіовізуальний твір, що є об'єктом авторського права, а результатом звукозапису є аудіо-

твір, який сприймається слухом людини. І в першому, і в другому випадках спостерігається відповідна послідовність у розвитку об'єктивної форми – зображень або звуків, які фіксуються на відповідному матеріальному носії. Крім того, рухомі зображення та звуки за допомогою відповідного пристрою можуть бути відтворені, сповіщені та сприйняті.

У зв'язку з викладеним доцільно було б запозичити досвід Російської Федерації щодо визначення об'єктивної форми та способів вираження об'єктів авторського права і суміжних прав. Так, відповідно до Закону Російської Федерації «Про авторське право і суміжні права» від 9 липня 1993 р. № 110-ФЗ [5] об'єктивними формами є: письмова (рукопис, машинопис, нотний запис і т. п.), усна (публічне виконання, публічне вимовлення), звуко- або відеозапис (механічний, магнітний, цифровий, оптичний), зображення (малюнок, ескіз, картина, план, креслення, кіно-, теле-, відео- чи фотокадр), об'ємно-просторова (скульптура, модель, макет, споруда) та ін.

Таким чином, є всі підстави стверджувати, що фонограма являє собою аудіотвір, є результатом творчої діяльності звукорежисера, має об'єктивну форму вираження і за своєю природою повинна бути віднесена до об'єктів авторського права.

У зв'язку з цим виникає питання і щодо зміни правового статусу звукорежисера. Діяльність звукорежисера сьогодні характеризується всіма рисами, притаманними виконавцям. Він має певні технічні знання та навички, але застосовує їх для досягнення творчого результату, беручи участь у процесі творчої інтерпретації твору. Крім того, відповідно до кваліфікаційних вимог звукорежисер, що здійснює запис музичних творів, повинен мати другу «музичну» освіту. На користь творчого характеру діяльності звукорежисера говорить і той факт, що не його технічна компетенція, врешті-решт, визначає якість кінцевого результату. Однією з визначальних вимог до професійних якостей звукорежисера є вміння по першому прослуховуванню виконання уявити характер та стиль кінцевого результату з урахуванням можливостей і особливостей виконання саме цього виконавця, зробити режисуру звукозапису таким чином, щоб підкреслити творчу індивідуальність виконавця та неповторність самого виконання. В цьому вирішальне значення мають артистизм самого звукорежисера, здатність до творчої фантазії. Творчий внесок режисера має суттєве значення особливо при записі виконання симфонічного або камерного оркестру, співака у супроводі оркестру, або хору. Безумовно, диригент керує виконанням, проте існує ціла низка питань, які може вирішити лише звукорежисер: темп, ансамблеве звучання груп, співвідношення інструментів по строю, стилю, інтонації та характеру звучання, синхронність виконання та інші.

Викладене дає змогу запропонувати внести зміни до законодавства України та віднести до виконавців звукорежисерів. Заслуговує на підтримку пропозиція Європейської Асоціації звукорежисерів визначити виконавця так: «це актор, співак, музикант, артист естради, цирку, танцюрист, режисер та інша особа, яка грає, співає, представляє, декламує і виконує або бере

участь творчим способом у виконанні або записі художнього твору або твору фольклору будь-якого роду» [6].

Розвиток цифрових технологій, особливо MIDI-технологій, що дають змогу записати виконання музичного твору на електронних інструментах як команди у вигляді цифрового коду, надали необмежені можливості використовувати одне виконання твору або його частину в іншому, що призводить до порушення прав виконавців. З метою запобігання таких порушень ст. 39 Закону України «Про авторське право і суміжні права» доцільно доповнити, надавши виконавцям право забороняти або дозволяти переносити виконання або його частину на інший матеріальний носій, а також оприлюднювати таке виконання твору.

Специфічним суб'єктом права, який вступає у відносини з суб'єктами суміжного права, зокрема з виконавцями, але законом до них не відноситься, є продюсер. Законодавство України не містить загального визначення вказаного терміна, а лише розкриває роль продюсера аудіовізуального твору, визначаючи його як особу, яка організовує або організовує та фінансує створення аудіовізуального твору. Спроба визначити місце продюсера в системі відносин, що регулюються законодавством про суміжні права, була здійснена у законодавстві деяких країн. Так, аналогічне визначення продюсера аудіовізуального твору, як це має місце в законодавстві України, міститься у Законі Республіки Молдова «Про авторське право і суміжні права». В Законі Латвії «Про авторське право» міститься таке визначення: «продюсер фонограми – фізична або юридична особа, яка здійснює першу фіксацію звуків виконання, інших звуків або звукового відтворення і несе відповідальність за її завершення» (ст. 1). Якщо порівняти це визначення з визначенням виробника фонограми як суб'єкта суміжних прав, що міститься в Законі України «Про авторське право і суміжні права», то можна дійти висновку, що вони ідентичні, а відтак можна допустити, що виробник фонограми може виконувати роль продюсера.

Практика розвитку відносин у сфері суміжних прав свідчить, що будь-який проект, пов'язаний із виконавчою діяльністю, може здійснюватися за участю продюсера. Враховуючи, що законодавство України не містить загального визначення цього суб'єкта відносин, що виникають у сфері реалізації суміжних прав, можна запропонувати таке визначення: продюсер – це фізична або юридична особа, яка організовує або організовує та фінансує постановку аудіовізуальних творів, шоу-програм, шоу-проектів, концертів, спектаклів, включаючи їх публічний показ або їх публічне виконання.

Закон України «Про авторське право і суміжні права» бажано було б доповнити положеннями, які б конкретизували правомочності продюсера, зокрема, його права по здійсненню організації відповідних заходів, права по фінансуванню їх, а також умови, підстави та обсяг прав інтелектуальної власності, які продюсер може набувати у якості вторинного суб'єкта авторського права (наприклад у ролі агента письменника або художника з організації виставок, презентацій творів тощо) і суміжних прав. Залежно від того, чи буде продюсер суб'єктом права інтелектуальної власності на

твір або його виконання, чи ні залежить його правовий статус. Так, у разі коли автор або виконавець не поступився продюсеру своїми майновими правами, останній буде виступати лише як представник автора або виконавця у відносинах із третіми організаціями на умовах, визначених договором між продюсером та суб'єктом права інтелектуальної власності. При цьому він не повинен порушувати права авторів, виконавців, постановників та інших суб'єктів суміжних прав. Практика впровадження в систему відносин, що виникають у сфері авторського права і суміжних прав, такого суб'єкта як продюсер свідчить про непоодинокі випадки, коли досягти балансу інтересів між учасниками процесу створення відповідного об'єкта права інтелектуальної власності та його використанням практично неможливо. Більше того, договори, в яких однією із сторін виступає продюсер, як правило, визначають обсяг майнових прав на користь саме останнього. Цьому значною мірою сприяє ст. 19 Римської конвенції. Виходячи з викладеного, є підстави стверджувати, що об'єктивно необхідним є визначення правового статусу продюсера та закріплення його в Законі України «Про авторське право і суміжні права», урахувавши особливості його взаємовідносин не лише з автором або артистом-виконавцем, а й з іншими учасниками творчого процесу, зокрема постановниками. При цьому може бути корисним примірний договір між автором сценарію і продюсером, що був рекомендований програмою ТАСІС «Інтелектуальна власність» [7].

Подальше удосконалення суб'єктного складу інститутів права інтелектуальної власності перебуває у площині процесу гармонізації національного законодавства з міжнародними актами. Процес приєднання України до цілої низки міжнародних актів набув сталого розвитку, за рахунок чого відчувається значний вплив міжнародного законодавства на зміст національних законів у досліджуваній сфері. Проте цей процес має й зворотний бік, на який здебільшого не звертається увага в практиці законотворчої діяльності, недостатнє своє відображення він знайшов і в наукових дослідженнях. Вказана проблема має загальний характер. Спробуємо розглянути її на прикладі визначення статусу виконавців як суб'єктів суміжних прав, тим паче, що Україна приєдналася до більшості міжнародних угод, що визначають статус зазначених суб'єктів. Першим міжнародним документом у сфері суміжного права була Римська конвенція 1961 р. На відміну від Бернської конвенції вона визначила суб'єктів суміжних прав, до яких віднесла артистів-виконавців, виробників фонограм, організації мовлення, визначила основні терміни та вимоги до охороноздатності об'єктів суміжних прав, закріпила основні принципи захисту прав виконавців. Проте безпосередній захист, що передбачався конвенцією за оцінками спеціалістів, є слабким. За Конвенцією артист-виконавець має право обмежити запис фіксації живого виконання. Це означає, наприклад, що дозвіл артиста-виконавця використати первинне виконання у радіопередачах не тягне за собою дозвіл виготовляти та розповсюджувати записи. Друге обмеження прав артистів-виконавців впливає зі ст. 12 Конвенції, яка встановлює принцип справедливої або рівної опла-

ти при виробництві комерційних фонограм. Заборонити таке виробництво артисти-виконавці не можуть, але повинні мати право на справедливую винагороду. Проте ст. 16 вказаної Конвенції містить застереження, відповідно до якого держава може ратифікувати її без дотримання ст. 12 Конвенції. Ще одне обмеження, яке міститься в цьому міжнародному документі, пов'язане із встановленням особливого правового режиму в галузі створення аудіовізуальних творів. Так, відповідно до ст. 19, якщо артист-виконавець надавав дозвіл на використання свого виконання в аудіовізуальній галузі, він позбавляється майнових прав на свої виконання, які повністю переходять до продюсера.

Більш повно відносини у сфері суміжних прав регулюються європейськими Директивами. Найбільше значення серед мають три. Перша – Директива 92/100 ЄЕС Ради Європейського Співтовариства від 19 листопада 1992 р. стосовно прав прокату, позичання і деяких положень авторського права і суміжних прав у сфері інтелектуальної власності [8]. На відміну від Римської конвенції в Директиві визначені принципи суміжних прав артистів-виконавців шляхом надання їм права дозволяти або забороняти: фіксацію (запис) виконання, відтворення первинного запису, ефірне мовлення і публічне розповсюдження живого виконання, ефірне мовлення і публічне розповсюдження зафіксованої форми виконання, оренда або здавання в найм зафіксованої форми виконання. В Директиві змінено принцип справедливої оплати артисту-виконавцю порівняно з Римською конвенцією. В Директиві йдеться про справедливу оплату виконавця і виробника. В конвенції було запропоновано платити або одному, або другому, або обом. Справедлива винагорода стосувалася ефірного мовлення і публікації фонограм, створених з комерційною метою. В аудіовізуальній сфері таке право не передбачалося. Змінено у Директиві і принципи взаємовідносин продюсера і виконавця фільму. На відміну від конвенції виконавець не може відмовитись від свого права на оплату на користь продюсера.

Друга європейська Директива, яка врегулювала права артистів-виконавців в умовах супутникового та кабельного телебачення. Мова йде про Детективу 93/100 ЄЕС Ради Європейського Співтовариства від 27 вересня 1993 р. про координацію деяких положень авторського права і суміжних прав, застосованих до радіомовлення через супутники і до ретрансляції по кабелю [9]. В Директиві було вирішене питання, що законодавство, яке слід застосовувати до програм, що надтодять через супутник на Землю, – законодавство передавальних країн. Наприклад, якщо передача передається через супутник на землю з Франції, то до такої програми застосовується французьке право. Директива, по суті, повторює такі самі принципи оплати. Поза увагою залишився захист аудіовізуальних творів, а відносини, що виникають у зв'язку з передачею по кабелю, віддано на розгляд національного законодавця. Але вперше з'являється принцип обов'язкового колективного управління.

Третя Директива, яка має суттєве значення для гармонізації врегулювання сфери суміжних прав, – Директива 93/100 ЄЕС Ради Європейського Співтовариства від 29 жовтня 1993 р. про уніфікацію строку дії охорони авторського права і суміжних прав [10]. На рівні прав артистів-виконавців гармонізація відбулася на рівні 50 років від дати виконання або дати публікації, тоді як щодо авторських прав – від дати смерті.

Таким чином, всі проаналізовані міжнародні акти по-різному визначають принципові положення, які повинні бути покладені в основу національного законодавства при визначенні статусу виконавців, зокрема артистів-виконавців. У зв'язку з цим виникає як мінімум дві проблеми, які вимагають свого вирішення. Перша – пов'язана із необхідністю визначитися між якими міжнародно-правовими актами та національним законодавством необхідна гармонізація у разі, коли по одному питанню є декілька актів, які по-різному пропонують врегулювати ті або інші відносини. Виходячи з того, що встановлення охорони на деякі об'єкти права інтелектуальної власності в Україні запроваджено не так давно, при вирішенні вказаної проблеми, як варіант, можна застосувати принцип, відповідно до якого гармонізація відбувається з більш пізніми актами, якщо вони змінюють зміст раніше прийнятих. Друга – є продовженням першої проблеми і пов'язана з необхідністю прогнозувати розвиток національного законодавства з урахуванням основних світових тенденцій, що справляють свій вплив на розвиток відносин у сфері суміжних прав. З вирішенням даної проблеми пов'язана необхідність встановлення постійного моніторингу міжнародно-правових актів у сфері авторського права і суміжних прав, а також вивчення та систематизація досвіду країн світу в питаннях врегулювання відносин у зазначеній сфері.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України* від 16. 01. 2003 р., № 435-IV // Відомості Верховної Ради. – 1993. – № 40–44. – Ст. 356.
2. *Закон України «Про авторське право і суміжні права»* від 23 грудня 1993 р. № 3792-ХІІ // Відомості Верховної Ради – 1994. – № 13. – Ст. 64.
3. *Римська конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення* від 26 жовтня 1961, до якої Україна приєдналася 12.06.2002 р.
4. *Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми, прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 р.*, до якого Україна приєдналася 20.09.2001.
5. *Закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»* від 9 июля 1993 г. № 110-ФЗ // Сборник законодательства Российской Федерации. – 1995. – № 30. – Ст. 2866.
6. *Архив журналу «Звукорежиссер»*. – С. 11. – Интернет ресурс.
7. *Авторське право і суміжні права. Європейський досвід*. Кн. 1. Нормативні акти і документи. Європейська інтеграція України // Під ред. А. С. Довгерта. – Київ. – 2001. – С. 317–325.
8. Там само. – С. 82–90.
9. Там само. – С. 90–100.
10. Там само. – С. 100–107.

СУДОВИЙ ЗАХИСТ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ
ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ТВОРЦІВ

Берестова І. Е.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач наукового сектора проблем цивільного права
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

Здобутки інтелектуальної діяльності людини породили проблему захисту її прав на створені об'єкти інтелектуальної власності. Захист будь-яких суб'єктивних прав – це правове забезпечення недоторканності цих прав, а також застосування заходів примусового характеру, спрямованих на їхнє відновлення, в разі їх порушення.

Згідно з п. 2 ст. 27 Загальної декларації прав людини: «кожна людини має право на захист її моральних і матеріальних інтересів, що є результатом наукових, літературних чи художніх праць, автором яких вона є» [1]. На жаль, Конституція України не гарантує творцю право на авторство і право на ім'я, право на присвоєння об'єкту інтелектуальної власності імені автора. Хоча Конституції багатьох країн світу, прийняті у XVII-XIX століттях, закріпили гарантії прав творців. Захист права інтелектуальної власності особи в Україні згідно зі ст. 55 Конституції України може здійснюватися судами, Уповноваженим Верховної Ради з прав людини чи особою самостійно. Держава гарантує кожному можливість захищати свої права будь-якими не забороненими законом засобами.

Згідно зі ст. 15 ЦК кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Якщо ж особа не зможе захистити свої права інтелектуальної власності на національному рівні, вона має право звернутись за захистом прав до міжнародних судових установ та міжнародних організацій, членом яких є Україна.

Проблемам регулювання та захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності присвячено ґрунтовні праці вчених-юристів О. А. Підпригори, О. Д. Святецького, О. П. Сергєєва, Е. П. Гаврилова, Р. Б. Шишки, О. О. Підпригори, М. М. Малєїної, Р. О. Стефанчука, Р. О. Денисової, Н. О. Халаїм, Л. Н., Борохович, А. А. Монастирської, М. В. Трохової, Ю. Л. Бошицького, В. Є. Маоди, Н. Є. Яркіної, М. К. Галянтича, Г. В. Чурпіти та ін.

Проте у більшості робіт увага науковців зосереджувалась на загальних питаннях інтелектуальної власності, а безпосередньо комплексне дослідження захисту особистих немайнових прав творців не проводилось, що і зумовлює актуальність та необхідність дослідження цієї проблеми у рамках наукової статті.

Метою даної наукової статті є з'ясування теоретичних та практичних особливостей юрисдикційної форми захисту особистого немайнового права творця, зокрема, судового захисту особистих немайнових прав авторів творів і виконавців.

Можна говорити про різні стадії захисту, щоб зрозуміти його зміст. Захист прав інтелектуальної власності можливий на етапі посягання на права, під час порушення прав інтелектуальної власності і після такого порушення. Відповідно, різними будуть і способи захисту. На їх вибір впливатиме також характер правопорушення та ступінь небезпеки (розмір спричиненої шкоди).

За захистом особистих немайнових прав інтелектуальної власності особи найчастіше звертаються до суду. Більшість справ вирішується у місцевих судах. Проте у майбутньому передбачається створення спеціалізованих судів, які б забезпечували у більш короткі терміни розгляд справ і їх правильне вирішення. Зокрема, ще Указом Президента «Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні» від 27 квітня 2001 року Президент України доручив Кабінету Міністрів України вивчити питання щодо створення спеціалізованого патентного суду [2]. Пропозиції про створення спеціалізованих судів, які б розглядали справи, пов'язані із захистом прав інтелектуальної власності, висловлені у працях В. Є. Маоди [3], Л. Н. Борохович, А. А. Монастирської, М. В. Трохової, Ю. Л. Бошицького, М. К. Галянтича [4] та ін. Вважаємо, що в Україні ефективний судовий захист прав інтелектуальної власності можливий лише у спеціалізованих судах. Поступова підготовка суддівських кадрів для таких судів уже здійснюється. Поява у системі господарських судів України спеціалізованих колегій суддів з розгляду справ, пов'язаних із захистом прав на об'єкти інтелектуальної власності, свідчить і про збільшення кількості відповідної категорії справ, і про намагання удосконалити судовий захист прав інтелектуальної власності.

Проаналізуємо особливості судового захисту особистих немайнових прав авторів творів і виконавців. З позовом про поновлення порушених прав та (або) припинення дій, що порушують авторське право та суміжні права, автор чи виконавець звертаються у разі, якщо права вже були порушені. Наприклад, автором твору вказано особу, яка не є автором твору. Захистити право творець може шляхом поновлення порушеного права: зазначення його як автора та припинення незаконних дій, якими є випуск і продаж твору під чужим іменем. Якщо правопорушення здійснювалось, буває так, що повернути стан, який був перед порушенням, вже неможливо. Особливо коли постраждала репутація творця. Найчастіше це стосується порушення права на недоторканність твору. У таких випадках може неоправно постраждати і сам об'єкт творчості (спотворено картину, скульптуру).

Доречно сказати, що дії, якими порушуються права авторів або створюється загроза їх порушенню, нерідко вчиняються порушниками повторно і неодноразово. Вітчизняне цивільне законодавство для таких випадків не передбачає спеціальних санкцій. На нашу думку, відповідними були б санкції у вигляді прогресуючих штрафів, тобто таких, що зростають залежно від повторюваності порушень.

Автори чи виконавці можуть вимагати від порушника усунення наслідків правопорушення. Для випадків порушення авторських і суміжних особистих немайнових прав інтелектуальної власності ефективними є опублікування повідомлення відповідного змісту і форми у

визначеному засобі масової інформації та судових рішень щодо цих порушень. Недоліком чинного закону вважаємо відсутність будь-яких вимог до змісту таких публікацій у ЗМІ. Натомість, законодавчі вимоги до публікації повідомлення і судового рішення у ЗМІ мають бути. Скажімо, у повідомленні про правопорушення потрібно вказувати порушника, чиї права він порушив і які саме, а залежно від конкретного порушення прав: вибачення, спростування інформації чи фактів або їх ствердження, пояснення, відкликання. Окрім цього, необхідно обрати спосіб повідомлення. Він повинен забезпечити доведення інформації до того кола осіб, яке стало свідком порушення прав. Тому у кожній ситуації питання має вирішуватись з урахуванням особливостей порушення. В одних випадках повідомлення про правопорушення необхідно опублікувати у пресі (місцевій чи загальнодержавного рівня), а в інших випадках – виступити з повідомленням по телебаченню чи радіо тощо. Таке повідомлення або публічну заяву повинен здійснити правопорушник на вимогу автора, а в разі незгоди чи відмови питання вирішуватиметься у судовому порядку.

Що стосується судових рішень щодо порушень авторських і суміжних прав, вважаємо, їх необхідно публікувати або повністю, або у певній частині. Тут ми поділяємо думку А. Войцеховської про еквівалентність цього способу усунення наслідків порушення особистих немайнових прав авторів у випадках, коли публічно здійснюється значне порушення цих прав [5]. Судове рішення доцільно оприлюднювати не лише способом опублікування, а й публічного оголошення (трансляція судового засідання, ознайомлення через радіо і телебачення тощо).

Згідно з ч.1 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» перелік способів для усунення наслідків порушення прав авторів передбачено законодавством України. До них належить заборона опублікування творів, їх виконань, постановок, випуску примірників фонограм, відеограм, їх сповіщення, припинення їх розповсюдження, вилучення і навіть знищення примірників творів, фонограм, відеограм, виготовленням і використанням яких порушуються особисті немайнові права авторів та виконавців, а також вилучення предметів, матеріалів, обладнання, за допомогою яких порушення здійснювались (наприклад, лазерні диски, матриці, фотонегативи тощо).

На відміну від українського законодавства, яке дає змогу потерпілому використати для захисту прав тільки способи, передбачені законом, польське законодавство не обмежує способів захисту, які може обрати потерпілий, тобто перелік можливих способів є загалом відкритим. Головне, щоб способи захисту були доцільними і усували наслідки здійсненого правопорушення, але вони повинні також не суперечити нормам закону та засадам суспільного життя. До способів захисту особистих немайнових прав авторів польський закон відносить вимогу повторної публікації чи публічного представлення твору вже без порушення особистих прав автора. Взагалі, за польським законодавством, суд може зобов'язати відповідача здійснити відповідні дії (відповідні обсягу захисту), які буде визнано необхідними для

усунення наслідків порушення особистих авторських прав [6]. Наслідки порушення особистих немайнових прав іноді можуть бути усунені різними діями. Польський законодавець перевагу надає потерпілому у виборі цих дій, а суд встановлює їх доцільність і відповідність обсягу захисту.

Захисту прав авторів та виконавців сприяє норма ч. 2 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права», якою передбачено, що судові витрати, понесені автором, та витрати, пов'язані з оплатою допомоги адвоката (чи згідно зі ст. 84 ЦПК і фахівця в галузі права), включаються до розміру збитків, а отже компенсуються потерпілому. Але така норма не передбачає повернення витрат, якщо на платних засадах допомогу надавав не адвокат чи фахівець в галузі права, а інша особа. Вважаємо, що це не справедливо. На договірних умовах автор може залучити до захисту своїх прав у суді тих осіб, які здатні, на його думку, надати кваліфіковану допомогу. Тому потрібно змінити відповідне положення ч. 2 ст. 52 Закону і записати таке: «...а також витрати, пов'язані з оплатою правової допомоги особи, яка її надавала». Потрібно унеможливити виникнення ситуацій, за яких суб'єкт права на захист, вигравши справу, виявиться неспроможним оплатити судові витрати. Особливо дана проблема актуалізувалась з набранням чинності нового Цивільного процесуального кодексу України. Тому слід, відповідно, уточнити і аналогічне положення ст. 84 ЦПК України, у якій замість «або іншого фахівця в галузі права» слід записати «або іншої особи».

Реалізація права на захист у суді відбувається у двох аспектах: матеріальному та процесуальному. Процесуальний аспект має багато недоліків. Зокрема, це затягування розгляду справ, вплив (тиск) на діяльність суду з боку органів державної влади, відсутність необхідних технічних засобів для фіксації судових засідань, для ознайомлення з доказами. Прикладом затягування розгляду є справа про припинення порушення авторських прав за позовом З. Рік тривав розгляд спору між двома вченими-математиками. З. просив до винесення рішення у справі судом заборонити С. друкувати спірні наукові праці. Проте за півмісяця до того, як виконавець доставив ухвалу суду, журнал опублікував статтю С. [7].

Проблемним і законодавчо не забезпеченим на належному рівні залишається механізм захисту особистих немайнових прав творців у галузі аудіовізуальних мистецтв. Судова практика свідчить, що судді часто необізнані із специфічною термінологією, що призводить до помилок у веденні протоколів судових засідань, до неправильного тлумачення обставин справи, показань свідків. У разі виникнення спірних питань, пов'язаних з аудіовізуальними творами, необхідно з ними ознайомитися суду. На жаль, не завжди у суду є такі можливості, оскільки аудіовізуальні твори зафіксовано, як правило, на різних матеріальних носіях, а необхідною технікою суди не забезпечені. Наприклад, під час судового розгляду справи за позовом режисера-постановника О. Зіріна до акціонерного товариства Р. про відшкодування моральної шкоди, стягнення компенсації у зв'язку з порушенням авторського права та призупинення ліцензії Національної ради України з питань телебачення і ра-

діомовлення на право користування каналами мовлення позивач змушений був доставити до суду власні технічні засоби для перегляду телепередачі [8].

Не сприяє захисту прав і необізнаність суддів, відсутність у них спеціальних знань з права інтелектуальної власності. В одному із рішень суду читаємо таке: «Доказів того, що відповідачем використовувався твір позивачки без дозволу останньої судом добуто не було» (йдеться про запозичення і переробку твору) [9]. Виникає логічне запитання, а чому суд не встановив наявності дозволу позивачки, адже це простіше, бо мають бути письмові докази – договір. Якщо договору нема, то це і означає використання без дозволу. Недарма піднімається питання про створення спеціалізованих судів, як це має місце у Великій Британії, США, Німеччині, Швеції [10].

Захист прав творців повинен здійснюватись за короткий час, оскільки його значення може втратитись у разі запізнення. Механізм захисту має бути таким, щоб забезпечував саме вчасний захист, оскільки доки суд розглядає справу – відповідач часто встигає знищити або приховати докази порушення прав творців. Тому необхідними є вжиття тимчасових заходів з метою забезпечення доказів.

Новий ЦПК виправив недолік попереднього закону і надав можливість особі, яка захищає права, звернутися до суду із заявою про забезпечення доказів до пред'явлення нею позову і без повідомлення про застосувані способи забезпечення доказів порушника прав. Такий підхід закріплено і в Директиві ЄС № 2004/48/ЄС.

В Україні захист авторського права і суміжних прав ефективніший, ніж захист права промислової власності, а судовий захист прав інтелектуальної власності більш дієвий порівняно з позасудовим. Цьому посприяла і участь України в усіх основних міжнародних угодах стосовно авторських і суміжних прав, і більш-менш вдала остання редакція Закону «Про авторське право і суміжні права», і відсутність обов'язкових реєстраційних процедур з метою правової охорони творів чи об'єктів суміжних прав. Проте слабкою ланкою захисту авторських прав є права авторів розміщених у мережі Інтернет творів та права інтелектуальної власності на комп'ютерні програми. Розвиток техніки свідчить і про перспективність захисту прав на комп'ютерні програми нормами патентного права. Але це складніше, оскільки потребує реєстрації винаходу чи корисної моделі, хоча в Україні така реєстрація можлива.

На практиці виникають складні ситуації, що свідчать про відсутність єдиного розуміння комп'ютерної програми. В одному з оглядових листів по узагальненню судової практики з авторського права і суміжних прав Вищий Господарський Суд України, аналізуючи судову справу, поєднав комп'ютерну програму із сервером, пояснюючи, що в окремих випадках комп'ютерна програма є частиною сервера і про її використання як твору у розумінні ст. 441 ЦК України говорити не можна [11]. З таким тлумаченням розуміння комп'ютерної програми не можна погодитись, адже сервер і комп'ютерна програма – змістовно різні поняття, і сервер може працювати не лише з даною комп'ютерною програмою, а й з деякими іншими. А ось стосовно використання

комп'ютерної програми, то його види слід конкретизувати у законі. Хоча питання про використання комп'ютерних програм, що належать до технології, мають відношення до роботи самого комп'ютера, остаточно не вирішено і в світовій практиці, тому складно захистити і права на них [12].

В іншому випадку суд не зміг з'ясувати, що таке комп'ютерна гра, і вважаючи, що вона не тотожна комп'ютерній програмі, та враховуючи відсутність у законі будь-якого визначення цього поняття, питання про порушення прав інтелектуальної власності на неї розглядати відмовився [13].

Потребує вдосконалення і захист суміжних прав. Особисті немайнові права виконавців опинилися під загрозою у зв'язку з використанням виконавців у рекламі, у мобільних телефонах, у зв'язку з піратством, у зв'язку з появою численних способів відтворення об'єкта. Тому, на нашу думку, значиму роль у захисті особистих немайнових прав виконавців, що порушуються при використанні об'єктів суміжних прав, можуть і повинні відігравати організації колективного управління правами виконавців. У договірному порядку на вимогу суб'єкта суміжних прав вони можуть визначити правовий режим використання виконавців, наприклад, забороняючи їх розміщення у рекламі, де нерідко порушуються особисті немайнові права інтелектуальної власності: право на ім'я, право на забезпечення якості запису виконання та протидію перекрученню, спотворенню чи іншій суттєвій зміні, що може завдати шкоди честі і репутації виконавця. Організації колективного управління, виконуючи свої функції, уповноважені відслідковувати випадки вчинення правопорушень суб'єктами, які використовують права інтелектуальної власності членів вказаних організацій.

Безперечно, потрібні і зміни до Закону України «Про авторське право і суміжні права». Слід визначитись, чи використання виконавців у рекламі та нобільному зв'язку доцільно визнати обмеженням майнових прав виконавців, а, отже, дозволити таке специфічне використання виконавців без вказівки імен виконавців та допустити скорочення виконавців, чи визнати таке використання виконавців виключним правом суб'єкта суміжних прав, який надаватиме дозвіл на відсутність вказівки імені виконавця при використанні виконавців та на скорочення виконавців. Очевидно, в інтересах виконавців більш прийнятний другий варіант.

Отже, правовий захист особистих немайнових прав інтелектуальної власності прямо залежить від стану законодавства України у сфері інтелектуальної власності та діяльності судів, інших державних і недержавних інституцій, задіяних у захисті права інтелектуальної власності. Система захисту права інтелектуальної власності потребує приведення її до світових стандартів. Це питання має вирішуватись державою. У майбутньому, як і сьогодні, захист права інтелектуальної власності в Україні визначатиметься також рівнем правосвідомості та правової культури населення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРА:

1. *Загальна декларація прав людини*. Прийнята і проголошена Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року. – К.: Правнича Фундація, 1996.

2. Указ Президента України «Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні» від 27 квітня 2001 року № 285/2001 // Комп'ютерно-правова база «Нормативні акти України».

3. *Макода В.С.* Правова охорона промислових зразків в Україні: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київськ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка – К., 2001. – С. 17.

4. *Шевелева Т.* Європейські стандарти захисту прав інтелектуальної власності // Інтелектуальна власність. – 2003. – № 3. – С. 56–57; *Борохович Л. Н., Монастырская А. А., Трохова М. В.* Ваша інтелектуальна власність. – СПб., 2001. – С.108.; *Бошицкий Ю. Л.* Правовая реформа изобретательства. Проблемы и решения. – К.: Наукова думка, 1992. – С. 62; *Галантич М. К.* Патентний суд України – нагальна потреба створення єдиної системи захисту промислової власності // Інтелектуальна власність. – 1999. – № 1. – С. 3–7.

5. *Войцеховська Анна.* Особисті авторські права та їх охорона за польським законом про авторське право і суміжні права // Інтелектуальна власність. – 2005. – № 2. – С. 26.

6. *Там само.*

7. *Архів* Шевченківського районного суду м. Києва. Справа № 2–1168. – 2003.

8. *Зурін О.* Авторське право в аудіовізуальних мистецтвах // Інтелектуальний капітал. – 2003. – № 1. – С. 15–24.

9. *Архів* Шевченківського районного суду м. Києва. Справа № 2–408. – 2003.

10. *Борохович Л. Н., Монастырская А. А., Трохова М. В.* Ваша інтелектуальна власність. – СПб.: Питер, 2001. – С. 108.

11. *Оглядовий лист* Вищого Господарського Суду України «Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти авторського права і суміжних прав» (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим Господарським Судом України) від 22. 01. 2007 р. № 01 – 8/25 // Комп'ютерно-правова база «Нормативні акти України».

12. *Право* інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / За ред. Ю. М. Капіци: кол. авторів: Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов та ін. – К., 2006. – С. 96.

13. *Узагальнення Верховного Суду України* застосування судами законодавства у справах про адміністративні правопорушення у сфері інтелектуальної власності (статті 51–2, 164–9 КпАП) від 01.01.2006 року // Комп'ютерно-правова база «Нормативні акти України».

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУБ'ЄКТІВ «СЛУЖБОВОГО» ТВОРУ

Штефан О. О.,

кандидат юридичних наук, доцент,

завідувач відділу авторського права і суміжних прав

НДІ Інтелектуальної власності АПрН України

У сучасному світі інтелектуальна, творча діяльність набуває все більшого значення у різних сферах людської діяльності. Ефективність економічних, політичних, соціальних перетворень, що відбуваються в Україні, перебуває у прямій залежності від широкого використання творчого інтелектуального потенціалу держави, ефективності функціонування системи державної охорони та захисту інтелектуальної власності.

Конституція України гарантує свободу художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, авторських і суміжних прав, моральних і матеріальних інтересів громадян, пов'язаних з різними видами творчої інтелектуальної діяльності. Тому особливу увагу привертає питання правового статусу автора твору, створеного в результаті виконання службового завдання чи трудового договору.

ЦК України (прийнятий 16 січня 2003 р.), який набув чинності з 2004 року, ввів безліч новел у цивільне право, які безпосередньо вплинули на основні положення та принципи регулювання суспільних відносин, пов'язаних із створенням та використанням об'єктів інтелектуальної власності. Правовий статус автора «службового» твору закріплено ст. 429 ЦК України.

Сьогодні абсолютна більшість об'єктів права інтелектуальної власності створюється у зв'язку з реалізацією трудових відносин. Регулювання правові відносин, пов'язаних із створенням об'єктів права інтелектуальної власності, коли автор (творець) перебуває у відносинах трудового найму, як вже зазначалося, зазнало корінних змін в ЦК України, тому зупинимось на висвітленні найбільш суттєвих.

По-перше, звертає на себе увагу той факт, що законодавець у ст. 429 ЦК України, на відміну від ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права»,

не оперує поняттям «службовий» твір, а використовує словосполучення «об'єкт, створений у зв'язку із виконанням трудового законодавства».

Такий підхід законодавця можна пояснити двома факторами: 1) у ст. 429 ЦК України відбулось запозичення національним законодавством термінологічних підходів, що існують в законодавстві інших країн світу, наприклад, Німеччини, Грузії; 2) також можна припустити, що законодавець прагнув до більш доступного сприйняття змісту закону потенційними суб'єктами правовідносин, пов'язаних із створенням та використанням службових творів, шляхом термінологічного спрощення.

Проте, незалежно від мети, якою керувався законодавець формулюючи назву та зміст ст. 429 ЦК України, в результаті правознавці отримали термінологічну неузгодженість загального закону (ЦК України) із спеціальним законом (Законом України «Про авторське право і суміжні права»). Тому для усунення термінологічної неузгодженості, доцільно було б замінити словосполучення «об'єкт, створений у зв'язку із виконанням трудового законодавства», яке використовується у ст. 429 ЦК України, на «службовий» твір.

По-друге, законодавець у ст. 429 ЦК України пов'язує врегулювання правовідносин щодо створення та використання службових творів лише «виконанням трудового договору». Тобто у зазначеній нормі ЦК України встановлюється особливий правовий режим на об'єкт права інтелектуальної власності. Безпосередньо законодавець пов'язує створення (виникнення) службового твору із двома фактами: 1) службовий твір повинен бути створеним протягом певного періоду часу, тобто в межах строку дії належним чином оформленого трудового договору; 2) результат інтелектуальної, творчої діяльності безпосередньо має бути пов'язаним із

виконанням трудових функцій (трудових обов'язків) працівника. Слід зазначити, що інші факти, з якими законодавець пов'язує створення службового твору, у ЦК України відсутні. Натомість ч. 2 ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права» створення службового твору пов'язує не лише із строком дії трудового договору (контракту) та закріплених у ньому трудових обов'язків творчого працівника, а й із укладенням і виконанням цивільно-правових договорів. Підхід спеціального законодавства у врегулюванні правовідносин щодо створення та використання службових творів більшою мірою відповідає існуючій сьогодні правозастосовній практиці. Це пояснюється тим, що всі особливості створення та використання об'єкта авторського права як службового твору не завжди можна врегулювати трудовим договором (контрактом). До того ж, ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» «службові обов'язки» творчого працівника пов'язує із виконанням «службового завдання» або «трудоного договору (контракту)». Тобто законодавець передбачає, що службове творче завдання може отримати й працівник, який не працює за трудовим договором (контрактом), а працює на підставі цивільно-правового договору, наприклад підряду (на виконання роботи).

Виходячи із вищевикладеного, можна зробити висновок, що законодавець у ст. 429 ЦК України обмежив у правах і роботодавця, і творчого працівника, пов'язаних із створенням та використанням службових творів, та створив ще одну колізію норм права. Усунення зазначеного недоліку вбачається у внесенні відповідних змін до ч. 1 ст. 429 ЦК України.

По-третє, привертає увагу й суб'єктний склад правовідносин, пов'язаних із створенням та використанням службових творів, який передбачений ст. 429 ЦК України.

Так, зазначена норма закону до суб'єктів правовідносин, пов'язаних із створенням та використанням службових творів, відносить: працівника; юридичних та фізичних осіб, де або у якій працює працівник. Тобто законодавець ввів нового суб'єкта у сферу авторсько-правових відносин – працівника. Якщо виходити з буквального тлумачення норми закону, то можна зробити висновок, що «службовий» твір створює не автор своєю творчою працею, а працівник, виконуючи унормовану роботу згідно із службовим завданням. Тобто зникає такий суб'єкт авторського права як «автор» службового твору, а з'являється «працівник», у якого відсутні будь-які авторські права на службовий твір, оскільки законодавством України про авторське право не передбачено, що авторські права належать «працівнику». Таку парадоксальну ситуацію можна виправити шляхом внесення відповідних змін до ст. 429 ЦК України, привівши її у відповідність із ст. 1 та 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права», якими закріплено, що службовий твір створює автор за трудовим або цивільно-правовим договорами. До того ж положення ст. 429 ЦК України вступають у протиріччя й з іншими положеннями ЦК України, присвяченими врегулюванню відносин у сфері авторського права, наприклад, ч. 1 ст. 435 ЦК України, якою закріплено, що первинним суб'єктом авторського права є саме «автор» твору, а не «працівник».

Щодо суб'єктного складу правовідносин, пов'язаних із створенням та використанням «службових» творів, привертає увагу й той факт, що у ст. 429 ЦК України у якості роботодавців називаються «юридична або фізична особи, де або у якій працює працівник», при цьому законодавець, на жаль, не визначає їх статусу. Хоча, якщо виходити із безпосереднього змісту ст. 429 ЦК України, можна дійти висновку, що законодавець під «фізичною особою, де або у якій працює працівник» мав на увазі фізичну особу, зареєстровану як суб'єкт підприємницької діяльності. Такий висновок випливає із того, що фізична особа – не підприємець не може виконувати функції роботодавця у відносинах із автором, оскільки між ними будуть існувати не трудові відносини, а відносини цивільно-правового характеру, тобто підрядні. В той же час законодавець у ч. 2 ст. 429 ЦК України, визначаючи правовий статус суб'єктів правовідносин, пов'язаних із створенням та використанням службових творів, оперує не лише терміном «трудоного договір», а використовує словосполучення «якщо інше не встановлено договором». За відсутності уточнення, яким саме договором можуть регулюватися відносини щодо створення та використання службових творів, можна припустити, що це може бути й цивільно-правовий договір, а відтак, ЦК України розширює суб'єктний склад правовідносин щодо створення та використання «службових» творів. Таке визначення суб'єктного складу «службового» твору розвиває особливості правового режиму, встановленого щодо нього. Натомість законодавець у ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права» використовує термін «роботодавець». Зазвичай, під роботодавцем розуміється власник підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, виду діяльності та галузевої належності або уповноважений ним орган чи фізична особа, які відповідно до законодавства використовують найману працю. Тобто термін «роботодавець» є більш загальним, а тому й більш універсальним, аніж термін «юридична або фізична особа, де або у якій працює працівник». З викладених підстав доцільно було б його ввести у термінологічний оборот ст. 429 ЦК України, до того ж використання у зазначеній нормі закону терміна «роботодавець» усуне існуючу термінологічну неузгодженість із спеціальним законодавством у сфері авторського права.

По-четверте, у ч. 2 ст. 429 ЦК України закріплено, що майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або в якій він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором. Тобто і працівник, і роботодавець визнаються законом рівноправними власниками майнових авторських прав, якщо договором між ними не передбачено інший порядок належності майнових прав на «службовий» твір.

Спільна власність являє собою форму реалізації права власності. Вона може бути спільною сумісною власністю або спільною частковою (ст. 355 ЦК України). Виходячи з особливостей об'єктів авторського права, а також з презумпції авторства, можна зробити висновок, що встановити частки співвласників у спільній

власності на об'єкт авторського права неможливо. Для того щоб твір, створений у порядку службового завдання, був у спільній сумісній власності, необхідно щоб зазначене положення було прямо передбачено договором між працівником та роботодавцем. Співвласники в даному випадку володіють об'єктом права власності спільно, розпоряджаються ним за взаємною згодою усіх співвласників. У разі вчинення одним із співвласників правочину щодо розпорядження спільним майном вважається, що він вчинений за згодою усіх співвласників, і недійсність такого правочину може бути визнана лише у судовому порядку. Проте виникають сумніви, що така форма власності, особливо щодо використання об'єктів авторського права, повною мірою може задовольнити обидві сторони. Таким чином, специфіка «службових» творів полягає у їх правовій природі – зв'язку норм авторського права із положеннями трудового законодавства.

Натомість у ч. 2 ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права» чітко зазначено, що майнові права на службові твори належать роботодавцю, якщо інше не передбачено трудовим договором та цивільно-правовим договором, укладеним між роботодавцем та працівником. Тобто спеціальне авторське законодавство більш чітко визначає правовий статус суб'єктів зазначених правовідносин, а також надає право автору передати роботодавцю не весь комплекс майнових прав, пов'язаних із використанням службового твору. Положення спеціального права перебувають у відповідності із положеннями міжнародно-правових актів у сфері авторського права та відповідають пануючій у континентальній системі права концепції природних авторських прав.

Виходячи з вищевикладеного, зміст ч. 2 ст. 429 ЦК України необхідно привести у відповідність до ч. 2 ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

По-п'яте, ч. 1 ст. 429 ЦК України передбачено, що особисті немайнові права інтелектуальної власності (у тому числі й особисті немайнові авторські права) на об'єкт, створений в результаті виконання трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт. В той же час зазначена норма закону встановлює, що у випадках, передбачених законом, окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності на такий об'єкт можуть належати роботодавцю.

Зазначене положення законодавця є досить проблематичним у правозастосуванні на практиці. Проблема реалізації цього положення виникає одразу і пов'язана з відсутністю у законодавстві, у тому числі й у ЦК України, норми, якою б передбачалась можливість передачі немайнових авторських прав третім особам. Натомість ч. 1 ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права» закріплює, що авторське немайнове право на «службовий» твір належить його автору. До того ж законодавство у сфері авторського права встановлює, що особисті немайнові авторські права є виключними, невідчужуваними та безстроковими. У зв'язку з цим виникає питання, що законодавець вкладає у поняття «окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності», які можуть бути передані за договором роботодавцю. Щодо останнього, то можна припустити, що

мова може йти про забезпечення недоторканності твору. З однієї сторони, у ст. 439 ЦК України прямо закріплено за автором право протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню або іншій зміні твору чи будь-якому іншому посягання на твір, з іншої сторони, – реалізувати закріплене за автором право на практиці буває досить складно, в той час як юридична особа, що виступає роботодавцем автора, може більш ефективно здійснити такий захист. Проте згідно із законодавством з авторського права та виходячи із правової природи авторських прав особисті немайнові права належать автору і не можуть бути передані за договором або будь-яким іншим способом відчужені, а відтак законодавче нововведення не має своєї практичної цінності у врегулюванні відносин щодо використання об'єктів авторського права, створених в порядку виконання службового завдання. Зазначене положення ч. 1 ст. 429 ЦК України суперечить не лише доктрині авторського права, а й конвенційним міжнародно-правовим актам (зобов'язання, за якими прийняла й Україна). Право авторства та право на ім'я – це виключне, невід'ємне немайнове авторське право творця, яке є невідчужуваним. Крім того, виникають питання щодо визначення факту створення твору, а відтак й виникнення авторських прав на нього. Тобто це положення законодавця, закріплене у ст. 429 ЦК України, руйнує існуючу конструкцію авторського права і потребує негайного виключення із зазначеної норми закону.

Дещо по-іншому вирішуються питання правового статусу авторів «службових» творів та їх роботодавців у законодавстві країн СНД та країн Балтики.

Так, підставою створення службового твору визнається виконання службових обов'язків або службового завдання (ст. 9 Закону Литовської Республіки «Про авторське право і суміжні права» від 18.05.1999 р.; ст. 12 Закону Латвії «Про авторське право» від 27.04.2000 р.; ст. 18 Закону Республіки Молдова «Про авторське право і суміжні права» від 23.11.1994 р.; ст. 14 Закону Республіки Білорусь «Про авторське право і суміжні права» від 15.05.1996 р.; ст. 14 Закону Республіки Казахстан «Про авторське право і суміжні права» від 10.06.1996 р.; ст. 34 Закону Республіки Узбекистан «Про авторське право і суміжні права»; ст. 13 Закону Азербайджанської Республіки «Про авторське право і суміжні права» від 05.06.1996 р.; ст. 14 Закону Республіки Таджикистан «Про авторське право і суміжні права» від 13.11.1998 р.). Деякі країни називають лише одну підставу для створення службового твору – службове завдання (ст. 16 Закону Грузії «Про авторське право і суміжні права» від 09.09.1999 р.; ст. 19 Закону Республіки Вірменії «Про авторське право і суміжні права» від 15.12.1999 р.). Проте, незважаючи на кількість підстав визнання твору службовим, що закріплені у законах з авторського права інших країн, головною, об'єднуючою ознакою поширення спеціального режиму на об'єкти авторського права можна назвати наявність трудових відносин між автором службового твору та роботодавцем.

На відміну від положень ЦК України інші країни згідно із міжнародно-правовими актами у сфері авторських прав немайнові авторські права на службовий

твір визнають лише за його автором (фізичною особою) (ст. 9 Закону Литовської Республіки «Про авторське право і суміжні права» від 18.05.1999 р.; ст. 12 Закону Латвії «Про авторське право» від 27.04.2000 р.; ст. 16 Закону Грузії «Про авторське право і суміжні права» від 09.09.1999 р.; ст. 18 Закону Республіки Молдова «Про авторське право і суміжні права» від 23.11.1994 р.; ст. 14 Закону Республіки Білорусь «Про авторське право і суміжні права» від 15.05.1996 р.; ст. 19 Закону Республіки Вірменії «Про авторське право і суміжні права» від 15.12.1999 р.; ст. 34 Закону Республіки Узбекистан «Про авторське право і суміжні права»; ст. 14 Закону Республіки Казахстан «Про авторське право і суміжні права» від 10.06.1996 р.; ст. 13 Закону Азербайджанської Республіки «Про авторське право і суміжні права» від 05.06.1996 р.; ст. 14 Закону Республіки Таджикистан «Про авторське право і суміжні права» від 13.11.1998 р.).

По-різному національне законодавство інших країн розкриває зміст правосуб'єктності суб'єктів правовідносин, пов'язаних із використанням службових творів. Так, більшість країн майнові права на використання службового твору закріплюють за роботодавцем, якщо інше не передбачено договором (ст. 12 Закону Латвії «Про авторське право» від 27.04.2000 р.; ст. 18 Закону Республіки Молдова «Про авторське право і суміжні права» від 23.11.1994 р.; ст. 14 Закону Республіки Білорусь «Про авторське право і суміжні права» від 15.05.1996 р.; ст. 19 Закону Республіки Вірменії «Про авторське право і суміжні права» від 15.12.1999 р.; ст. 14 Закону Республіки Казахстан «Про авторське право і суміжні права» від 10.06.1996 р.; ст. 34 Закону Республіки Узбекистан «Про авторське право і суміжні права»; ст. 13 Закону Азербайджанської Республіки «Про авторське право і суміжні права» від 05.06.1996 р.; ст. 14 Закону Республіки Таджикистан «Про авторське право і суміжні права» від 13.11.1998 р.).

Слід зазначити, що деякі країни у своєму законодавстві встановили певні обмеження майнових прав, пов'язаних із використанням службових творів, як для автора такого твору, так й для роботодавця.

Прикладом обмеження майнових прав автора службового твору може бути ст. 14 Закону Республіки Білорусь «Про авторське право і суміжні права» від 15.05.1996 р., в якій закріплено, що автор «службового» твору не має права перешкоджати роботодавцю в оприлюдненні твору.

Обмеження суб'єктивних прав роботодавця безпосередньо пов'язані із фактом реалізації майнових прав, які належать або передані йому, щодо використання службових творів. Так, якщо роботодавець протягом трьох років від моменту передачі службового твору його не використовує, усі права на використання службового твору переходять до його автора (ст. 14 Закону Республіки Таджикистан «Про авторське право і суміжні права» від 13.11.1998 р.).

Якщо впродовж трьох років після передачі службового твору роботодавець не використовує такий твір або якщо припиняється використання твору без поважних підстав впродовж двох років, виключне право на використання твору переходить до автора, проте строки можуть бути змінені за згодою сторін (ст. 16 Закону

Грузії «Про авторське право і суміжні права» від 09.09.1999 р.).

Інколи в законодавчих актах зарубіжних країн передбачається можливість повернення майнових прав автору службового твору. Так, по закінченню п'яти років від моменту передачі службового твору автором роботодавцю виключне право на використання твору переходить до автора (ст. 16 Закону Грузії «Про авторське право і суміжні права» від 09.09.1999 р.). По закінченню десяти років від моменту надання службового твору роботодавця, а при наявності згоди роботодавця – раніше, право автора на використання твору і отримання винагороди належать автору у повному обсязі, незалежно від умов договору, укладеного із роботодавцем (ст. 14 Закону Республіки Казахстан «Про авторське право і суміжні права» від 10.06.1996 р.; ст. 19 Закону Республіки Вірменії «Про авторське право і суміжні права» від 15.12.1999 р.; ст. 34 Закону Республіки Узбекистан «Про авторське право і суміжні права»).

Майнові авторські права на «службові» твори строком на п'ять років переходять до роботодавця, якщо договором не передбачено іншого (ст. 9 Закону Литовської Республіки «Про авторське право і суміжні права» від 18.05.1999 р.).

На відміну від законодавства України з авторського права більшість країн у своєму національному законодавстві закріпила за роботодавцем права будь-яким способом використовувати «службові» твори та зазначати своє ім'я (назву) або вимагати такого позначення (ст. 16 Закону Грузії «Про авторське право і суміжні права» від 09.09.1999 р.; ст. 18 Закону Республіки Молдова «Про авторське право і суміжні права» від 23.11.1994 р.; ст. 19 Закону Республіки Вірменії «Про авторське право і суміжні права» від 15.12.1999 р.; ст. 14 Закону Республіки Казахстан «Про авторське право і суміжні права» від 10.06.1996 р.; ст. 34 Закону Республіки Узбекистан «Про авторське право і суміжні права»; ст. 13 Закон Азербайджанської Республіки «Про авторське право і суміжні права» від 05.06.1996 р.; ст. 14 Закону Республіки Таджикистан «Про авторське право і суміжні права» від 13.11.1998 р.), в той же час ім'я автора службового твору також повинно бути зазначено, якщо це практично можливо, при використанні такого твору (ст. 18 Закону Республіки Молдова «Про авторське право і суміжні права» від 23.11.1994 р.).

Таким чином, можна зробити висновок, що більшість країн СНД та країн Балтики у своєму національному законодавстві з авторського права, встановлюючи правовий режим службових творів та визначаючи правовий статус авторів службових творів та їх роботодавців, на відміну від національного законодавця стоїть на позиції пріоритету захисту немайнових прав авторів «службових» творів. Щодо немайнових авторських прав, то зарубіжні країни визнають пріоритет роботодавця, але такий пріоритет обмежений у часі. За рахунок цього досягається компроміс у задоволенні майнових прав не лише роботодавця, а й автора твору. Такий підхід є характерним для доктрини права інтелектуальної власності континентальної Європи. Доцільно було б його запозичити та внести відповідні зміни до національного законодавства з авторського права.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ ОХОРОНИ І ЗАХИСТУ АВТОРСЬКИХ ПРАВ

Крупчан О. О.,

*науковий співробітник**НДІ інтелектуальної власності АПрН України*

Фундаментальні зміни в кінці ХХ – на початку ХІ ст. в економіці, політиці, соціальній структурі суспільства та швидкий науково-технічний прогрес привели до переосмислення місця та ролі авторського права як у окремих країнах, так і в цілому у світі.

Охорона авторського права, перш за все, є одним зі способів стимулювання творчої діяльності, збагачення та поширення національної культурної спадщини. Згідно з Бернською конвенцією чим вище рівень охорони авторського права, тим більший стимул для авторів, а чим більша кількість інтелектуальних творів в країні, тим вище авторитет цієї країни. Цілком об'єктивно можна судити про те, що кожен учасник інтелектуальної діяльності, окрім отримання винагороди (за продукт своєї діяльності), хоче бути повністю захищеним від посягань на його авторські права. Тому кожна держава встановлює норми авторського права відповідно до цілей, які вона ставить перед собою у цій сфері. Однак, незважаючи на відмінності, які існують між законодавствами різних країн, це не виключає можливості співробітництва між ними та взаємної охорони авторських прав їх громадян. Між усіма країнами Європейського Співтовариства діє конвенційне положення про те, що авторські права, набуті на території однієї держави, не набувають автоматичного визнання на території іншої. Дане положення пояснюється територіальним характером. Це означає, що дія цих прав у іншій країні залежить від встановлених нею правил, а сфера дії національних законів про авторське право обмежена територією тих країн, в яких ці закони прийняті. Зрозуміло, що об'єкти інтелектуальної творчості, зазвичай, поширюються за межі певної держави, тому ці об'єктивні обставини доводять неможливість у повному обсязі забезпечити достатню охорону авторського права лише національним законодавством. Тому охорона авторських прав іноземців може бути досягнута укладенням між державами або іншими суб'єктами публічного права двосторонніх та багатосторонніх угод.

Нині основною складовою механізму системи міжнародної охорони авторського права залишається Бернська конвенція (Паризький акт від 24 липня 1971 р.) про охорону літературних та художніх творів [1] і Всесвітня (Женевська) конвенція про авторське право від 6 вересня 1952 р. [2]. У преамбулі Бернської конвенції проголошується її мета: охороняти настільки ефективно і однаково, наскільки це можливо права авторів на їхні літературні і художні твори. Основними засадами Бернської Конвенції є:

1) національний режим, відповідно до якого твори, створені в одній із країн-членів конвенції, одержують у всіх інших країнах-членах таку саму охорону, яку ці країни надають власним громадянам;

2) принцип автоматичної охорони, відповідно до якого національний режим не залежить від будь-яких формальних умов, тобто охорона надається автомати-

но і не зумовлюється формальними умовами реєстрації, депонування тощо. Тобто твір українського письменника, виданий у Франції, підлягає такій самій охороні як і твори французьких письменників, оскільки обидві країни є членами Паризького Союзу;

3) принцип незалежності охорони, відповідно до якого права іноземного автора із країни-члена Союзу охороняються в іншій країні-члені Союзу, незалежно від того, чи вони охороняються на батьківщині походження твору.

Хоча Бернська конвенція включає в себе сукупність положень матеріально-правового характеру, які тим самим становлять систему міжнародного регулювання авторських прав та є обов'язковими для країн-учасниць, вона не є єдиною міжнародною угодою в галузі авторського права. Поряд з нею діє Всесвітня конвенція про авторське право, головною метою якої є створення універсального режиму для охорони і захисту авторських прав на літературні, наукові і художні твори на міжнародному рівні. Маються на увазі такі різновиди творів як письмові, музичні, драматичні і кінематографічні, твори живопису, графіки та скульптури.

У сучасний період особливої уваги заслуговує такий міжнародний документ як Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (надалі – Угода ТРІПС), який змінив підхід до проблем захисту інтелектуальної власності у світі. Угода ТРІПС є складовою частиною Угоди СОТ (Світової організації торгівлі), яка набрала чинності з 1 січня 1995 р. [3]. Держави – учасниці Угоди ТРІПС, зобов'язані дотримуватися її положень і застосовувати режим, передбачений нею до осіб інших держав-учасниць, яких в Угоді прийнято називати «громадяни». Цим терміном позначаються фізичні і юридичні особи. Основним принципом цієї Угоди є також принцип національного режиму та принцип найбільшого сприяння, який встановлює, що будь-які переваги, пільги, привілеї або імунітет, надані країною – членом Угоди громадянам будь-якої іншої держави (незалежно від членства), надаються невідкладно і безумовно громадянам усіх країн-членів за можливими окремими винятками.

Значна частина Угоди присвячена захисту прав інтелектуальної власності. У ній передбачені загальні цивільно-правові і кримінально-правові способи захисту прав інтелектуальної власності. У Статті 41 Угоди проголошується, що законодавства всіх країн-членів Угоди мають обов'язково у своїх національних законодавствах передбачити ті засоби і способи захисту прав інтелектуальної власності, що передбачені Угодою. При цьому передбачаються запобіжні, термінові і невідкладні заходи.

В Угоді проголошується, що процедури, які стосуються захисту прав інтелектуальної власності, мають бути справедливими і рівними для всіх, вони мають бути достатньо демократичними і доступними. Органи судової влади повинні мати право вимагати від по-

рушника відшкодування завданих його порушенням збитків у розмірі, який би повністю компенсував заподіяну шкоду. Порушник права інтелектуальної власності зобов'язаний компенсувати власнику інтелектуальної власності витрати, які він поніс на оплату юридичних послуг. В Угоді передбачається також можливість у відповідних випадках надавати змогу судовим органам стягувати прибуток та (або) відшкодувати встановлені раніше збитки навіть у випадках, коли порушник несвідомо або маючи достатні підстави, щоб знати, брав участь у порушенні.

З метою створення ефективного запобіжного засобу проти порушення прав інтелектуальної власності судові органи повинні бути наділені правом:

- без будь-якої компенсації виводити з комерційних каналів товари, щодо яких були допущені порушення;
- якщо це не суперечить конституційним засадам, виносити рішення про знищення товарів, вироблених з порушенням прав інтелектуальної власності;
- виведення з комерційних каналів без будь-якої компенсації матеріалів та обладнання, які були значною мірою використані для виготовлення контрафактних товарів, що порушують право інтелектуальної власності. При розгляді таких справ слід враховувати адекватність порушення та застосованих до порушника санкцій, а також інтереси третіх осіб.

Цікавою є така вимога Угоди, згідно з якою країни – члени Угоди можуть передбачати у своєму національному законодавстві право судів вимагати від порушника інформації про третіх осіб, які задіяні у виробництві та поширенні товарів і послуг, що порушують право власності на знак, а також про їхні канали поширення. Також цікавою є норма Угоди про відшкодування збитків відповідачу. Відповідно до цієї норми відповідач, до якого на вимогу власника об'єкта інтелектуальної власності було вжито запобіжних заходів, що безпідставно обмежили відповідача в його правах або зовсім позбавили їх, внаслідок чого йому було завдано певних збитків, має право вимагати компенсації за шкоду, заподіяну внаслідок такого зловживання, у тому числі витрати на адвоката.

Хоча Угода ТРІПС надає мінімальні матеріально-правові гарантії дотримання прав авторів та інших правоволодільців, суттєві відмінності законодавства в державах – членах ЄС не дають змоги суб'єктам прав інтелектуальної власності користуватися однаковим рівнем охорони на території всієї спільноти. Передусім, це стосується процедур припинення діяльності, яка пов'язана з піратством або контрафакцією. Тимчасові заходи, що застосовуються для забезпечення доказів, визначають рівень цивільних та кримінальних санкцій, які значною мірою відрізняються у тій чи іншій країні-члені тощо. Тому, розглядаючи проблему охорони авторського права в європейському просторі, слід звернутися до законодавства країн ЄС. Як одну з примітних особливостей законодавства ЄС можна виділити процес зближення національних систем правового регулювання. Стаття 30 Договору про створення Європейського Співтовариства закріплює необхідність забезпечення безперешкодного функціонування внутрішнього ринку Співтовариства. Тому основним принципом є поширення більш високих

стандартів охорони прав інтелектуальної власності, що існують в окремих країнах Співтовариства, на всіх його учасників.

Загальні тенденції розвитку правового регулювання в цій галузі особливо помітні на прикладі Директив ЄС. До основних нормативно-правових документів Європейського співтовариства в галузі охорони авторського права слід віднести: Директиву Європейського парламенту та Ради 91/250/ЄЕС від 14 травня 1991 року про правову охорону комп'ютерних програм [4], Директиву Європейського парламенту та Ради 93/83/ЄЕС від 27 вересня 1993 року про координацію деяких положень авторського права і суміжних прав за застосування їх до супутникового мовлення та кабельної ретрансляції [5], Директиву Європейського парламенту та Ради 93/98/ЄЕС від 29 жовтня 1993 року про гармонізацію строку охорони авторського права та деяких суміжних прав [6], Директиву Європейського парламенту та Ради 92/100/ЄС від 19 листопада 1992 року про право на прокат, право на позичку та деякі суміжні права у сфері інтелектуальної власності [7], Директиву Європейського парламенту та Ради 96/9/ЄС від 11 березня 1996 року про правову охорону баз даних [8], Директиву Європейського парламенту та Ради 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 року про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві [9], Директиву Європейського парламенту та Ради 2001/84/ЄС від 27 вересня 2001 року про право слідування на користь авторів оригінального твору мистецтва [10]. У квітні 2004 року було прийнято останню Директиву Європейського парламенту та Ради 2004/48/ЄС про забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності [11].

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів*. Паризький акт від 24 липня 1971 року, змінений 2 жовтня 1979 року: [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_051. – Заголовок з тексту.
2. *Всесвітня конвенція про авторське право*, прийнята 6 вересня 1954 року: [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_052. – Заголовок з тексту.
3. *Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності* // Результати Уругвайського раунду багатосторонніх торговельних переговорів: тексти офіційних документів. – К., 1998. – С. 336–370. Угоду ТРІПС укладено 15 квітня 1994 р., набула чинності 1 січня 1995 року.
4. *Директива Ради 91/250/ЄЕС від 14 травня 1991 року про правову охорону комп'ютерних програм* // Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавства України / За ред. Ю. М. Капіці: кол. авторів: Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробійов та ін. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – С. 686–692.
5. *Директива Ради 93/83/ЄЕС від 27 вересня 1993 року про координацію деяких положень авторського права і суміжних прав на застосування їх до супутникового мовлення та кабельної ретрансляції* // Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавства України // За ред. Ю. М. Капіці: кол. авторів: Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробійов та ін. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – С. 708–715.
6. *Директива Ради 93/98/ЄЕС від 29 жовтня 1993 року про гармонізацію строку охорони авторського права та деяких суміжних прав* // Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавства Ук-

раїни // За ред. Ю. М. Капіци: кол. авторів: Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов та ін. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – С. 701–707.

7. *Директива* Ради 92/100/ЄС від 19 листопада 1992 року про право на прокат, право на позиčku та деякі суміжні права у сфері інтелектуальної власності // *Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавства України* // За ред. Ю. М. Капіци: кол. авторів: Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов та ін. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – С. 693–700.

8. *Директива* Ради 96/9 ЄС від 11 березня 1996 року про правову охорону баз даних // *Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавства України* // За ред. Ю. М. Капіци: кол. авторів: Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов та ін. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – С. 716–724.

9. *Директива* Ради 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 року про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві // *Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавства України* // За ред. Ю. М. Капіци: кол. авторів: Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов та ін. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – С. 725–741.

10. *Директива* Ради 2001/84/ЄС від 27 вересня 2001 року про право слідування на користь авторів оригінального твору мистецтва // За ред. Ю. М. Капіци : кол. авторів: Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов та ін. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – С. 742–746.

11. *Директива* Європейського парламенту та Ради 2004/48/ЄС від 29 квітня 2004 року про забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності // OJ L 157//45, 30.4.2004.

ДОГОВІР НА СТВОРЕННЯ НА ЗАМОВЛЕННЯ ОБ'ЄКТА ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Соловійова В. В.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, адвокат

Правовою підставою для виділення серед об'єктів права інтелектуальної власності (ПІВ), які створюються особою за рахунок коштів інших осіб, особливої групи – «об'єктів, створених на замовлення», є ст. 430 ЦК України. Вказаною нормою стосовно цієї групи об'єктів ПІВ передбачається загальний принцип розподілу виключних немайнових та майнових прав інтелектуальної власності на об'єкти ПІВ, які створюються на замовлення. Зокрема, відповідно до зазначеної норми розподіл виключних прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений на замовлення, відбувається за принципом: особисті немайнові права інтелектуальної власності належать творцеві цього об'єкта (лише у випадках, прямо передбачених законом, окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть належати замовникові), а майнові права інтелектуальної власності належать творцеві цього об'єкта та замовникові спільно, якщо інше не встановлено договором між ними.

Вказаний принцип розподілу виключних майнових прав інтелектуальної власності є подібним до встановленого у ст. 429 ЦК України принципу розподілу виключних майнових прав інтелектуальної власності на службові об'єкти ПІВ, які створюються у зв'язку із виконанням трудового договору. У зв'язку з цим в юридичній літературі ці групи об'єктів ПІВ часто співвідносять за їх подібним правовим режимом [1]. Однак, незважаючи на передбачений у ЦК України однаковий принцип розподілу виключних майнових прав інтелектуальної власності на службові та створені на замовлення об'єкти ПІВ, вони мають певні відмінності.

Розглядаючи особливості правового режиму об'єктів ПІВ, які створюються на замовлення, передусім необхідно зазначити, що чинний ЦК України та інші спеціалізовані законодавчі акти у сфері права інтелектуальної власності не містять власне визначення поняття – «створений на замовлення» об'єкт ПІВ. У ЦК України та лише у Законі України «Про охорону прав на сорти рослин», хоча і вживається вказане поняття, од-

нак їх норми не дають змоги чітко визначити, які саме об'єкти ПІВ охоплюються цим поняттям.

Так, у вказаній вище нормі ЦК України (ст. 430) поняття «об'єкта ПІВ, який створюється на замовлення» вживається лише у визначенні наведеного принципу розподілу виключних майнових прав інтелектуальної власності між замовником та його творцем. У ч. 1 ст. 17 Закону України «Про охорону прав на сорти рослин» це поняття вживається для визначення уповноваженої особи, яка має право на подання заявки на отримання охоронного документа на сорт рослин. Зокрема, вказаною нормою передбачається, що у разі створення сорту рослини селекціонером у зв'язку з виконанням трудового договору чи «договору про створення на замовлення» з роботодавцем з використанням ноу-хау останнього, право на подання заявки на сорт належить селекціонерові та роботодавцю спільно, якщо трудовим договором чи «договором про створення на замовлення» між роботодавцем і селекціонером не передбачено інше.

Виходячи зі змісту наведених норм (ст. 430 ЦК України, ст. 17 Закону України «Про охорону прав на сорти рослин»), можна зробити висновок, що законодавець відмежовує службові об'єкти ПІВ від об'єктів ПІВ, які створюються на замовлення, за правовою підставою для їх створення. Підставою для застосування визначеного у ст. 429 ЦК України принципу розподілу виключних прав інтелектуальної власності є існування трудових правовідносин між творцем (працівником) і юридичною чи фізичною особою, де або в якій він працює (роботодавцем), підставою виникнення яких є трудовий договір. У той час ст. 430 ЦК України визначає порядок розподілу виключних прав інтелектуальної власності між творцем і замовником у разі відсутності між ними трудових відносин. Хоча вказаною нормою прямо не передбачено, що в ній йдеться саме про цивільно-правовий договір на створення об'єкта ПІВ на замовлення, однак такий висновок можна зробити, виходячи з її загального змісту.

Таким чином, службові об'єкти ПІВ створюються у зв'язку із виконанням трудового договору, а об'єкти ПІВ, які створюються на замовлення, – у зв'язку із виконанням цивільно-правового договору [2].

Цивільно-правовий договір на створення на замовлення об'єкта ПІВ віднесено законодавцем до групи договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Зокрема, ч. 1 ст. 1107 ЦК України серед договорів, на підставі яких здійснюється розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, передбачено такий поіменований договір як «договір про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності» [3].

Поряд з цим договір про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності як поіменований у ЦК договір окремо врегульовано ст. 1112 ЦК України. Відповідно до ч. 1 ст. 1112 ЦК України під договором про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності розуміється договір, за яким одна сторона (творець – письменник, художник тощо – «виконавець») зобов'язується створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог другої сторони (замовника) та в установлений строк. Аналіз змісту ч. 2 наведеної норми дає змогу зробити висновок, що за цим договором «виконавець» зобов'язується не тільки створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог замовника, а передати його замовникові для використання у спосіб та на умовах, визначених у договорі. Це дає змогу дійти висновку, що істотними умовами цього договору є не тільки визначення об'єкта права інтелектуальної власності, який «виконавець» зобов'язаний створити, а й умови та спосіб його використання замовником.

Однак, розглядаючи порядок розподілу виключних прав інтелектуальної власності на об'єкти ПІВ, які створюються за передбаченим ст. 1112 ЦК України договором, та можливість застосування до нього положень ст. 430 ЦК України, треба звернути увагу на таке. У ч. 3 ст. 1112 ЦК України передбачено, що оригінал твору образотворчого мистецтва, створеного на замовлення, переходить у власність замовника. При цьому майнові права інтелектуальної власності на цей твір залишаються за його автором, якщо інше не встановлено договором.

В юридичній літературі висловлюється думка, що сфера дії передбаченого ст. 1112 ЦК України договору про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності можна укласти тільки стосовно об'єктів авторського права і суміжних прав [4]. Виключення можливості укладання цього договору на створення результатів науково-технічної творчої інтелектуальної діяльності обґрунтовується наступним. По-перше, результати науково-технічної творчості визнаються об'єктами права інтелектуальної власності (винаходом, корисною моделлю, промисловим зразком тощо) при додержанні умов, необхідних за законом для надання їм правової охорони. А саме: реєстраційний порядок надання правової охорони цим результатам творчої інтелектуальної діяльності як об'єктам права інтелектуальної власності; дотримання умов оборо-

здатності (патентоспроможності), які встановлені у спеціальному законодавстві; державна експертиза заявки на видачу охоронного документа та прийняття рішення уповноваженим державним органом про видачу такого охоронного документа тощо.

По-друге, виконання договору замовлення на створення об'єкта права інтелектуальної власності за законом повинно бути підтверджено актом приймання – здавання виконаних робіт між його сторонами. Тому, якщо мова йде про результати науково-технічної творчості, такий акт не може бути підписаний замовником, оскільки він не є експертом у сфері інтелектуальної власності і не може визнати зазначений результат тим або іншим об'єктом права інтелектуальної власності. По-третє, результати науково-технічної творчості можуть бути визнаними в процесі експертизи не охороноздатними. По-четверте, між фактом створення результату науково-технічної творчості і визнання його об'єктом права інтелектуальної власності минає значний час. Однак, навряд чи, на наведені аргументи можна посилатись. Зокрема, необхідність підтвердження факту виконання договору замовлення на створення об'єкта права інтелектуальної власності актом передання – приймання результатів творчої інтелектуальної діяльності не вказує на необхідність звуження сфери дії ст. 1112 ЦК України, оскільки необхідність передати такі результати може розглядатись як обов'язок за договором, виконання якого жодним чином не пов'язане з тим, чи є сторона, яка підписує відповідний акт, експертом, чи ні. І це не можна плутати з необхідністю проведення експертизи результатів науково-технічної творчої інтелектуальної діяльності при з'ясуванні їх обороноздатності та підстав для надання їм правової охорони як конкретним видам об'єктів ПІВ. До цього ж можна додати й те, що навіть до отримання охоронного документа інформація про результати творчої інтелектуальної діяльності може розглядатись як комерційна таємниця (секретні відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого характеру), яка відноситься до об'єктів права інтелектуальної власності. При цьому неотримання охоронного документа на відповідний вид об'єкта ПІВ, про який відомості зберігаються як комерційна інформація, не позбавляє ці відомості статусу об'єкта ПІВ незалежно від часу їх збереження як комерційної таємниці.

По-п'яте, створення результату науково-технічної творчості на замовлення іншої особи регулюється не договором замовлення, а договором виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт.

Разом з цим необхідно зазначити, що нечітко сформульовані законодавцем положення ст. 1112 ЦК України хоча допускають її різне та двозначне розуміння, питання про необхідність звуження сфери її дії з наведених вище аргументів є дискусійним.

По-перше, висновок про можливість укладання передбаченого ст. 1112 ЦК України договору тільки стосовно об'єктів авторського права і суміжних прав є досить умовним. Адже, якщо виходити з того, що при визначенні у ч. 1 ст. 1112 ЦК України поняття договору законодавець наводить вичерпний перелік осіб, які

можуть бути стороною цього договору, то можна зробити висновок, що його сторонами можуть бути лише письменник та художник. У такому разі можна зробити висновок про відсутність підстав для укладення передбаченого нею договору стосовно інших видів об'єктів авторського права та суміжних прав (зокрема, перелічених у ч. 1 ст. 8 та ч. 1 ст. 35 Закону України «Про авторське право та суміжні права»), ніж творів образотворчого мистецтва.

Про можливість укласти такий договір стосовно інших видів об'єктів авторського права та суміжних прав можна зробити висновок тільки, якщо виходити з того, що ч. 1 ст. 1112 ЦК України містить невичерпний перелік осіб, які можуть бути сторонами такого договору, а використане в ній поняття «творець», крім письменника та художника, охоплює інших осіб, які створюють об'єкти ПІВ. У такому разі, якщо бути послідовним, поширюючи дію вказаної норми на інші види об'єктів авторського та суміжних прав, не можна виключати можливість її поширення і на інші види об'єктів ПІВ, ніж тільки об'єкти авторського та суміжних прав. Як додатковий аргумент для такого висновку можна розглядати як саму назву ст. 1112 ЦК України, так і назву гл. 75 ЦК України, в якій вона розміщена. Адже, виходячи з їх назв, ст. 1112 ЦК України повинна поширюватись на всі види об'єктів права інтелектуальної власності.

Таким чином, очевидно, що недосконалість формулювання законодавцем як самої назви, так і положень ст. 1112 ЦК України не дає змоги однозначно визначити сферу застосування передбаченого нею договору. В цьому разі як вирішення зазначеної проблеми можна було б запропонувати законодавцеві конкретизувати зміст ст. 1112 ЦК України. Якщо законодавець прагнув звужити сферу укладення передбаченого нею договору виключно об'єктами авторського права та суміжних прав, то правильнішим було б при визначенні поняття відповідного договору визначити лише об'єкти, щодо яких такий договір може укладатись, а не перераховувати осіб, які можуть бути його сторонами.

Поряд з цим треба звернути увагу, що визначення саме творця як сторони цього договору робить можливим його укладення лише між замовником, яким може бути юридична або фізична особа, та творцем, яким може бути тільки фізична особа. Обмеження застосування передбаченого ст. 1112 ЦК України договору таким суб'єктивним складом виключає можливість замовника укласти такий договір з юридичною особою. Однак звуження суб'єктивного складу сторін, передбаченого ст. 1112 ЦК України, договору не робить такий договір ефективним правовим механізмом врегулювання відносин, які виникають у зв'язку із створенням на замовлення об'єктів права інтелектуальної власності, навіть об'єктів авторського та суміжних прав. Адже у господарському обороті кількість договорів на створення на замовлення об'єктів права інтелектуальної власності, які укладаються з конкретною фізичною особою, є незначною порівняно з кількістю договорів, які укладаються з юридичними особами, працівниками яких виконуються відповідні замовлення.

Зважаючи на це, очевидно, що при вдосконаленні ст. 1112 ЦК України є необхідним також і поширення сфери дії відповідного договору і на відносини, в яких виконавцем може бути роботодавець творця об'єкта ПІВ.

Поряд з наведеними проблемами, що виникають у зв'язку із застосуванням передбаченого ст. 1112 ЦК України договору про створення на замовлення і використання об'єкта права інтелектуальної власності, щодо врегулювання відносин з приводу створення на замовлення об'єкта ПІВ, необхідно звернути увагу і на таке.

Сама назва цього договору та зміст ч. 2 ст. 1112 ЦК України, де наводяться умови, які він повинен містити, передбачають, що в цьому договорі сторони повинні узгодити не лише об'єкт права інтелектуальної власності, який необхідно створити за таким договором, а також і умови та спосіб його використання замовником.

Предметом врегулювання цивільно-правовим договором можуть бути будь-які відносини в межах загального предмета цивільного-правового регулювання, за винятком лише тих відносин, які за своєю природою не підлягають цивільно-правовому регулюванню [5]. У зв'язку з цим не можна виключати укладення конкретного договору зважаючи на його відсутність у ЦК України, а можна ставити лише питання щодо застосування до правових відносин, врегульованих таким договором, тих чи інших положень цивільно-правового законодавства.

Таким чином, укладання договору, згідно з яким творець буде зобов'язаний створити на замовлення об'єкт ПІВ, майнові права інтелектуальної власності на який передаватимуться (будуть переходити) замовнику, лише виключає класифікацію такого договору як поіменованих договорів, передбачених ст. 1112 та 1113 ЦК України. При цьому передбачення в такому договорі інших умов, ніж ті, які є істотними для договорів, передбачених ст. 1112 та 1113 ЦК України, не може виключати можливість його укладення у відступ від норм ЦК України стосовно зазначених поіменованих договорів.

Зокрема, такий висновок знаходить підтвердження і в загальних нормах про договір, які передбачають такі основні принципи врегулювання договірних правовідносин як свобода договору (ст. 627 ЦК України) та визначення змісту договору на розсуд сторін, а також можливість поєднання в ньому елементів різних договорів (ст. 627 ЦК України). Такий висновок знаходить підтвердження і в загальних нормах ЦК України про право інтелектуальної власності, зокрема у ст. 421 та 422 ЦК України, які встановлюють загальний принцип набуття прав інтелектуальної власності з підстав, встановлених законом або договором.

До цього треба додати, що згідно з п. 5 ч. 1 ст. 1107 ЦК України, в якій наводиться невичерпний перелік договорів, на підставі яких може здійснюватися розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, не виключається можливість укладення інших договорів, ніж передбачених нею, про що прямо зазначається у наведеній нормі.

Отже, підсумовуючи наведене, можна зробити висновок, що замовник та творець об'єкта ПІВ не позбавлені права укласти договір, згідно з яким творець буде зобов'язаний створити на замовлення об'єкт ПІВ, май-

нові права інтелектуальної власності на який передаватимуться (будуть переходити) замовнику.

Розглядаючи об'єкти ПІВ, які створюються на замовлення, в розумінні ст. 430 ЦК України, можна зробити висновок, що до таких об'єктів можна відносити будь-які об'єкти ПІВ, які створюються на підставі цивільно-правового договору між замовником та творцем, який передбачає обов'язок останнього створити передбачений ним об'єкт ПІВ.

При цьому класифікація об'єктів ПІВ як створених на замовлення не може обмежуватись тим, чи передбачаються у такому договорі умови та способи їх спільного використання, чи передбачається в ньому передавання (перехід) всіх виключних майнових прав на нього до замовника.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. – К., 2004. – Ч. 1. – Ст. 579.*

2. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В. М. Коссака. – К.: Істина, 2004. – С. 365.*

3. *Там само.*

4. *Рудченко І. І. // Право інтелектуальної власності: Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України / За заг. ред. М. В. Паладія, Н. М. Мироненко, В. О. Жарова. – К.: Парламентське видавництво. – 2006. – С. 75–76.*

5. *Казанцев М. Ф. Концепція громадянсько-правового договірного регулювання. Автореф. на соиск. науч. звання док. юрид. наук. – Екатеринбург. – 2006. – С. 5.*

6. *Рузакова О. А. Система договорів о створенні результатів інтелектуальної діяльності і розпорядженні виключними правами. Автореф. на соиск. науч. степени док. юрид. наук. – М., 2006. – С. 27.*

7. *Закон України «Про наукову та науково-технічну діяльність» // Відомості Верховної Ради. – 1992. – № 12. – Ст. 165.*

8. *Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М. – Статут, 2005. – С. 155.*

ВЛАСНИК ЯК СУБ'ЄКТ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ТОРГОВЕЛЬНУ МАРКУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА НІМЕЧЧИНИ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Закорецька Л. О.,

*молодший науковий співробітник
відділу правових проблем підприємництва
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

Візитною картою будь-якого підприємства, що зобов'язує його дорожити своєю репутацією, піклуватися про підвищення якості продукції, сприяти просуванню на ринок маркованих товарів, є торговельна марка. Вона є своєрідною сполучною ланкою між виробником товарів і споживачем, яка служить для захисту від недобросовісної конкуренції. Активізація процесів глобалізації у міжнародній торгівлі перетворюють засоби індивідуалізації суб'єктів підприємницької діяльності, а також засоби вирізнення товарів і послуг, які вони виробляють, на суттєвий фактор успішної економічної діяльності. З розвитком ринкової економіки у нашій державі такі об'єкти права інтелектуальної власності як торговельні марки стають все важливішими.

Торговельна марка нерозривно пов'язана з діловою репутацією суб'єкта підприємницької діяльності. Якщо торговельна марка стає популярною серед споживачів і заслуговує на довіру ділових партнерів, це забезпечує підприємцю не тільки значні доходи, а й неабияку повагу, високу репутацію на ринку та серед представників ділових кіл.

Разом з тим правове регулювання інтелектуальної власності на торговельну марку ще не повною мірою відповідає сучасним потребам суб'єктів підприємницької діяльності. У світлі курсу інтеграції України до ЄС вбачається необхідним приведення чинного законодавства України відповідно до міжнародних стандартів з охорони права на зазначений вид об'єктів інтелектуальної власності. Однак в національному законодавстві порівняно з зарубіжним трапляється велика кількість прогалин, неточностей та невідповідностей, які можуть перешкоджати даному процесу.

Дослідженням проблем, пов'язаних із торговельною маркою, займалися Г. А. Андрощук, О. М. Мельник, О. А. Підпригора та інші.

Слід зазначити, що законодавство України не визначає авторства на торговельну марку. Так, ч. 1 ст. 493 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) зазначає, що суб'єктами права інтелектуальної власності на торговельну марку є фізичні та юридичні особи, а ст. 4 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» називає іноземних громадян, осіб без громадянства та інших осіб, що проживають чи мають постійне місцезнаходження за межами України.

Проте, виходячи зі змісту ст. 492 ЦК України, яка дає визначення торговельної марки, можна дійти висновку, що необхідною умовою для набуття статусу суб'єкта інтелектуальної власності на торговельну марку є участь у господарській діяльності. Це також підтверджує і ст. 157 Господарського кодексу України. Але це суперечить міжнародним нормам, а саме: жодна країна-учасниця не може вимагати виконання певних умов щодо заявки на торговельну марку протягом всього періоду її розгляду. Право на торговельну марку можуть набувати як фізичні, так і юридичні особи, які виробляють товари, займаються їх реалізацією, ремонтом, здійснюють сервісне обслуговування тощо, а також надають споживачам будь-які послуги. Суб'єктами права на торговельну марку можуть бути також державні підприємства, вищі навчальні заклади, науково-дослідні інститути, установи культури тощо. Крім того, якщо звернутися до ЦК України та Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг», то можна дійти висновку, що в обох законодавчих актах жодним словом не згадується про власника як суб'єкта права на торговельну марку, в той час як міжнародне законодавство надає йому більших повноважень, зокрема. Закон Німеччини від 25 жовтня 1994 року «Про реформу законодавства про товарні знаки». Так, в параграфі сьо-

тому вказаного Закону зазначається, що власником зареєстрованого або заявленого товарного знака можуть бути: фізичні особи; юридичні особи; товариства, засновані на особистій участі її членів, якщо вони мають здатність набувати права і брати на себе обов'язки [1, с.20].

Щодо України, то лише в трьох статтях Закону «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» (ст. 16, 17, 20) деякою мірою згадується про власника свідоцтва на знак.

Власнику свідоцтва на знак для товарів та послуг належить: виключне право на використання знака; право забороняти іншим особам використовувати зареєстрований знак без його дозволу, за винятком випадків, коли використання знака не визнається порушенням прав власника свідоцтва згідно з законом; право порушувати судові справи проти несанкціонованого використання знака та вимагати від порушника відшкодування заподіяних збитків; право проставляти поряд із знаком попереджувальне маркування про його реєстрацію в Україні; право вимагати усунення з товару, його упаковки незаконно використаного знака або позначення, схожого з ним настільки, що їх можна сплутати, або знищення виготовлених зображень знака або позначення, схожого з ним настільки, що їх можна сплутати [2, с. 51–52]. Власник свідоцтва на торговельну марку згідно з п. 8 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» має право дати будь-якій особі дозвіл (видати ліцензію) на використання знака на підставі ліцензійного договору. У п. 11 зазначеної статті вказується на те, що власник свідоцтва, який здійснює посередницьку діяльність, має право на основі договору з виробником товарів або особою, що надає послуги, використовувати свій знак поряд із знаком зазначених осіб, а також замість їх знака. Власник торговельної марки має право на володіння нею. На думку О. А. Підпригори, право володіння треба розрізняти як в об'єктивному, так і в суб'єктивному значенні. Це означає, що об'єкт права інтелектуальної власності є нематеріалізованим об'єктом, а тому бути у володінні будь-кого не може. Безперечно, знак для товарів і послуг є результатом інтелектуальної власності, в якому реалізована певна ідея, прагнення відрізнити певним чином свій товар від іншого подібного. Втілення цієї ідеї є лише його матеріальним носієм. Таким чином, власник знака має право володіти належним об'єктом [3, с. 293–294].

Пункт 2 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» надає виключне право його власнику використовувати та розпоряджатися знаком на власний розсуд. Ніхто інший не має права без дозволу власника використовувати знак та розпоряджатися ним.

Використання знака – це застосування його на товарах та при наданні послуг, для яких знак зареєстровано, на упаковці товарів, у рекламі, друкованих виданнях, на вивісках, під час показу експонатів на виставках і ярмарках, що проводяться в Україні, в проспектах, рахунках, на бланках та в іншій документації, пов'язаній із запровадженням зазначених товарів і послуг у цивільний оборот. О. А. Підпригора пропонує наведені способи використання знака поділити на дві групи: перша і основна – застосування для позначення товарів і послуг, предусім, на експонатах, що демонструються на

виставках і ярмарках. При цьому слід обмежуватися переліком товарів і послуг, вказаних у заявці. Друга група – використання у супроводжувальній документації та у рекламі [3, с. 295]. При цьому, слід зауважити, що Закон України не містить тих норм, коли використання знака іншими особами без дозволу власника вважалася б його порушенням. Ця норма в законі досить не розкрита.

Законодавство Німеччини досить зрозуміло розкриває зміст поняття «забороняти використовувати зареєстрований знак без дозволу власника». Так, у п. 2 параграфу 14 Закону Німеччини «Про реформу законодавства про товарні знаки» вказується на те, що без згоди власника товарного знака у ділових відносинах заборонено:

1) використання ідентичного із товарним знаком позначення для товарів чи послуг, ідентичних із тими, охорону яких забезпечує товарний знак;

2) використання позначення, якщо внаслідок ідентичності або схожості товарів і послуг, для яких надається охорона товарним знакам, для споживача виникає небезпека змішування, включаючи небезпеку уможливленого поєднання із товарним знаком; 3) використання ідентичного або схожого із товарним знаком позначення для товарів і послуг, не схожих з тими, охорону яких здійснює товарний знак, якщо мова йде про відомий в країні товарний знак і використання позначення може без виправданих підстав недобросовісним чином вплинути на розрізняльну здатність або повагу до відомого товарного знака. Якщо ж наведені передумови виконані, то забороняється: а) наносити позначення на товари або їх упаковку; б) пропонувати товари під таким позначенням, вводити у цивільний оборот або зберігати для таких цілей; в) пропонувати або надавати послуги під таким позначенням; г) ввозити або вивозити товари під таким позначенням; д) використовувати такий знак у діловій документації або рекламі. Крім того, третім особам заборонено без згоди володільця товарного знака в ділових відносинах: 1) наносити ідентичне або схоже з товарним знаком позначення на елементи оформлення або упаковки або на розрізняльні засоби – етикетки, вивіски, нашивки та їм подібні; 2) пропонувати, запускати в обіг або мати для названих цілей елементи оформлення, упаковку або розрізняльні засоби, позначені ідентичними (або схожими) з товарним знаком; 3) ввозити або вивозити елементи оформлення, упаковку або розрізняльні засоби, позначені ідентичними (або схожими) з товарним знаком, якщо є небезпека, що елементи оформлення чи упаковки будуть використані для оформлення чи упаковки, або для надання розрізняльної здатності товарам чи послугам, стосовно яких третім особам заборонено використовувати товарний знак. Особи, які навмисно або з необережності допустили правопорушення, зобов'язані припинити використання та відшкодувати володільцеві товарного знака вигоду, що виникла внаслідок правопорушення [1, с. 24–25].

Відповідно до п. 4 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» власник свідоцтва може передавати на підставі договору право власності на знак будь-якій особі, яка стає правонаступником власника свідоцтва. З цього випливає, що влас-

ник свідоцтва на товарний знак має право відчужувати його будь-якій особі і будь-яким способом, за винятком коли: передача знака не допускається, якщо вона може стати причиною введення в оману щодо товару чи послуги або щодо особи, яка виготовила товар чи надає послуги. Передусім власник знака може його продати, обміняти, подарувати, внести як внесок до господарського товариства або розпорядитися будь-яким іншим способом, що не суперечить чинному законодавству. Ці способи припинення права власності на знак можуть мати місце лише на підставі одностороннього волевиявлення на вчинення зазначених угод. Лише власник може прийняти рішення про продаж, міну, дарування знака для товарів чи послуг. Що ж стосується купівлі-продажу знака для товарів та послуг, то договір про передачу права власності на знак для товарів та послуг та ліцензійний договір дійсні за умови, що вони зареєстровані в Установі. Недоліком законодавства України про товарні знаки є те, що він не містить норми, яка б визначала юридичне значення реєстрації таких договорів.

Якщо ж повернутися до вищезгаданого 14 параграфу зазначеного Закону Німеччини, то можна зробити висновок про розтлумачення змісту поняття щодо заборони використовувати товарний знак без дозволу власника. Цілком солідарна із думкою О. А. Підпригори, що така розшифровка цього поняття ніскільки б не завадила і законодавству України, адже досить незрозумілим є застереження, що заборона використання знака не стосується тих випадків, коли використання знака не визнається порушенням права власника свідоцтва [3, с. 300]. Зрозуміло, що ніяких винятків з цього приводу Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» не містить.

Згідно з параграфом 23 Закону Німеччини «Про реформу законодавства про товарні знаки» власник товарного знака не має права заборонити третій особі у ділових відносинах: використовувати його ім'я або адресу; використовувати ідентичне або схоже з товарним знаком позначення у якості вказівок про розрізняльні здатності або властивості товарів та послуг – таких, наприклад, як вид, якість, призначення, цінність, географічне походження та час виготовлення або придбання; використовувати товарний знак для вказівок для позначення товару або послуги, якщо використання необхідно для цього, якщо таке використання не суперечить етикету.

На відміну від законодавства України, законодавство Німеччини містить норму, яка надає право володільцю товарного знака вимагати знищення предметів з незаконно нанесеними розрізняльними знаками, що є у власності правопорушника, хіба що стан предметів, набутих внаслідок правопорушення, може бути усунено іншим способом і знищення для правопорушника або власника – недоцільно. Ще одним позитивним моментом є те, що власник товарного знака може вимагати від правопорушника негайного надання відомостей про походження та способи виготовлення предметів з протизаконно нанесеними розрізняльними знаками. У свою чергу, правопорушник зобов'язаний надати відомості щодо імені та адреси виготовлювача, постачальників та інших володільців, покупців або замовників, а

також кількість виготовлених, поставлених, отриманих або ж замовлених предметів. У випадку ж явних правопорушень зобов'язаність надання відомостей може бути встановлена шляхом прийняття ухвали суду згідно з положеннями Цивільного процесуального кодексу. Також відомості можуть бути отримані і шляхом кримінального судового процесу або згідно з Законом про правопорушення громадського порядку за дії, що зобов'язують до надання відомостей стосовно осіб, що вчинили таке правопорушення або членів сім'ї правопорушника тільки за згодою особи, зобов'язаної надати такі відомості.

Крім того, використання знака для товарів та послуг є не тільки правом власника, а й його обов'язком. Так, у ст. 17 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» зазначається, що власник свідоцтва повинен користуватися виключним правом, що впливає із свідоцтва.

Добросовісне користування знаком – це таке користування, що не завдає шкоди фізичним і юридичним особам, навколишньому середовищу, інтересам суспільства [2, с. 54].

Якщо знак не використовується або недостатньо використовується на території України впродовж трьох років від дати публікації відомостей про видачу свідоцтва або від дати, коли використання знака було припинено без поважних причин, будь-яка особа має право звернутися до суду (господарського суду) із заявою про дострокове припинення дії свідоцтва. Наприклад, заінтересована особа має намір зареєструвати знак на своє ім'я. При цьому власник свідоцтва має право на повторну реєстрацію знака за певних умов. Постає запитання: чи є припинення використання знака, недостатність його використання або просто невикористання підставою для відмови у повторній реєстрації? На жаль, такої відповіді законодавство України не дає. Таким чином, підстава для дострокового припинення дії свідоцтва не може бути підставою для відмови у повторній реєстрації. При вирішенні цього питання суд може взяти до уваги подані власником свідоцтва докази того, що знак не використовується з незалежних від нього причин. Але що ж слід розуміти під «недостатнім використанням» знака? На жаль, це поняття законодавство України також не розкриває, як і не розкриває самого поняття «використання знака».

На відміну від України в Німеччині власник товарного знака повинен активно використовувати його в межах країни. Винятками для невикористання є лише наявність вагомих для цього причин (п. 1, параграф 26). В п. 2 цього параграфу зазначається, що використання знака за згодою володільця вважається його використанням.

Використанням зареєстрованого товарного знака за згодою володільця вважається використання його у формі, яка відрізняється від зареєстрованої, якщо відхилення не змінює розрізняльної здатності товарного знака. Використання знака в межах країни вважається також нанесення його на товари або упаковку в межах країни, навіть якщо вони використовуються на вивіз.

Виходячи із наведеного, можна зробити такі висновки: По-перше, законодавство України не визначає, у який строк можна порушити клопотання про достро-

кове припинення чинності свідоцтва на товарний знак, якщо товарний знак не використовувався протягом трьох років від дати публікації відомостей про видачу свідоцтва на товарний знак. А між тим цей строк має правове значення. По-друге, доцільніше було б збільшити строк можливого невикористання товарного знака з трьох років до п'яти, як це зробила Німеччина. По-третє, в Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» не розтлумачується поняття «недостатнє використання знака» та «використання знака». У німецькому ж законодавстві під використанням знака розуміється не тільки його реальне використання, а й фактичне, а також номінальне. Під поняттям номінального використання німецьке законодавство розуміє застосування товарного знака лише у рекламі або публікаціях у той час, коли рекламована продукція ще не випускається. По-четверте, якщо розтлумачувати зміст поняття «недостатнє використання», то слід звернути увагу на таке поняття як обсяг використання. Адже обидва поняття взаємопов'язані. По-п'яте, ані в ЦК України, ані в Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» не згадується про власника колективного товарного знака, що було б дуже доцільним, адже на сьогодні колективні знаки набувають найбільшого поширення. По-шосте, ані в ЦК України, ані у вищезгаданому Законі України не передбачається спадкування на засоби індивідуалізації. Проте у спадщину переходять лише майнові права. Особисті права у спадщину не переходять. По-сьоме, на превеликий жаль, у Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» не міститься тих норм, які б обмежували тим чи іншим чином право на використання знака іншими особами. По-восьме, чи містить Закон України тлумачення такого поняття як добросовісне користування виключним правом, що випливає із свідоцтва на знак? Такого поняття Закон, на жаль, не містить. По-дев'яте. Як вже зазначалося вище, в Законі України на відміну від Закону Німеччини не міститься норма, яка б визначала юридичне значення реєстрації договорів про передачу права власності на знак для товарів та послуг та ліцензійний договір. У Німеччині – засноване на реєстрації, використанні або загальній відомості товарного знака право на все або частину товарів та послуг, для яких товарний знак користується охороною, може

передаватися або переходити до інших осіб. Якщо товарний знак належить комерційному підприємству або його частині, то право, засноване на реєстрації, використанні або загальній відомості, реєструється, зважаючи на обставини передачі або переходу підприємства або його частини, якому належить знак. Засноване на реєстрації, використанні або загальній відомості товарного знака, право на все або на частину товарів або послуг, для яких знак користується охороною, може бути предметом виключної або невиключної ліцензії на всій території Німеччини або її частині. Перехід права або видача ліцензії не стосується тих ліцензій, які раніше були видані третім особам. І насамкінець, на сьогодні, ні в Законі України, ані в Законі Німеччини не розтлумачується таке поняття як «розрізняльна здатність» торгової марки, якій вона повинна відповідати. Видається, що **розрізняльна здатність торговельної марки – це властивість знака, що дає можливість вирізняти позначення або їх комбінацію за кольором або комбінацією за їх зображувальними елементами, кольором, або комбінацією кольорів, словом, літерою, цифрою та навіть звуком, світлом, ароматом.**

Таким чином, законодавство України не врахувало багатьох корисних положень досвіду Німеччини у сфері правового регулювання відносин, що складаються під час використання товарного знака. Будемо сподіватися, що наведений досвід у подальшому буде використано і в Україні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Правовая охрана знаков, фирменных наименований и географических указаний в Германии* // Пер., ред. и коммент. А. П. Пахаренко. – К.: Таксон, 1997. – С. 20, 24–25.
2. *Знаки для товарів і послуг* // За ред. В. Л. Петрова. – К.: Ін-Юре, 1999. – С. 51–52, 54.
3. *Право інтелектуальної власності: Підручник для студентів вищих навчальних закладів* // За ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. – К.: Ін-Юре, 2002. – С. 293–295, 300.
4. *Право інтелектуальної власності: Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України* // За ред. М. В. Паладія, Н. М. Мироненко, В. О. Жарова. – К.: Парламентське вид-во, 2006. – 432 с.
5. *Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р. № 3688-X* // Відомості Верховної Ради України, 1994. – № 7. – Ст. 36.

МАЙНОВІ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА РАЦІОНАЛІЗАТОРСЬКУ ПРОПОЗИЦІЮ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ

Закорецька Г. В.,

*аспірант юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

На сьогодні людство все більше усвідомлює, що інтелектуальна власність і інтелектуальна творча діяльність стають найбільшим пріоритетом в соціально-економічному розвитку. Неспростовною залишається теза про те, що там, де цінують і поважають творчість та забезпечують їй надійну правову охорону, там люди живуть краще. Саме інтелектуальна власність є одним з найвагоміших секторів економіки. XXI століття стало століттям інтелектуалізації суспільства.

Вагоме місце в Україні як, між іншим, і в багатьох країнах світу, посідає раціоналізаторська діяльність. І хоча раціоналізаторська діяльність як вид технічної творчості за своєю новизною і технічним рівнем є значно нижчою від винахідницької, однак вона масштабніша і доступніша будь-кому. Саме через це творчість раціоналізаторів, раціональне використання раціоналізаторських пропозицій, їх масштабність можуть давати більший ефект, ніж використання винаходів. Проте ра-

ціоналізація в сучасних умовах потребує більш досконалого правового регулювання.

Прикро, однак за час існування незалежної України раціоналізаторська діяльність помітно знизилася. Її вплив на виробництво упав, як і саме виробництво.

Однією з причин цього негативного явища була і певною мірою поки що існує відсутність необхідної нормативно-правової бази [1]. Немає жодного закону про раціоналізаторську діяльність або будь-якого іншого нормативно-правового акта, який би визначав межі правової охорони раціоналізаторських пропозицій. Право інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію фактично не захищається.

При цьому проблема відсутності закону про раціоналізаторські пропозиції породжує цілу низку інших, не менш важливих, проблем. Це проблема всебічного розгортання раціоналізаторського руху в Україні, стимулювання раціоналізаторської творчої активності. Не менш важлива й проблема чіткого визначення суб'єктивних прав авторів раціоналізаторських пропозицій та їх охорона, а саме, майнових прав раціоналізатора. Саме майнові права інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію є тим потужним імпульсом, який дає заряд раціоналізаторській активності. Тому суб'єктивні майнові права інтелектуальної власності на раціоналізаторські пропозиції мають бути не лише продекларовані законом, а й наповнені реальним змістом і, саме головне, ці права мають виконуватися.

Конституція України гарантує захист інтелектуальної власності, моральних і матеріальних інтересів (ст. 54). Але в Україні ще не проголошені чітко права раціоналізаторів, ще немає закону про раціоналізацію. У четвертій книзі Цивільного кодексу України про винагороду за використання об'єкта промислової власності взагалі не йдеться. Правда, в ст. 1109 Цивільного кодексу України йдеться про плату за використання об'єкта промислової власності за ліцензійним договором.

Автор раціоналізаторської пропозиції, безперечно, має укласти з керівництвом юридичної особи, якій подано пропозицію, договір про умови її використання. В цьому договорі мають бути визначені основні права раціоналізатора згідно з чинним законодавством.

Однак, очевидно, основні майнові, трудові та інші права і пільги авторів раціоналізаторських пропозицій мають бути визначені в законі про раціоналізацію. На відміну від чинних законів України про інтелектуальну власність закон про раціоналізацію має чітко й однозначно проголосити основним майновим правом інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію – право на винагороду за її використання [2].

Раніше чинне законодавство містило чіткий механізм обчислення, порядку та строків виплати винагороди за використання раціоналізаторської пропозиції. Цей механізм навряд чи придатний для застосування в сучасних умовах. Проте деякі принципи його дії можуть бути використані і в умовах ринкової економіки. Досвід країн з розвинутою ринковою економікою підтверджує це [3].

Основною принциповою засадою механізму визначення порядку обчислення, порядку та строків виплати винагороди за використання раціоналізаторської пропо-

зиції має бути принцип, за яким винагороді підлягає будь-яка пропозиція, в тому числі і незначна.

Головним завданням зазначеного механізму має стати завдання залучити до раціоналізаторської творчості по можливості усіх працівників, що беруть участь в будь-якій суспільно-корисній діяльності. Чим вища раціоналізаторська активність, тим більша буде віддача. Досягти цього можна винагородженням будь-якої ініціативи, наданням інших майнових, трудових прав і пільг.

Розмір винагороди за використання раціоналізаторської пропозиції має обумовлюватися економічним та іншим позитивним ефектом, який юридична особа одержує від використання пропозиції. Досвід дії цього механізму в минулі роки показав, що не слід централізувати визначення розміру винагороди, порядку та строків її виплати. Юридичній особі, яка використовує раціоналізаторську пропозицію, на місці видніше як визначити позитивний ефект від використання пропозиції і на цій основі розмір винагороди, строки та порядок її виплати.

Проте є раціоналізаторські пропозиції міжрегіонального, галузевого, міжгалузевого та державного значення [4]. Стосовно таких раціоналізаторських пропозицій мають бути вироблені правила визначення позитивного ефекту від їх використання і на цій основі визначення розміру винагороди, порядку та строків її виплати.

Проблемним питанням, яке має знайти розв'язання в майбутньому законі про раціоналізацію, стане, хто, який орган буде займатися підсумуванням позитивного ефекту, одержаного від використання зазначених раціоналізаторських пропозицій. Хто буде визначати розмір винагороди і з яких фондів її виплачувати [5].

На сьогодні в Україні, на жаль, немає центрального органу, який би займався проблемами раціоналізації на державному рівні. Очевидно, що в найближчі роки його й не буде. Ці функції повинен взяти на себе або Державний департамент інтелектуальної власності України або інший державний орган.

У перші роки незалежності України передбачалося створення Фонду винаходів України. Але такий Фонд так і не був створений. Тим часом потреба в такому Фонді зростає. Він міг би взяти на себе і державне управління раціоналізацією в Україні. Раціоналізація, або раціоналізаторська діяльність, не вичерпується тільки створенням і використанням раціоналізаторських пропозицій в нижній ланці господарської системи. Адже вище було сказано, що на сьогодні є раціоналізаторські пропозиції міжрегіонального, галузевого, міжгалузевого і державного значення, які також сьогодні опинилися поза державною увагою.

Раціоналізація в масштабі держави передбачає прогнозування і планування раціоналізаторської роботи в масштабах країни, передусім, організація раціоналізаторської діяльності в самому широкому значенні цього слова, узагальнення і поширення кращого досвіду раціоналізаторської діяльності, реклама тощо.

А тому Фонд винаходів України міг би взяти на себе акумуляцію певних коштів, які одержував би від своєї діяльності, і за рахунок цих коштів оплачувати винагороду раціоналізаторам, пропозиції яких мають значення вище рівня юридичної особи.

Ще одна досить серйозна проблема, пов'язана з винагородою за використання раціоналізаторських пропозицій – це проблема строків, протягом яких виплачується винагорода за використання раціоналізаторських пропозицій. Законодавством про раціоналізацію минулих років виплата винагороди за використання раціоналізаторських пропозицій передбачалась протягом двох років від початку використання.

Зазначена норма відтворена і в проекті Типового положення про раціоналізаторські пропозиції в Україні (розділ V). Але постає резонне запитання, чому виплата винагороди за використання раціоналізаторської пропозиції обмежується лише двома роками? Правда, зазначена норма уточнювалася: протягом двох років використання, а якщо використання було менше двох років, то протягом строку використання.

Але ж якщо раціоналізаторська пропозиція використовується більш тривалий строк і, отже, від такого використання юридична особа одержує певний позитивний ефект, то на якій підставі право раціоналізатора обмежується лише двома роками. Адже користувач раціоналізаторської пропозиції одержує користь від її використання.

Слід наголосити, що Методичні рекомендації про організації і проведенню раціоналізаторської роботи на підприємствах Російської Федерації орієнтують підприємства на виплату винагороди за використання раціоналізаторських пропозицій на умовах, передбачених договором між раціоналізатором і юридичною особою, яка використовує пропозицію.

Методичні рекомендації України подібної норми не містять. Проте ст. 1109 Цивільного кодексу України також передбачає можливість в ліцензійному договорі визначати розмір, порядок і строки виплати плати за використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також інші умови, які сторони вважають за доцільне включити до договору.

Раціоналізаторська пропозиція є одним із об'єктів права інтелектуальної власності і, отже, чинність ч. 3 ст. 1109 Цивільного кодексу України поширюється і на неї. Крім того, договір між раціоналізатором і юридичною особою про використання раціоналізаторської пропозиції можна розглядати як ліцензійний договір.

Підсумовуючи сказане і на основі аналізу наведених норм напрашується такий висновок. Винагорода за використання раціоналізаторської пропозиції повинна виплачуватися протягом строку її використання. Якщо раціоналізаторська пропозиція використовується протягом п'яти або десяти років, то протягом цього строку має виплачуватися раціоналізатору й винагорода. Це має стати принциповою засадою механізму визначення розміру, порядку та строків виплати винагороди раціоналізатору. Розмір винагороди визначається домовленістю сторін, але він повинен бути не меншим мінімального розміру, який буде встановлений майбутнім законом про раціоналізацію.

Як видно з наведених норм, уже склалася стійка тенденція розв'язання складного питання визначення розміру винагороди за використання об'єкта промислової власності, в тому числі і за використання раціоналізаторських пропозицій, та порядку і строків її випла-

ти. Ця тенденція не є конкретним розв'язанням даного питання, саме розв'язання передали на розв'язання сторін, якими є автор раціоналізаторської пропозиції і юридична особа, яка почала використовувати пропозицію.

Такий підхід до даної проблеми видається на перший погляд досить демократичним: хай самі учасники правовідносин розв'язують свої проблеми на основі взаємного консенсусу, взаємної згоди. Проте, з іншого боку, такий підхід, принаймні, не завжди на користь раціоналізатора. Раціоналізатор може створити раціоналізаторську пропозицію, але не завжди може визначити її позитивний ефект. Для цього потрібні відповідні фахівці. Таких фахівців і таких знань раціоналізатор не має, але вони є у юридичної особи, яка прийняла пропозицію до використання. При укладенні договору сторони не в рівному становищі, адже перевага на боці юридичної особи. Раціоналізатору не легко буде овести справжній позитивний ефект, який може дати реальне використання раціоналізаторської пропозиції.

Тому, видається, доцільним, щоб в законі про раціоналізацію була розроблена певна схема визначення розміру винагороди за використання раціоналізаторської пропозиції. Для вироблення такої схеми мають бути залучені економісти, плановики, фінансисти, юристи та інші фахівці.

Зазначена схема повинна лише допомогти раціоналізатору при визначенні розміру винагороди, але вона не повинна зв'язувати юридичну особу у цих діях.

При визначенні розміру винагороди за використання раціоналізаторської пропозиції, порядку та строків її виплати повинен обов'язково бути присутнім представник низової ланки товариства винахідників і раціоналізаторів.

Таким чином, ефективна раціоналізація може мати місце лише за умов належного стимулювання раціоналізаторів [6]. Будь-яка творчість, в тому числі і раціоналізаторська, для того, щоб від неї була належна віддача, потребує такого ж належного стимулювання. А тому в законі про раціоналізацію слід передбачити також і систему пільг, спрямованих на розвиток раціоналізації, як матеріального, так і нематеріального характеру. Можна було б ввести почесне звання «Кращий раціоналізатор» даної юридичної особи», «Раціоналізатор року» тощо [7].

В законі слід було б передбачити для активних раціоналізаторів певні житлові пільги, які б могли надаватися залежно від можливостей юридичної особи, у якій працює раціоналізатор. Зазначені житлові пільги могли б полягати в першочерговому наданні квартири в будинках, які будує юридична особа.

Крім того, раціоналізаторам, які внесли вагомий раціоналізаторські пропозиції, в результаті використання яких держава одержала значний позитивний ефект, варто було б надати певні пільги при вступі до технічних вузів.

Юридичні особи, які будуть розробляти свої внутрішні положення, можуть включити в них й інші пільги, спрямовані на стимулювання раціоналізації. Зокрема: 1) надавати раціоналізатору чергову відпустку у зручний для нього час; 2) до належної раціоналізатору відпустки додавати 3 і більше днів додаткової відпустки; 3) надавати раціоналізатору безкоштовні путівки до баз відпочинку та санаторіїв, які належать юридичній особі, у якій працює раціоналізатор; 4) надавати без-

коштовні путівки дітям раціоналізатора до дитячих баз відпочинку, що перебувають у власності юридичної особи, у якій працює раціоналізатор; 5) окремим раціоналізаторам надавати путівки в санаторії, будинки відпочинку тощо. В положеннях про раціоналізаторські пропозиції юридичні особи можуть передбачити й інші пільги для раціоналізаторів.

Істотне значення має пропаганда раціоналізаторської творчості, раціоналізації. Нині в Україні цим ніхто не займається. Немає ніякої реклами кращих раціоналізаторських пропозицій, які можуть використовуватися багатьма юридичними особами.

Крім того, слід зауважити, що раціоналізаторська діяльність має стимулюватися не тільки державними органами і юридичними особами. Юридичні особи, засновані на приватній власності, також повинні всіляко стимулювати раціоналізацію. Не повинні залишатися в стороні і громадські організації, які тією чи іншою мірою причетні до раціоналізації.

Таким чином, право інтелектуальної власності на раціоналізаторські пропозиції та інші пільги раціоналізатора, передбачені чинним законодавством, є основною рушійною силою розвитку раціоналізації в Україні. Чим краще буде забезпечений раціоналізатор конкретними і реальними, передусім, майновими правами та іншими пільгами, тим активніше і успішніше буде розвиватися раціоналізація. Ефективність раціоналізаторської діяльності перебуває в прямій залежності від реальності наданих суспільством раціоналізатору прав і пільг.

Чинне законодавство України про інтелектуальну власність не забезпечує надійної і ефективної охорони права інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію.

Увага законодавця до правового забезпечення раціоналізації не адекватна її ефективності. Тому говорити про законодавство України про раціоналізацію можна лише в плані *de lege ferendo* – з точки зору майбутнього закону.

Законодавець минулих років більш реально оцінював вагомість раціоналізації. Чинне законодавство України про раціоналізацію, в тому числі і Цивільний кодекс України, не наділяє авторів раціоналізаторських пропозицій певними майновими правами інтелектуальної власності. Склалася парадоксальна ситуація: з одного боку, Цивільний кодекс проголосив раціоналізаторські пропозиції об'єктами права інтелектуальної власності і наділив авторів цим правом, а з другого, – раціоналізатори не мають ніяких майнових прав.

У майбутньому законі України про раціоналізацію мають бути чітко визначені конкретні майнові права інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію, серед яких, безперечно, головним має стати право на винагороду. Лише реально надані суспільством раціоналізатору права та пільги забезпечать ефективність раціоналізаторської діяльності, що, в свою чергу, надасть неабиякий економічний ефект.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Шидловський А. К. Досвід та проблема винахідництва і підтримка творчої діяльності в науці // Інтелектуальний капітал. – 2003. – № 3. – С. 5.
2. Емельянов П. И. Обсуждаем проблемы правового регулирования рационализации // Вопросы изобретательства. – 1988. – № 6 – С. 25–26.
3. Кретов Б. К. Совершенствование правового регулирования рационализаторской деятельности необходимо // Вопросы изобретательства. – 1988. – № 9. – С. 30.
4. Новоскольцев А. В. Некоторые вопросы дальнейшего развития рационализаторской деятельности // Вопросы изобретательства. – 1986. – № 6. – С. 30.
5. Афанасиевский Г. И. Некоторые вопросы регулирования рационализации в современных условиях // Вопросы изобретательства. – 1989. – № 7. – С. 18.
6. Пугачев Ю. Н. В авангарде научно-технического прогресса // Вопросы изобретательства. – 1984. – № 6. – С. 5.
7. Паилицкая Н. С. О путях совершенствования рационализаторской деятельности // Вопросы изобретательства. – 1988. – № 10. – С. 17–18.



Галантич М. К., Дрішлюк А. І., Мічман Л. Г.

Здійснення та судовий захист суб'єктивних житлових прав. Монографія / Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПРН України. – Київ – Тернопіль: Підручники і посібники. – 2009. – 496 с.

У монографії комплексно досліджуються проблеми сучасного і перспективного розвитку системи здійснення та судового захисту житлових прав громадян в умовах ринкових перетворень. Аналізуються теоретико-правові питання здійснення суб'єктивних прав громадян.

Проводиться порівняльний аналіз чинних правових норм, пояснюється їх сутність і можливості їх практичного застосування. Узагальнено значний обсяг нормативно-правових актів і досвід їх застосування, наводиться аналіз наукової літератури з найважливіших проблем житлового права.

На основі з'ясування сутності правових норм формулюються практичні пропозиції і рекомендації щодо удосконалення житлового та цивільного законодавства з метою досягнення гармонізації законодавства в досліджуваній сфері.

Розраховано на студентів, аспірантів, викладачів вищих навчальних закладів, а також на широке коло читачів, які цікавляться питаннями житлового права України та практики його застосування.

ПРОБЛЕМИ КОЛІЗІЇ НОРМАТИВНИХ АКТІВ У ЖИТЛОВІЙ СФЕРІ

Галаянч М. К.,

*доктор юридичних наук, доцент,
заступник директора з наукової роботи
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

Необхідність правового забезпечення курсу на демократичні перетворення у суспільстві й державі зумовлює реформування всієї правової системи України, передусім її законодавства.

На сьогодні виникло досить багато проблем, які пов'язані з неможливістю застосування житлового законодавства, відсутністю дієвих механізмів реалізації задекларованих нормативних положень, чисельністю неузгоджень, колізій, прогалин у самому законодавстві, що вимагає створення нового права, яке має стати в першу чергу нормативним вираженням загальнолюдських цінностей, принципів справедливості та людяності, засобом забезпечення прав і свобод людини і громадянина, основою організації та функціонування держави в інтересах людини і всього суспільства.

За час, що минув з моменту проголошення незалежності, законодавство України бурхливо розвивалося. Разом з тим слід констатувати, що оновлене законодавство ще не повною мірою узгоджується з його якістю, що і є однією з головних причин недостатньої ефективності прийнятих законів. До основних недоліків чинного законодавства слід віднести невизначеність в пріоритетності в прийнятті законодавчих актів, велику кількість змін і доповнень до вже прийнятих законів; нестабільність та внутрішня суперечливість законодавчих актів та окремих норм; правову нерегульованість багатьох суспільних відносин; недостатню наукову обґрунтованість частини законодавчих актів; відсутність належного тлумачення нормативних документів.

Перелічені недоліки певною мірою зумовлені відсутністю державної житлової політики, і забезпечення на її основі не лише єдності нормативно-правової системи в державі, а й її узгодженість та стабільність, розраховані на тривалу перспективу. Це, в свою чергу, сприятиме досягненню точного і неухильного додержання норм житлового законодавства і застосування його на території держави.

Нині розвиток житлового законодавства в Україні, як окремої комплексної галузі права, йде повільним шляхом. Для цієї важливої сфери суспільного життя характерна повна правова невизначеність, що виражається у фрагментарності правового регулювання, наявності прогалин, відсилочних норм та норм, які втратили регулюючий вплив.

Наприклад, до ЖК УРСР з 1991 року 13 Законом України та одним Декретом КМ було внесено зміни та доповнення, проте Преамбула ЖК не змінилася і залишилася в незмінному вигляді:

«В результаті перемоги Великої Жовтневої соціалістичної революції в нашій країні було створено необхідні передумови для розв'язання однієї з найважливіших соціальних проблем – задоволення потреби трудящих у житлі.

Втілюючи в життя ленінські ідеї побудови комуністичного суспільства і здійснюючи курс на підвищення матеріального та культурного рівня життя народу, Ра-

дянська держава послідовно реалізує розроблену Комуністичною партією програму житлового будівництва.

Високі темпи розвитку державного і громадського фонду на основі державних планів, заходи, яких вживає держава по сприянню кооперативному та індивідуальному житловому будівництву, створюють необхідні умови для забезпечення гарантованого Конституцією СРСР і Конституцією Української РСР права громадян на житло».

Під колізією нормативних актів в юридичній науці розуміється суперечність між цими актами чи їх нормами з одного і того ж предмету правового регулювання. Така колізія склалася в житловій сфері коли одночасно діють ЖК УРСР, Цивільний та Сімейний кодекси, різні закони публічно-правової та приватноправової спрямованості, прийняті до набрання чинності Конституції України, Цивільного кодексу України, Закону України «Про житловий фонд соціального призначення».

Більше того, статті 1, 2 офіційного тексту чинного нині ЖК України проголошує, що відповідно до Конституції СРСР і Конституції Української РСР громадяни Української РСР мають право на житло. А завданнями житлового законодавства Української РСР є регулювання житлових відносин з метою забезпечення гарантованого Конституцією СРСР і Конституцією Української РСР права громадян на житло, належного використання і схоронності житлового фонду, а також зміцнення законності в галузі житлових відносин.

Лакуни у правовому регулюванні призводять до того, що в правозастосовчій діяльності для врегулювання правовідносин у житловій сфері застосовуються норми цивільного права, права соціального забезпечення, адміністративного права, а не безпосередньо норми Житлового кодексу. Створення неузгоджених між собою нормативних актів призводить до негативних наслідків, коли в певних колізійних випадках особа обирає вигідний для себе Закон.

Фахівці припускають, що наслідком цього Житловий кодекс припинить своє існування, і буде заміщений Цивільним кодексом (інститутами договору комерційного найму житла, іншими правочинами з житлом, право власності на житло), правом соціального забезпечення (інститут житла соціального забезпечення) та адміністративного права (інститути управління і збереження житлового фонду). Вважаємо, для внесення чіткості в український законодавчий процес вказана проблема потребує розуміння, що розвиток цивільного права полягає не у врегулюванні всього кола суспільних відносин у житловій сфері, а в прийнятті нового ЖК, який має враховувати особливості правового регулювання. Новий ЖК не повинен відтворювати положення чинного ЦК, як це має місце у проекті ЖК. В ньому мають бути зосереджені загальні цивільно-правові засади. ЖК має визначати, зокрема: зобов'язання, що виникають при будівництві житла, підстави переведення придатних для проживання жилих квартир у нежилі, правовий

режим ЖБК та товариств співвласників багато квартирного жилого будинку, особливості виникнення права власності на житло; особливості цивільно-правової відповідальності власників і користувачів квартир (будинків), управління житловим фондом, правовий режим житлового фонду соціального призначення тощо.

Зміст житлових правовідносин, їх права природа, полягає у забезпеченні реалізації конституційних прав на житло (соціальної справедливості, свободи вибору, недоторканості права власності, захисту від будь-яких зазіхань тощо). Спеціальне житлове законодавство має встановлювати специфіку суспільних відносин з приводу встановлення особливостей здійснення права власності на житло; користування житлом власником та членами його сім'ї; дотримання прав не власників при переході права власності на житло; особливості користування загальним майном співвласників житла; встановлення відповідності будівель житловим; спільне утримання жилих приміщень та управління багатоквартирними будинками; особливості створення та діяльності житлових, житлово-будівельних кооперативів, товариств співвласників житла;

Разом з тим виникає необхідність закріплення у ЦК України поняття норми безпечного користування жилою площею з урахуванням факту проживання різностатевих осіб, чисельності, вікового складу сім'ї; ступеня родинності членів сім'ї; особливих потреб осіб із фізичними вадами, одиноких людей та людей похилого віку. Обмеження щодо максимального розміру житла мають встановлюватися відповідно до принципу справедливості, що полягає у диференційованому встановленні прав та обов'язків власників, які полягають у встановленні норм підвищеної оплати за комунальні послуги та оподаткування об'єктів нерухомості.

Правове регулювання житлових відносин має здійснюватися на підставі ЖК, як спеціального нормативного акта перехідного періоду, що зумовлено соціально-економічними умовами розвитку суспільства, переходом України до сучасних Європейських норм і стандартів, що викликає необхідність приведення чинного ЖК у відповідність із відповідними положеннями ЦК з метою підвищення юридичних гарантій захисту житлових прав громадян.

Існують різні теоретичні, практичні причини виникнення проблем розвитку житлового законодавства, серед них найбільш вагомими є: тривале прийняття Проекту Житлового кодексу України; відсутність концептуальних ідей оновлення житлового законодавства; відсутність чіткого порівняльного аналізу законодавства, судової практики навколо житла у Європейському Союзі та країн СНД; відсутність нормативного регулювання ріелторської діяльності щодо житла.

Розв'язання поставленої проблеми можливо при визначенні шляху розвитку житлового законодавства. При виборі шляху розвитку – прийняття нового Житлового кодексу чи регулювання житлового питання окремими галузями права, слід звернутися до досвіду розвитку житлового законодавства у деяких країнах світу.

Необхідність прийняття нового Житлового кодексу України викликана: розширенням кола розрізнених та

неузгоджених між собою нормативних актів, що регулюють житлові відносини; зміною змісту права на житло; виникненням нових шляхів набуття та відчуження житла; розвитком законодавства соціального забезпечення житлом, в тому числі дітей і молоді, інвалідів, людей похилого віку, мігрантів; потребою в приведенні законодавства України до стандартів ЄС. Прийняття нового Житлового кодексу, як окремого кодифікованого акту в системі законодавства України обумовлено єдиною метою – систематизувати житлове законодавства, уніфікувати терміни, упорядкувати правове регулювання нових житлових відносин.

У новому житловому законодавстві необхідно втілювати сучасні підходи у вирішенні житлових потреб громадян. Слід звернути увагу на те, що прийняття Житлового кодексу України є природним кроком в системі оновлення житлового законодавства. Таке оновлення потребує закріплення в концепції розвитку житлового законодавства. На жаль, з початку приватизації житлового фонду, ця концепція державної житлової політики на державному рівні не була впроваджена в життя. Тому, на цей час, концепція розвитку житлового законодавства повинна вже розвиватися в рамках більш широкої – концепції державної житлової політики. Таким чином, житлове законодавство повинно розвиватися як комплексна галузь.

Під правом на житло, слід розуміти гарантовану законом можливість практичної реалізації суб'єктивних житлових прав для задоволення власних житлових потреб, що полягають у реальному володінні та користуванні жилими приміщеннями у будинках різних форм власності, при забезпеченні державою режиму недоторканості жилих приміщень.

В перехідних умовах має бути створена оптимальна система задоволення житлових потреб громадян України не тільки на праві власності, а й користування з гарантованою можливістю кожному користуватися встановленим законодавством мінімумом жилої площі у жилих будинках всіх форм власності; право на поліпшення житлових умов має бути реальним і гарантованим законом правом.

Державна політика України у сфері розвитку нормативно-правового забезпечення діяльності житлового господарства має на меті формування сучасної системи правового регулювання взаємовідносин у цій сфері.

Пріоритетними напрямками формування нормативно-правової бази у сфері державної житлової політики має бути постійний аналіз чинних актів законодавства; виявлення прогалин та протиріч у чинному законодавстві; забезпечення першочергової розробки та розгляду проектів законодавства з питань: розвитку державного регулювання на монопольних ринках комунальних послуг; удосконалення тарифної політики у сфері житлово-комунальних послуг; розвитку фінансових механізмів залучення коштів на капітальний ремонт житла та запровадження енергозберігаючих технологій; розвитку житлового фонду, призначеного для надання у найм; соціального захисту громадян щодо забезпечення їх житлом на основі адаптації законодавства України до законодавства ЄС.

ОСНОВНІ КАТЕГОРІЇ ЖИТЛОВИХ СПОРІВ, ЩО РОЗГЛЯДАЮТЬСЯ В СУДОВОМУ ПОРЯДКУ

Тилик Т. М.,

*здобувач кафедри цивільного права
юридичного факультету КНУ імені Тараса Шевченка*

Житлові спори є одними з найскладніших в судовій практиці, що зумовлено тими численними перетвореннями, які тривають в Україні. Перехід до системи ринкового обігу житла, приватизація, розвиток житлового будівництва, іпотека тощо вимагають чіткого розгляду спорів, що виникають в житловій сфері, і основою їх реалізації має стати чинне законодавство.

Однак чинне житлове законодавство, ядром якого виступає Житловий кодекс України, значною мірою застаріло і не відповідає нинішньому рівню розвитку житлових відносин. Ці проблеми, безумовно, не можуть залишатися поза увагою юридичної науки, яка впливає на формування практики застосування законодавства. В практиці не встановлено єдиного поняття підстав припинення права житлових правовідносин, оскільки залежно від правових наслідків воно має свої особливості. Поява значної кількості норм, що регулюють припинення житлових відносин, потребує пошуку шляхів для ефективного застосування норм законодавства відповідно до засад, визначених ЦК, що безпосередньо впливає на правозастосовчу практику.

ЦК України визначає підстави припинення житлових правовідносин, що виникають із правопорушень, внаслідок чого у суб'єкта виникає право на захист.

Характеристика житлових спорів, що виникають у прокурорській практиці та розглядаються в судовому порядку, можна класифікувати залежно від правових підстав, що впливають: 1) із договору найму житла; 2) із права власності громадян на жилий будинок (квартиру); 3) із різного роду договорів, зокрема: купівлі-продажу, міни, дарування, ренти, довічного утримання; речових прав на житло; 4) застави (іпотеки) житла; 5) порушення меж здійснення цивільних прав (порушення прав інших осіб, порушення моральних засад суспільства, зловживання правом, завдання шкоди культурній спадщині). Як зазначає В. Луць, «поки що юридичною наукою не сформульовано чітких критеріїв щодо змісту захисту цивільних прав, у тому числі права власності та його розмежування з правовою охороною цих прав» [5].

Відповідно до ст. 13 ЦК України при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушувати права інших осіб. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоду іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Житлові спори – особливий різновид спорів; це конфліктні ситуації, що виникають у процесі експлуатації житлового фонду при недотриманні встановлених нормативів власниками, наймачами й орендарями жилих і нежилых приміщень у жилих будинках [4]. Як зазначає І. М. Лукіна, «Підвідомчість суду окремих видів житлових спорів визначається правилами тих самих статей ЖК, що регулюють даний вид житлових відносин» [3]. У судовій практиці справи, пов'язані із житловими спорами, умовно охоплюються поняттям «цивільні справи». Проте в межах загального поняття вони заслуговують на особливу увагу. Житлові

спори, що підлягають розгляду в суді, залежать від правових підстав виникнення й обсягу повноважень сторін. За цим критерієм виділяють спори, що впливають із ЖК, ЦК, СК України.

Зокрема, спори, що впливають із ЖК, стосуються невиконання умов договору найму житла, договору соціального найму житла, договору користування житлом соціального призначення; із права власності громадян на жилий будинок (квартиру); із захисту права приватної власності громадян; із житлово-кооперативних відносин. Споры, що безпосередньо пов'язані з договором найму жилого приміщення, є: про надання наймачеві звільненого жилого приміщення у комунальній квартирі; про відмову у видачі охоронного свідоцтва; про примусовий обмін жилого приміщення, яке він займає; про переселення на час капітального ремонту жилого будинку; про відмову в наданні жилого приміщення, що збереглося після капітального ремонту; про визнання і втрату права на жиле приміщення; про видачу ордера на жиле приміщення; про надання жилого приміщення на вимогу громадян у випадках порушення встановленого законодавством строку надання житла тощо. Окремо виділяються спори, пов'язані з визнанням ордера на жиле приміщення недійсним у випадках надання неправомірних відомостей про членів сім'ї, які включено до ордера, про розміри раніше займаної площі, що послужило підставою для взяття на квартирний облік; порушення прав інших громадян на зазначене в ордері жиле приміщення у випадку видачі ордера на жиле приміщення, право на яке зберігає інший громадянин, порушення прав наймачів на ізольоване жиле приміщення, що звільнилося у квартирі, порушення порядку заселення; порушення встановленого порядку розгляду та вирішення питань про взяття громадян на квартирний облік і надання жилих приміщень, у тому числі з порушенням черговості й отримання житла; інші випадки порушення включення до ордера членів сім'ї, які не дали на це своєї згоди, видача ордера на фактично зайняте приміщення, видача ордера на нежиле приміщення, на частину кімнати чи суміжну кімнату, на жиле приміщення, що не відповідає санітарним і технічним вимогам, за відсутності рішення про надання жилої площі, що має бути винесене відповідним органом.

Спори, що впливають із ЦК, пов'язанні із порушення умов різного роду цивільно-правових договорів, зокрема, купівлі-продажу, міни, дарування, ренти, довічного утримання; безоплатного користування житлом, сервітутів, спадкування житла; юридичних дій та подій: будівництва, притримання; відшкодування позадоговірної шкоди; порушення меж здійснення цивільних прав (порушення прав інших осіб, порушення моральних засад суспільства, зловживання правом, завдання шкоди культурній спадщині тощо).

Спори, що впливають із ЦК, безпосередньо пов'язані із дотриманням прав власності і полягають у тако-

му: в усуненні перешкод у будівництві житла; вимогах членів сім'ї та інших осіб, які брали участь у будівництві; визнанні права власності на майно, у витребуванні майна з чужого незаконного володіння (а в передбачених законом випадках і від добросовісного набувача) чи відшкодування його вартості, усуненні будь-яких порушень права власності, хоча б ці порушення і не були поєднані з позбавленням володіння і відшкодуванням заподіяних цим збитків; визнанні недійсними договорів купівлі-продажу, міни, дарування будинку тощо; визначенні компенсації, пов'язаної із зниженням цінності будинку, спричиненої діяльністю підприємств, організацій; у визнанні недійсними правочинів щодо відчуження майна, а також у визнанні незаконними актів державних органів, органів місцевого самоврядування про неправомірне втручання у здійснення власником правомочностей; у передачі в приватну власність майна, яке за законом підлягає відчуженню громадянинові; у відшкодуванні шкоди, заподіяної майну, або збитків, завданих порушенням права власника (у тому числі упущеної вигоди); у виключенні майна з опису; у позовах, пов'язаних із зносом будівель у зв'язку із вилученням земельної ділянки.

Спори щодо спільної сумісної власності на житло виникають між фізичними особами, між громадянами і членами їх сімей, спори між спадкоємцями, що проживають в одній квартирі, що полягають у визначенні порядку володіння, користування та розпорядження житлом, що є спільною власністю; визначенні порядку користування жилим будинком; поділі спільного майна або виділі з нього частки; виділі частки будинку (поділі будинку), що є спільною власністю (частковою чи сумісною). Спори щодо спільної часткової власності виникають про: право на надбудову, прибудову або перебудову будинку і підсобних будівель, але проти цього заперечують інші учасники спільної часткової власності; зміну розміру часток будинку, що перебувають у спільній частковій власності; право привілейованої купівлі частки у спільній частковій власності на будинок; переведення прав і обов'язків покупця за договором купівлі-продажу, укладеним учасником спільної часткової власності щодо своєї частки з порушенням права іншого учасника даної спільної власності, привілейовану купівлю цієї частки або про переведення на наймача прав і обов'язків набувача.

Суди розглядають й інші позови, пов'язані із правом приватної власності на житло. Положення щодо захисту права приватної власності поширюються також на особу, яка хоч і не є власником, але володіє майном на підставах, передбачених законом чи договором [2].

Спори, що впливають із Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» слід поділити на спори, що виникають у процесі приватизації: ті, що виникають із суті житлових правовідносин і пов'язані із невиконанням їх обов'язків як членів сім'ї наймача чи самого наймача; ті, що виникають між членами сім'ї наймача в процесі здійснення свого права на приватизацію, спори між наймачами квартири, в якій проживають два або більше наймачів; ті, що виникають між особами, які реалізують своє право на приватизацію, та приватизаційними органами; спори, що виника-

ють між співвласниками приватизованого житла відносно права власності на нього чи використання приватизаційних паперів.

Спори в процесі приватизації поділяються на спори про право придбати у власність відповідну квартиру (будинок) шляхом викупу; про визнання безпідставною відмову органів приватизації передати у приватну власність квартиру (будинок) із державного житлового фонду відповідно до Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду»; відмову передати у приватну власність особам, які користуються відповідним правом за Законом України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи», квартиру (будинок), яку вони займають у громадському житловому фонді [2]. В інших випадках громадським житловим фондом розпоряджаються власники жилих приміщень, які вирішують питання про продаж наймачеві жилого приміщення, у зв'язку з чим той не вправі вимагати покладення на власника обов'язку, пов'язаного з відчуженням квартири (будинку). Разом із тим наймач користується переважним правом на викуп жилого приміщення, яке займає, і в разі відчуження останнього іншій особі він вправі пред'явити позов про переведення на нього прав і обов'язків покупця або про визнання угоди недійсною.

Спори, що впливають із СК, пов'язані із виселенням із жилого приміщення у зв'язку з реєстрацією недійсного шлюбу, пов'язані із порядком користування житлом подружжям, якому воно належить на праві спільної сумісної власності відповідно до умов шлюбного договору, розпорядженням часткою, що є об'єктом спільної сумісної власності, поділом житлового будинку (квартири), припиненням права на утримання за домовленістю подружжя взамін набуття права власності на житло, влаштуванням дитини, батьки якої позбавлені батьківських прав, припиненням права на аліменти на дитину у зв'язку з набуттям права власності на житло, збереженням права на житло особи, над якою встановлено опіку чи піклування, користування житлом фактичним подружжям. Вселення неповнолітньої дитини у жиле приміщення одного із батьків не тягне за собою втрату ним прав користування жилою площею другого з батьків, із яким неповнолітній продовжує постійно проживати.

Спори можна класифікувати за ознакою публічності: публічно-правові спори за позовами юридичних осіб, за позовами громадян до державних органів, за позовами уповноважених державних органів про захист права приватної власності громадян від неправомірних посягань. Цивільне законодавство встановлює відповідальність державних органів за втручання у здійснення власником його правомочностей або встановлення не передбачених законодавчими актами України додаткових обов'язків чи обмежень.

А згідно із ст. 394 ЦК власник жилого будинку має право на компенсацію, пов'язану із зниженням цінності будинку, що спричинено діяльністю підприємств, організацій, у тому числі такою, що призвела до зниження рівня шумової та екологічної захищеності території.

Відповідно до ч. 2 ст. 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що

виникають у державі. Тому у випадках, коли житловим законодавством передбачено право оскаржити рішення державного чи іншого органу, їх посадових осіб за підпорядкованістю, суб'єкти житлового права вправі на власний розсуд вирішувати питання про оскарження актів таких органів. Стаття 393 ЦК передбачає, що державні органи несуть також цивільно-правову відповідальність за видання актів, які порушують права власників та інших осіб щодо володіння, користування чи розпорядження належним їм майном. Такий акт визнається недійсним за позовом власника або особи, права якої порушено.

Підставами для визнання акта недійсним є невідповідність його вимогам чинного законодавства та визначеній законом компетенції органу, який видав цей акт. Обов'язковою умовою визнання акта недійсним є порушення у зв'язку з прийняттям відповідного акта прав і охоронюваних законом інтересів власника – позивача у справі. Власник майна також має право вимагати відновлення становища, яке існувало до видання цього акта, а за неможливості відновлення становища власник має право на відшкодування майнової та моральної шкоди.

Недотримання вимог правових норм, які регулюють порядок прийняття акта, у тому числі стосовно його форми, строків прийняття тощо, може бути підставою для визнання такого акта недійсним лише тоді, коли відповідне порушення спричинило прийняття неправомірного акта. Якщо акт в цілому узгоджується з вимогами чинного законодавства і прийнятий відповідно до обставин, що склалися, тобто є правильним по суті, то окремі порушення встановленої процедури прийняття акта не можуть бути підставою для визнання його недійсним, якщо інше не передбачено законодавством [1]. У випадку правопорушень особа, яка вважає свої права та законні інтереси порушеними, може звернутися до суду з оскарженням неправомірних дій посадових осіб, у тому числі з вимогою про відшкодування шкоди.

Спори можна класифікувати залежно від підстав припинення житлових правовідносин, що тягнуть за собою визнання громадян такими, які втратили право на жиле приміщення внаслідок розірвання договору найму жилого приміщення; визнання договору найму жилого приміщення членом сім'ї в будинку, що належить громадянам на праві власності, розірваним; виселення громадян із жилих приміщень при визнанні недійсним охоронного свідоцтва (броні); виселення з жилих приміщень у випадку порушення прав власника жилого приміщення; виселення громадян при визнанні правочинів недійсними; виселення громадян, які систематично руйнують житло або використовують його не за призначенням; виселення громадян за неможливістю спільного проживання; виселення громадян, позбавлених батьківських прав, якщо їх спільне проживання з дітьми визнано неможливим; виселення громадян із жилих приміщень у порядку примусового обміну житла; виселення із гуртожитків та службового житла; виселення із самовільно зайнятих або збудованих жилих приміщень; виселення внаслідок визнання правочинних документів недійсними; виселення громадян із приміщень у зв'язку із капітальним ремонтом жилого будинку.

Проведений аналіз спорів у житловій сфері свідчить про складність застосування норм житлового та цивільного законодавства, особливо в частині, якщо це тягне виселення громадян із жилих приміщень без надання іншого житла. Однією із причин є те, що законодавство, яке регламентує житлові правовідносини, прийняті в різний час і між собою не узгоджені. Для усунення суперечностей необхідно узгодити положення житлового і цивільного законодавства шляхом внесення змін та доповнення до чинного ЦК України. Для реалізації прав і свобод громадян дієздатне судочинство є однією із основних підвалин. Судовий захист прав й охоронюваного законом інтересу органічно пов'язані із самою природою суб'єктивного цивільного права, яке передбачає в разі його порушення можливість здійснити примусове його відновлення. Звертаючись до суду за захистом порушеного права, особа може вимагати його визнання, припинення дій, що порушують її право, відновлення становища, яке існувало до порушення, відшкодування збитків та інших способів відшкодування майнової шкоди. Спори, пов'язані із житлом, є однією із складних категорій. На них припадає значна частина цивільних справ, що розглядаються судами щодо придбання жилих приміщень, припинення права користування ними, способів виконання рішень судів. Питання, що виникають при застосуванні норм Цивільного і Житлового кодексів, мають вирішуватися з урахуванням того, що норми ЖК застосовуються у частині, що не суперечить ЦК.

Розвиток житлового законодавства має бути спрямований на створення системи захисту житлових прав та законних інтересів суб'єктів права на основі норм матеріального права на засадах поєднання приватно-правових і публічно-правових методів регулювання. Житлове законодавство потребує закріплення системи категорій житлових спорів; прав суб'єктів житлових правовідносин при виселенні їх із жилих приміщень; встановлення особливостей юридичної відповідальності за порушення житлового законодавства та особливостей виконання судових рішень. Виселення без надання іншого житлового приміщення повинно будуватися з урахуванням положень Конституції України про недопустимість виселення в адміністративному порядку .

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів*: Роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 26.01.2000 р. № 02-5/35 // ППС «Законодавство» верс. 2.6.5. (v5_35800-00).
2. *Про судову практику у справах за позовами про захист права приватної власності*: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 22.12.1995 р. № 20 // ППС «Законодавство» верс. 2.6.5. (v0020700-95).
3. *Свит Ю. П.* Жилищное право. – М.: Юристъ, 2005. – С. 73.
4. *Седугин П. И.* Жилищное право. – М.: Норма, 2004. – С. 347.
5. *Цивільне право України: У 2-х кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової.* – К.: Юрінком Інтер, 2000. – Кн. 1. – С. 520.
6. *Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя*: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 01.11.1996 р. № 9.
7. *Про практику застосування судами України статті 105 Цивільного кодексу України*: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 19. 09. 1975 р. № 9.

8. *Про судову практику в справах про виключення майна з опису:* Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.08.1976 р. № 6.

9. *Про судову практику в справах про визнання угод недійсними:* Постанова Пленуму Верховного Суду України від 28.04.1978 р. № 3.

СЕРВІТУТНЕ ПРАВО КОРИСТУВАННЯ ЖИТЛОМ ЗА ДОГОВОРОМ

Білоцький О. В.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

Сучасне суспільство визнало необхідність докорінних змін у організації приватного життя та розбудови соціальних процесів на засадах верховенства права, справедливості, добросовісності та розумності. Людина в силу власного буття наділяється певними житловими правами, які є природними.

Проблема речових відносин, що виникають у зв'язку із проживанням у жилих приміщеннях, має значну цивільно-правову історію. Є очевидним той факт, що забезпечення здійснення цивільно-правової охорони майнових прав фізичної особи на проживання та захист житлових прав людини стає необхідною умовою існування суспільства.

Основні права, закріплені у Конституції, базуються на правах людини, в тому числі і на житло. Проте додатковою юридичною гарантією виступає їхнє позитивно-правове закріплення у цивільному законодавстві, що отримало відповідне закріплення у ЦК України.

Проблеми змісту майнових прав фізичної особи на житло, їхнього здійснення та захисту завжди привертали увагу цивільно-правової науки. Враховуючи якісні суспільні зрушення, які мали місце у останнє десятиліття, вітчизняний законодавець увів ряд істотних правових змін до змісту нормативно-правових актів, що регулюють сферу житлових прав.

Перехід до ринкових відносин обумовив необхідність створення відповідної нормативної бази, що має ґрунтуватися на нормах ЦК України. Платоспроможні громадяни, які потребують житла, забезпечують свої житлові потреби приватноправовим шляхом, не сподіваючись отримати в користування безоплатне житло державного та комунального житлових фондів.

Питанням приватноправового регулювання житлових відносин приділялася значна увага, зокрема такими вченими як І. А. Бірюков, В. С. Гопанчук, М. К. Галлянич, О. В. Дзера, Ю. О. Заїка, В. А. Кройтор, І. М. Кучеренко, Є. О. Мічурін, М. І. Сібільов, С. О. Сліпченко, О. В. Соболев та інші.

Мета цієї статті – визначити особливості правового регулювання сервітутних житлових відносин в умовах ринкової економіки, з'ясувати співвідношення житлового законодавства із цивільним, визначити сутність, зміст сервітутних житлових відносин.

Відповідно до ст. 401 ЦК України [1] право користування чужим житлом відноситься до особистих сервітутів, хоча зазначена стаття ЦК не містить вказівки на житло як окремого об'єкта користування. Сервітут на житло згідно зі ст. 402 ЦК України за договором можливий за згодою власника і за умови якщо у особи відсутні можливості задовольнити житлові потреби іншим способом, ніж користування чужим майном.

При розмежуванні різних договірних конструкцій слід виокремлювати договір про встановлення сервіту-

ту від інших договорів, що передбачають передачу житла в користування (договір найму, довічного утримання, ренти, позички тощо). При розмежуванні різних за своєю природою договорів ми погоджуємося з авторами Науково-практичного коментаря Цивільного кодексу України, які, зокрема, зазначають: «сервітут може бути встановлений договором, але договором про встановлення сервітуту, а не зобов'язання... У цьому полягає перевага сервітуту перед звичайним договірним зобов'язанням» [4].

Оскільки сервітут є право обмеженого користування чужим майном, то ознаками речового права на житло (сервітуту), що встановлюється договором, є його двосторонній, оплатний характер. Характерні особливості договірного речового права на житло (сервітуту) полягають у тому, що у разі припинення договору одночасно з ним припиняється сервітут і не застосовується положення про переважне право на укладення договору на новий строк. Термін дії договору визначається власником, який може його встановлювати залежно від обставин на визначений чи невизначений строк, що може визначатися періодом тимчасової відсутності наймача, що виїхав з жилого приміщення.

Якщо сервітутне право на житло реалізується шляхом укладання договору, то відповідно до цього договору власник тимчасово передає своє право користування частиною чи всім належним йому жилим приміщенням іншій особі – користувачу (сервітутарію), який зобов'язується вносити йому за це визначену плату. Особливою рисою цього договору є те, що власник передає іншій особі не все майно, а жилу площу, що йому належить на праві власності. Сторонами договору є власник і користувач (сервітутарій) жилого приміщення. Саме між цими особами і виникають речові житлові права і обов'язки. Передача жилих приміщень у речове право не означає, що власник передає належні йому права, а лише право на користування жилим приміщенням або його частиною. Він не користується майновими правами, що можуть в комплексі належати тільки власнику, основними з яких є володіння та розпорядження.

В свою чергу, обмежений характер речових прав на житло виявляється у тому, що користувач не має право на вселення членів його сім'ї без дозволу власника. Право на жиле приміщення цілком залежить від прав власника на це приміщення, а самостійних прав на жиле приміщення користувач не набуває.

Специфіка житлового сервітуту є такою, що обсяг прав його власника ніколи не може збігтися з правами і можливостями власника. Більше того, якщо для прав сервітутного характеру наявні обмеження щодо використання майна, то тим більше повинні бути обмежені можливості розпорядження цими правами. Обмеження його розпорядницьких правомочностей має бути міні-

мальним, а суб'єкту іншого речового права ця правомочність може бути надана у чіткому обсязі в зв'язку з метою встановлення його права або повним його позбавленням [8]. Необхідно визначити й особливості правового положення колишнього члена сім'ї власника, що, як уже зазначалося, також є суб'єктом іншого речового права на даний об'єкт.

Речово-правовий характер прав членів сім'ї власника об'єктивно визначає необхідність законодавчого обмеження правомочностей власника щодо розпорядження майном. Проблема «меж» розпорядження власником квартирою (будинком), які б визначалися виходячи з інтересів суб'єктів інших речових прав і, насамперед, членів сім'ї власника жилого приміщення, не тільки не одержала свого законодавчого вирішення і наукового розроблення, а навіть і не була виділена як проблема, незважаючи на окремі правові позиції вчених-юристів [9]. Разом із тим її визначення сприятиме охороні житлових прав громадян, що мають статус члена сім'ї власника квартири (будинку).

Вирішення вказаної проблеми повинне мати на меті стабільність житлового правовідношення, основна мета якого є забезпечення стабільного користування житлом. Багато в цьому питанні залежить від статусу члена сім'ї. Якщо таким є учасник спільної сумісної власності, то розпорядження нерухомим майном винятково за згодою іншого власника значно обмежує можливість зміни осіб як не пов'язаних шлюбними відносинами, так і таких, які є подружжям, – членами однієї сім'ї. Зовсім інша ситуація складається у випадку, коли квартира (жилий будинок) стають об'єктом спільної часткової власності. Згідно зі ст. 361 ЦК України співвласник має право самостійно розпорядитися своєю часткою у праві спільної часткової власності. Втім ст. 362 ЦК надає власникові переважне право купівлі і відповідно створює деякі передумови для збереження суб'єктного складу. Закріплюючи це право, законодавець виходив не з урахування житлових інтересів членів сім'ї, а з інтересів суб'єкта спільної часткової власності за вільним волевиявленням щодо визначення долі свого майна, що традиційно обмежувалося існуванням права переважної купівлі. Надання ж власникові переваг у придбанні житла за іншими правочинами неможливе, тому що там, де власник зацікавлений у виборі контрагента, ніяких переваг в інших співвласниках не має бути [10]. На думку Ю. С. Кобзевої, здійснення власником дій, як пов'язаних з відчуженням жилого приміщення, так і можливим переданням його в тимчасове користування, не може залежати від волевиявлення членів його сім'ї, тому що в іншому випадку власника варто визнати позбавленим свободи власною волею здійснювати найважливіше право, що саме і буде означати трансформацію його права в інше речове право [11]. Саме тому вона підтримує точку зору вчених, які обґрунтовують свободу відчуження власником свого майна (крім випадків відчуження майна учасників спільної сумісної власності) незалежно від волевиявлення всіх третіх осіб, у тому числі і членів сім'ї [12].

В користування може передаватися частина або все жиле приміщення, але не може бути за прохідна та прохідна кімнати, частина однієї кімнати, місця загального кори-

стування, нежитлові приміщення. Передання в користування частини чи всього жилого приміщення не звільняє користувача від обов'язків перед власником, у тому числі й з відшкодування завданої жилому приміщенню шкоди.

Передаючи у користування жиле приміщення, що розміщується у квартирі, що перебуває у спільній власності, слід отримати згоду всіх співвласників і членів їх сімей, які мешкають у квартирі. Відмова цих осіб у наданні згоди на передачу жилого приміщення в користування може бути оспорена в судовому порядку.

Оскільки відповідно до ЦК України до сервітутних відносин застосовуються положення про нерухомість, то відповідно має бути обов'язково дотримана письмова форма укладення правочинів. До істотних умов договору зазначаються особи, які мають право проживання, характеристику жилого приміщення (кількість кімнат, розмір жилої площі, належність жилого будинку), розмір плати за користування жилими приміщеннями, розмір та порядок оплати комунальних послуг, строк здавання приміщення, якщо це передбачено договором.

Такі договори потребують нотаріального посвідчення та державної реєстрації. Право користування житлом за договором, який потребує нотаріального посвідчення, виникає у набувача з моменту його державної реєстрації. Згідно із ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» [7] обов'язковій державній реєстрації підлягають речові права на нерухоме майно, а саме: 1) право власності на нерухоме майно; 2) речові права на чуже нерухоме майно: право володіння; право користування (сервітут); право користування нерухомим майном строком понад один рік; 3) обмеження речових прав.

Набувачем за цим договором можуть бути члени сім'ї власника, в тому числі й колишні, «адже це речове право, яке належить колишній дружині власника і воно не може бути припинено в односторонньому порядку власником цього житла» [4]. Стаття 64 СК надає подружжю право на укладання між собою усіх цивільно-правових договорів, які не суперечать закону, як щодо майна, що є їхньою особистою приватною власністю, так і щодо майна, яке є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя [3].

Цивільний кодекс України не визначає умов, за якими не допускається здавання жилих приміщень у користування. Проте ЖК УРСР [2] визначає такі випадки: 1) в результаті вселення розмір площі, що припадатиме на кожну особу, буде меншим від установленого для надання жилих приміщень; 2) якщо у квартиру, в якій проживають наймачі, вселяється особа, яка хворіє на тяжку форму хронічного захворювання, у зв'язку з чим не може проживати у такій квартирі.

Права і обов'язки користувача і власника житла взаємообумовлені і полягають у: використанні приміщення за призначенням, утриманні приміщення в належному стані, забезпеченні схоронності приміщення, виконанні поточного ремонту приміщення, дотриманні правил пожежної безпеки, підтримуванні чистоти та порядку у місцях загального користування, внесенні плати за користування приміщенням [5].

Наслідком недодержання встановленого порядку передачі жилого приміщення в користування є його не-

дійсність. У цьому разі фізичні особи, які незаконно поселилися в жиллому приміщенні, зобов'язані звільнити його, а в разі відмови – виселяються в судовому порядку без надання іншого жилого приміщення.

Юридична сила договору тісно пов'язана з дотриманням встановленого порядку, і порушення цього порядку тягне за собою недійсність договору. Так, виходячи із загальних положень цивільного та житлового законодавства, можна зробити висновок, що недійсним може бути визнаний договір про встановлення сервіту: укладений без згоди членів сім'ї власника; договір, укладений без дозволу власника; договір, укладений при недотриманні встановленої мінімальної норми жилої площі на одну людину чи договір, що передбачає проживання у квартирі хворого тяжкою формою хронічного захворювання.

Припинення договору про встановлення житлового сервіту можливо у зв'язку з закінченням строку, на який було укладено сервітут, він зобов'язаний звільнити займане приміщення. В свою чергу, користувач жилого приміщення вправі за згодою членів своєї сім'ї у будь-який час розірвати сервітут, в тому числі і шляхом відмови від нього, невикористання його протягом трьох років підряд, смерті особи, на користь якої встановлено сервітут.

Від сервітутних відносин користування чужим житлом слід виокремлювати відносини, що виникають у зв'язку із тимчасовим проживанням. Так, відповідно до ст. 818 ЦК наймач та особи, які постійно проживають разом з ним, за їхньою взаємною згодою та з попереднім повідомленням наймодавця можуть дозволити тимчасове проживання у помешканні іншої особи (осіб) без стягнення плати за користування житлом (тимчасових мешканців) [1].

Тимчасові мешканці повинні звільнити житло після спливу погодженого з ними строку проживання або не пізніше семи днів від дня пред'явлення до них наймачем або наймодавцем вимоги про звільнення помешкання. Наймач або член його сім'ї можуть дозволити тимчасове проживання без укладення договору та за умови безоплатності користування жилими приміщеннями. Умовою для вселення тимчасових мешканців є взаємна угода наймача та членів його сім'ї. Вони можуть вселити будь-яких осіб, при цьому згода наймодавця на їх вселення не вимагається. У разі відсутності згоди будь-кого з осіб, що проживають у квартирах, проживання тимчасових мешканців не дозволяється [6].

Термін проживання тимчасових мешканців Цивільним кодексом України не встановлений, однак відповідно до ст. 98 ЖК УРСР, якщо проживання триватиме понад 1,5 місяця, вселення дозволяється за умови, що на кожну особу припадатиме жилої площі не менше рівня середньої забезпеченості громадян в даному населеному пункті. При вселенні на термін до 1,5 місяця розмір жилої площі та кількість тимчасових мешканців, які вселяються, значення не мають [2].

Умовами виселення і проживання тимчасових мешканців є обов'язкове, попереднє повідомлення власника про виселення тимчасових мешканців. Основними ознаками тимчасового проживання є його безоплатність, відсутність самостійного права на користування житлом.

Виселення тимчасових мешканців не обмежено жодними підставами. Тимчасові мешканці зобов'язані звільнити жиле приміщення на першу вимогу без попередження. У разі відмови звільнити жиле приміщення тимчасові мешканці підлягають виселенню в судовому порядку без надання іншого жилого приміщення. До тимчасових мешканців закон відносить опікунів і піклувальників, які мешкають у даному жиллому приміщенні, але за умови, що вони не є членами сім'ї наймача. Тимчасові мешканці самостійного права на жиле приміщення не отримують. У разі припинення договору найму жилого приміщення вони виселяються у встановленому чинним законодавством порядку. Для виселення тимчасових мешканців важливе значення мають підстави, за якими вони вселилися.

Власник майна може звернутися до суду про припинення чинності сервіту у зв'язку з виникненням обставин, які мають істотне значення, наприклад, порушення встановлених умов користування чужим майном. Так, підставою для дострокового розірвання договору про встановлення сервіту можуть бути не тільки дії, пов'язані з руйнуванням або псуванням жилого приміщення, а й невиконання обов'язків щодо проведення поточного ремонту, внаслідок чого приміщення руйнується або псується. Сервітут може бути припинений, якщо користувач використовує жиле приміщення не за призначенням. Підставою для дострокового розірвання договору може бути порушення правил спільного проживання, що робить неможливим проживання для інших в одній квартирі чи будинку, протиправна поведінка особи, яка створює умови для неможливого проживання сусідів. Не можуть бути підставою для дострокового припинення сервіту руйнування або псування жилого приміщення за наявності причин, що не перебувають у причинному зв'язку з діями набувача.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
2. Житловий кодекс України від 30.06.1983 р. № 5464-X // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1983. – № 28.
3. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21. – Ст. 135.
4. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2-х т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – Т. 1. – С. 675.
5. Гаяннич М. К. Житло як об'єкт правовідносин. – К.: НДІ приватного права і підприємництва, 2006. – 56 с.
6. Сімейне право України: Підручник / За ред. В. С. Гопанчука. – К.: Істина, 2002. – С. 117–118.
7. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень: Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51. – Ст. 553.
8. Леонова Г. Б. Категория вещных прав в советском праве // Вестник Московского университета. – Серия 11. – Право. – 1991. – № 5. – С. 5.
9. Ерошенко А. Личная собственность в гражданском праве. – М.: Юридическая литература, 1973. – С. 115–116.
10. Маслов В. Ф. Вопросы общей собственности в судебной практике. – С. 60–61; Халфина Р. О. Право личной собственности. – М., 1964. – С. 69–70.
11. Кобзева Ю. С. Гражданско-правовая охрана прав и законных интересов членов семьи собственника и нанимателя жилого помещения: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – СПб., 2003. – С. 70.
12. Ерошенко А. Личная собственность в гражданском праве. – М.: Юридическая литература, 1973. – С. 91.

ПРОБЛЕМИ ПРОВЕДЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ ПРАВ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Хіміч С. П.,

здобувачка відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

Безумовно, наявність законодавчої бази є головним аспектом, який повинен забезпечити створення та надійне функціонування державної системи реєстрації прав на нерухоме майно. Законодавча база, яка регулює питання державної реєстрації прав на нерухоме майно, складається, передусім, із Цивільного (ст. 331) та Земельного (ст. 125) кодексів, законів України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень», «Про нотаріат» (ст. 34), «Про іпотеку» (ст. 4), постанови Кабінету Міністрів України «Про порядок ведення державного земельного кадастру», «Інструкції про порядок державної реєстрації права власності на об'єкти нерухомого майна, що перебувають у власності юридичних і фізичних осіб», «Положення про Єдиний державний реєстр для реєстрації заборон відчуження об'єктів нерухомого майна» та інших нормативно-правових актів.

Державний реєстр прав на нерухоме майно та їх обмежень являє собою єдину державну інформаційну систему, яка містить відомості про речові права на нерухоме майно, їх обмеження, суб'єктів речових прав, технічні характеристики об'єктів нерухомого майна (будівель, споруд тощо), кадастровий план земельної ділянки, а також відомості про правочини, вчинені щодо таких об'єктів нерухомого майна.

Отже, можна вважати, що однією з головних проблем реєстрації прав на нерухоме майно в Україні є те, що на сьогодні фактично відсутня цілісна автоматизована система реєстрації прав на нерухоме майно.

Метою цієї статті є дослідження проблем щодо проведення державної реєстрації прав на нерухоме майно за законодавством України.

Зазначимо, що окремі питання, які стосуються реєстрації об'єктів нерухомості, частково розглядалися у працях таких учених: І. В. Спасибо-Фатеевої, М. К. Галлянтича, О. В. Дзери, В. І. Дрішлюка, Г. І. Коваленка, Є. О. Мічуріна, І. В. Бандурки, Н. А. Саніахметової, Є. О. Харитоновна, С. О. Сліпченко та ін.

Реєстрація прав на різноманітні об'єкти нерухомого майна в Україні здійснюється різними органами і в різних базах даних. Так, скажімо, реєстрацію прав на земельні ділянки здійснюють органи з питань земельних ресурсів, реєстрацію прав власності на нерухоме майно, що розміщується на земельних ділянках, проводять бюро технічної інвентаризації (БТІ), реєстрацію заборон та арештів на відчуження об'єктів нерухомого майна, іпотеку нерухомого майна здійснюють нотаріуси.

На сьогодні згідно із чинним законодавством України державна реєстрація здійснюється в трьох напрямках:

- 1) нотаріусами України: державна реєстрація правочинів;
- 2) органами БТІ: державна реєстрація права власності на об'єкти нерухомого майна;

- 3) місцевими відділеннями центру державного земельного кадастру: державна реєстрація речових прав на нерухоме майно та їх обмежень: право власності на нерухоме майно; речові права на чуже нерухоме майно (право володіння; право користування (сервітут); право постійного користування земельною ділянкою; право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис); право забудови земельної ділянки (суперфіцій); право користування нерухомим майном строком більш як один рік).

Отже, розглянемо детальніше кожен із трьох напрямів.

По-перше, *нотаріуси* України приймають документи, які підтверджують право власності на об'єкти нерухомого майна (п. 62 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Мін'юсту України від 03.03.2004 р. № 20/5). По-друге, нотаріально засвідчують документи, які підлягають державній реєстрації (згідно з п. 5 Тимчасового порядку державної реєстрації правочинів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 26.05.2004 р. № 671): договір купівлі-продажу, міни земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна; договір довічного утримання (стосовно нерухомого майна); договір дарування нерухомого майна; договір про передачу нерухомого майна під виплату ренти; договір управління нерухомим майном; договір найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх частини), укладений на строк не менше ніж один рік та ін.

Реєстрації підлягають лише правочини, хоча в базі даних Державного реєстру правочинів ми знаходимо і такі документи, які до правочинів не відносяться: свідоцтво про право на спадщину, свідоцтво про придбання нерухомого майна з прилюдних торгів, а також деякі правочини, державна реєстрація яких не передбачена законом – договір щодо розподілу спадкового майна, договір стосовно розподілу спільного майна подружжя.

Відповідно до ст. 202 ЦК України «правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків». У ст. 11 ЦК України встановлено підстави виникнення цивільних прав та обов'язків: 1) договори та інші правочини; 2) інші юридичні факти. Дія особи щодо набуття цивільних прав за правочином має бути підкріплена підписом цієї особи, тобто правочин має бути підписано, чого ми не бачимо в офіційних свідоцтвах (про право на спадщину, про придбання нерухомого майна з прилюдних торгів). В даному випадку можна говорити про виникнення цивільних прав та обов'язків на підставі «інших юридичних фактів».

Державній реєстрації *органами технічної інвентаризації* підлягають документи, на підставі яких сьогодні проводиться реєстрація прав власності на об'єкти неру-

хомого майна (згідно з Додатком 1 до п. 2.1. Тимчасового положення про порядок державної реєстрації прав власності на нерухоме майно, затвердженого Наказом Мін'юсту України від 28.01.2003 р. № 66/7387). Отже, державній реєстрації підлягають договори, за якими передбачається перехід права власності: купівлі-продажу, міни, дарування, довічного утримання, лізингу, іпотеки тощо.

Місцевими органами державної реєстрації прав – відділеннями центру державного земельного кадастру в реєстраційних (кадастрових) округах: міста Київ та Севастополь, місто обласного підпорядкування, район – реєструють документи, що посвідчують виникнення, перехід, припинення речових прав на нерухоме майно, обмеження цих прав (згідно зі ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 01.07.2004 р. № 1952).

Щодо розглянутих вище елементів державної реєстрації прав на нерухоме майно можна констатувати, що в Україні на сьогодні не склалася єдина система реєстрації прав на нерухоме майно. Так, реєстрацію прав власності на землю, права користування землею і договорів оренди землі здійснюють відповідно до ЗК України сільські, селищні, міські Ради. Згідно із ч. 2 ст. 227 ЦК України договір купівлі-продажу жилого будинку підлягає реєстрації у виконавчому комітеті місцевої Ради, а відповідно до ст. 15 Закону України «Про товарну біржу» біржова угода вважається укладеною з моменту її реєстрації на біржі, що, в свою чергу, не виключає потім реєстрації, якщо це договір купівлі-продажу жилого будинку, у виконкомі. В органі нотаріату ми можемо дізнатися про наявність встановлених заборон на нерухоме майно. Із цього переліку очевидний безсистемний і фрагментарний характер існуючої реєстрації. Реєструються лише правовстановлюючі документи та певні техніко-економічні характеристики нерухомості. Не здійснюється перевірка реального правового статусу майна та врахування усіх прав щодо нього, а також встановлених обтяжень. Не існує накопичення єдиної інформаційної бази та взаємозв'язку між даними реєстраціями, відсутня взаємна координація. Найважливішим є те, що за змістом існуючі форми реєстрації не спрямовані на захист прав власників, користувачів, кредиторів в умовах конкурентних ринкових відносин. Створення єдиної уніфікованої системи державної реєстрації прав на нерухоме майно надасть змогу забезпечити: реєстрацію всіх прав на нерухоме майно; ефективний облік та прозорість, швидкість укладення угод з нерухомим майном; безпеку кредитів та розвиток інвестиційної діяльності; моніторинг ринку нерухомого майна; підтримку гарантій прав на нерухоме майно та встановлених щодо них обтяжень; підтримку оподаткування нерухомого майна і підвищення ефективності податкової політики.

Згідно із Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» державна реєстрація прав на нерухоме майно – це офіційне визнання і підтвердження державою виникнення, обмеження, переходу або припинення прав на нерухоме майно, яке супроводжується внесенням відповідного запису до Державного реєстру прав на нерухоме майно, який являє собою інформаційну систему

відомостей про права, об'єкти та суб'єкти прав на нерухоме майно і, головне, що держава гарантує достовірність зареєстрованих прав.

Державній реєстрації підлягають: право власності, обмежені речові права (сервітути, емфітевзис, суперфіцій, узуфрукт, право користування строком більше трьох років, довічне управління майном, іпотека та інші речові права, віднесені законом до таких), за винятком прав на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти. Обмежені речові права реєструються після реєстрації права власності на це майно. Не підлягають обов'язковій державній реєстрації право власності, обмежені речові права на нерухоме майно, що перебуває у державній та комунальній власності. Право власності, обмежені речові права на нерухоме майно, що перебуває у державній та комунальній власності, можуть бути зареєстровані за рішенням органу, уповноваженого управляти цим майном. Права, які підлягають обов'язковій державній реєстрації, виникають з моменту такої реєстрації. Права на нерухоме майно, які не підлягають обов'язковій державній реєстрації, виникають з моменту укладення договору, якщо інше не передбачено договором або законом, проте зареєстровані права мають пріоритет над незареєстрованими. З метою забезпечення повноти реєстрації, уникнення укладання правочинів щодо майна, яке не може бути предметом правочину, а також надання можливості сторонам оцінити свої комерційні ризики при укладанні відповідних правочинів запроваджено обов'язкову державну реєстрацію обмежень, наслідком яких є заборони щодо розпорядження нерухомим майном шляхом його відчуження, а саме: ухвали суду про забезпечення позову; рішення суду про звернення стягнення на нерухоме майно; рішення суду про оголошення банкрутом; постанови органів попереднього слідства про накладення арешту на нерухоме майно; вироки суду, в яких передбачена конфіскація нерухомого майна; накладення заборони відчуження нерухомого майна посадовою особою виконавчого комітету сільської, селищної, міської ради у населених пунктах, де немає нотаріусів.

Невід'ємною частиною Державного реєстру прав на нерухоме майно є база даних реєстрації заяв та запитів і реєстраційна справа, в якій, зокрема, зберігаються копії правовстановлюючих документів. У разі виявлення невідповідності запису в Державному реєстрі прав на нерухоме майно правовстановлюючому документу пріоритету немає. Дуже важливим принципом побудови системи реєстрації прав на нерухоме майно є доступність, прозорість і гласність відомостей, які містяться в Державному реєстрі. Тобто кожний зможе отримати витяг з реєстру з вищевказаною інформацією. Джерелами інформації для функціонування Державного реєстру прав на нерухоме майно є дані державного земельного та містовуdivного кадастрів, Державного картографо-геодезичного фонду України та інші офіційні джерела інформації.

Тому пропонуємо створити окрему приватну організацію, яка буде об'єднувати в собі всі установи, що на сьогодні виконують функції щодо реєстрації нерухомого майна. Адже організаціями та установами, які причетні до тих чи інших аспектів сучасної недоскона-

лої реєстраційної діяльності, є місцеві ради та їх виконавчі комітети, місцеві земельпорядні органи Держкомзему України, обласні, міжміські, міські і районні БТІ, представництва і регіональні відділення Фонду державного майна України, нотаріальні органи. Аналіз процесу реєстрації свідчить, що механічне перетворення їх на державну систему реєстрації прав, навіть за умов серйозного реформування, неможливе.

Так, земельпорядні органи на місцях являються елементами єдиної системи державних органів земельних ресурсів, завданнями якої є реалізація державної політики з проведення земельної реформи, контроль за використанням і охороною земель, землеустрій, ведення державного земельного кадастру тощо.

Бюро технічної інвентаризації є госпрозрахунковими комунальними підприємствами (а деякі з них, за повідомленням Держбуду, належать до колективної форми власності), створеними для технічної інвентаризації та обліку житлових та нежитлових будинків і споруд у населених пунктах. До сфери діяльності БТІ не входять питання обліку земель сільських населених пунктів, у тому числі сільськогосподарських земель. Як земельпорядні органи, так і БТІ не мають кадрів, які відповідали б вимогам, передбаченим розробленими документами. Їх підготовка потребуватиме значних витрат коштів незалежно від того, який буде обрано варіант інституційної бази. Так, при створенні комп'ютеризованого державного реєстру прав на нерухоме майно дуже важливого значення набувають питання створення спеціальних програмних засобів, які забезпечуватимуть захист та безпеку інформації.

Досвід країн з розвинутими ринковими відносинами свідчить, що цілісна, стабільна та постійно діюча автоматизована система реєстрації прав на нерухоме майно є одним з головних елементів механізму регулювання майнових правовідносин. Так, у Європі існує таке поняття як «середньоевропейський тип» обліку нерухомості, яке поширене в Німеччині, Угорщині, Польщі, Швейцарії, подібна система існує також в Нідерландах, скандинавських країнах, Іспанії, Греції та Туреччині [5]. Для «середньоевропейського типу» характерний, перш за все, «принцип головної книги», тобто важливі для речового права записи, зібрані у короткій формі в головній книзі, документи – в «зібранні документів». Перевага цього принципу, безумовно, не залежить від будь-яких додаткових умов чи обмежень. Однак слід зазначити, що така високорозвинута система як середньоевропейська система поземельної книги, може функціонувати лише у тісному контакті з організаційними, методико-правовими та матеріально-правовими засобами безпеки. Однобічне виділення будь-якого одного принципу (наприклад, принципу публічної довіри) без достатніх формальних підстав для реєстрації може призвести до фатальних наслідків.

Що стосується порядку реєстрації, то він не складний. Державна реєстрація прав на нерухоме майно проводиться на підставі заяви правоволодільця, сторін (сторони) договору, за яким виникло право, або, належним чином, уповноважених ним осіб, документа про сплату державного мита та правостановлюючого документа. Державна реєстрація прав на нерухоме майно

проводиться в 10-денний термін, а державна реєстрація прав на нерухоме майно, які не підлягають обов'язковій державній реєстрації, або правостановлюючі документи, що не підлягають обов'язковому нотаріальному посвідченню, – в 20-денний термін. Державна реєстрація обмежень проводиться протягом одного року. Після розгляду всіх документів реєстратор виносить рішення про державну реєстрацію, про відмову або призупинення державної реєстрації прав на нерухоме майно, яке скріплюється печаткою та підписом. Відмова в державній реєстрації можлива лише в разі коли: заявлене право не є таким, що підлягає реєстрації відповідно до Закону про державну реєстрацію; нерухоме майно або більша його частина знаходиться в іншому реєстраційному окрузі; із заявою про реєстрацію прав на нерухоме майно звернулася особа, яка не може бути заявником відповідно до Закону про державну реєстрацію; подані документи не відповідають вимогам, встановленим цим Законом та іншими актами законодавства; заявлене право вже зареєстровано.

Про відмову в державній реєстрації реєстратор повідомляє заявника письмово. Для відшкодування збитків, завданих з вини органу, який здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно, створюється компенсаційний фонд, положення про який затверджується Кабінетом Міністрів України. Компенсаційний фонд формується за рахунок відрахувань трьох відсотків коштів суми реєстраційного збору за державну реєстрацію обтяжень та надання інформації щодо зареєстрованих прав і встановлених щодо них обтяжень. Кошти Компенсаційного фонду зараховуються на спеціальний окремий рахунок Агентства з реєстрації прав на нерухоме майно і витрачаються виключно на відшкодування збитків, завданих з вини органу, який здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно. Права на нерухоме майно будуть підлягати державній реєстрації в державному реєстрі через два роки з дня офіційного опублікування, за ці два роки пропонується створити систему державної реєстрації прав на нерухоме майно. При цьому права, які виникли до створення державної системи реєстрації прав на нерухоме майно, визнаються державою і тому не передбачається повальної реєстрації всіх існуючих на момент створення системи прав.

Виходячи з вищевикладеного, можна дійти висновку, що системний підхід до зазначеного процесу відсутній, наявна розрізненість автоматизованих баз даних, що адмініструються різними суб'єктами.

Зрозуміло, що реєстратори прав повинні бути висококваліфікованими юристами, а сама реєстрація – здійснюватися в одній автоматизованій базі даних.

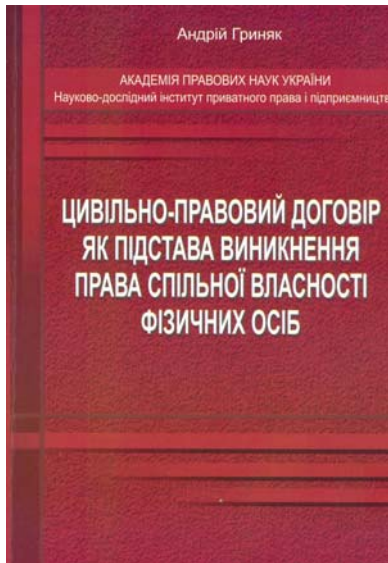
Таким чином, відповідно до проведеного нами дослідження можна зробити такий висновок. Враховуючи, що реалізація державної правової політики покладається на Міністерство юстиції України і під його егідою вже створено 15 Єдиних та Державних реєстрів інформаційної мережі Міністерства юстиції України, які містять більшість основних компонентів так і не створеного Державного реєстру прав, вважаємо, що найшвидше і найрезультативніше впровадження єдиної системи реєстрації речових прав в Україні можливе

шляхом покладення на законодавчому рівні на Міністерство юстиції України повноважень щодо державної реєстрації прав та створення єдиної системи державної реєстрації прав на нерухоме майно.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України*: Науково-практичний коментар: У 2-х ч. / За ред. Я. М. Шевченко. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – Ч. 1. – 692 с.
 2. *Земельний кодекс України*: Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. І. Семчика. – К.: «Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. – С. 456.
 3. *Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень»* від 01. 07. 2004 р. № 1952-IV.

4. *Спасибо-Фатеева І. В.* Цивільне право України: У 2-х т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 1. – С. 324–332.
 5. *Перспективи вдосконалення законодавства України та європейська практика в питаннях*: Матеріали семінару. – К., 1999. – 22–24 лютого.
 6. *Сліпченко С. О., Мічурін Є. О., Соболев О. В.* Житлове право України: науково-практичний посібник. – Х., 2003. – С. 89–105.
 7. *Кулініч П.* Правові аспекти становлення державної реєстрації прав на нерухомість в Україні // *Юридична газета*. – 2006, 31 травня. – № 10.
 8. *Проблеми реєстрації прав на нерухоме майно в Україні* // *Науково-практичний журнал Української нотаріальної палати «Нотаріат для вас»*. – 2007, липень-серпень. – № 7–8.
 9. *Яковлев О.* Реєстрація речових прав на нерухоме майно: що? де? коли? // *Юридична газета*. – 2004, 28 вересня. – № 18.

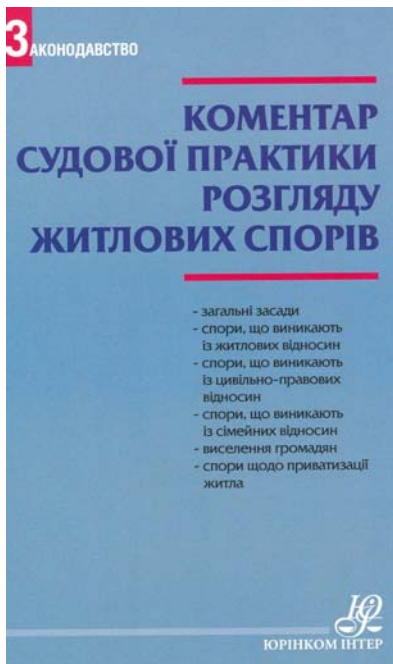


Гриняк Андрій Богданович

Цивільно-правовий договір як підстава виникнення права спільної власності фізичних осіб / Монографія. – Тернопіль, Підручники і посібники. – 2008. – 176 с.

У монографії на основі норм чинного законодавства здійснено теоретичне дослідження правового регулювання договірних відносин, пов'язаних із набуттям фізичними особами права спільної власності на майно, з'ясовано сутність права спільної власності в контексті сучасного цивільного та сімейного законодавства, досліджено підстави її виникнення. Проведено дослідження місця та ролі цивільно-правового договору серед підстав виникнення права спільної власності, аналізуються умови дійсності договорів за участю у них фізичних осіб. Розгляд питань теорії тісно поєднаний з аналізом практики судів України, що надає цій роботі практичного значення.

У книзі викладені пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства та практики його застосування із зазначеної тематики. Видання розраховане на науковців, аспірантів, студентів юридичних вузів та всіх тих, хто цікавиться актуальними питаннями цивільного та сімейного права України.



Коментар судової практики розгляду житлових спорів / За ред. М. К. Галянтича; упорядники: М. К. Галянтич, А. І. Дрішлюк, Л. Г. Лічман, В. М. Махінчук. – 2-е вид., перероб. і допов. – К. Юрінком Інтер. – 2008. – 416 с.

У другому виданні Коментаря на основі практичної правозастосовчої діяльності, що складається у житловій сфері, викладаються систематизовані правові позиції щодо застосування окремих норм житлового законодавства. Подається порівняльний аналіз сучасних правових норм і норм житлового законодавства, що були прийняті у різний час. Виходячи із сутності правових норм, наводяться шляхи їх практичного застосування з урахуванням постанов вищих судових інстанцій, рішень по конкретних справах судів усіх рівнів. Узагальнено значний досвід застосування зазначених норм. Видання доповнено судовими справами за 2006–2007 роки. Розраховане на широке коло спеціалістів у сфері житлового права: науковців, адвокатів, нотаріусів, інших практикуючих юристів та інших громадян, які цікавляться практикою застосування житлового законодавства в Україні.

ЛЕГАЛЬНЕ ПІДПРИЄМНИЦТВО ЯК ФУНДАМЕНТАЛЬНА ОСНОВА КОНСТИТУЦІЙНОГО ЛАДУ УКРАЇНИ

Кампо В. М.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
провідний науковий співробітник
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України,
заслужений юрист України*

Ковтунець В. В.,

*кандидат фізико-математичних наук,
доцент Національної академії управління,
народний депутат України II скликання,
експерт з виборчого права*

Крупчан О. Д.,

*член-кореспондент АПрН України,
директор НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

Соколова В. В.,

*магістр права,
здобувач Інституту законодавства Верховної Ради України,
суддя Солом'янського районного суду м. Києва*

1. Конституція України, конституційний лад і легальне підприємництво

Свого часу Томас Джефферсон сказав: «Не просіть у Бога того, що може дати конституція». Демократична конституція, зокрема, звільняє громадянське суспільство від тотального державного контролю та робить громадян вільними й рівноправними; вона забезпечує кожному право на заняття будь-якою підприємницькою діяльністю з метою власного добробуту.

Як система легальних суспільних відносин, що регулюються, гарантуються та охороняються Конституцією України, її політичними, соціальними і правовими інститутами, підприємництво є однією з фундаментальних засад демократичного конституційного ладу в Україні. Право на підприємницьку діяльність у взаємозв'язку із правом приватної власності фізичних та юридичних осіб становить правову основу ринкової економіки. Соціальну основу цієї економіки становить легальне підприємництво, насамперед, мале й середнє.

Визначати і змінювати конституційний лад, що базується, зокрема, на засадах ринкової економіки, є виключним правом Українського народу, яке не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Економічну основу народовладдя складають об'єкти його права власності: земля, її надра, атмосферне повітря, водні та інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її територіального шельфу, виключної (морської) економічної зони. Від імені Українського народу права власника на ці об'єкти здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування в межах, визначених Конституцією та встановлених законами України (ст. 13, 92 Основного Закону держави).

Кожен громадянин має право користуватися природними об'єктами права власності Українського народу відповідно до закону. Право власності на землю набувається і реалізується громадянами, юридичними

особами та державою виключно відповідно до закону.

На практиці реалізації конституційних засад ринкової економіки та пріоритетного розвитку малого й середнього підприємництва як рушійної сили соціально-економічного прогресу постійно чиниться опір певних антиринкових та корумпованих сил, які підривають довіру громадян до підприємництва, підживлюють серед них правовий нігілізм та радикальний популізм тощо. В основі конфлікту інтересів лежить намагання цих сил стримувати розвиток легального підприємництва та використовувати тіньову економіку у своїх вузькокорпоративних інтересах.

Щоб подолати недоліки в реалізації конституційних засад ринкової економіки, насамперед, необхідно звільнити підприємництво від «опіки» з боку державних чиновників і харизматичних партійних лідерів та перетворити його на консолідований суспільний інститут, що працює на загальнонаціональні економічні інтереси. Для консолідованого розвитку підприємству потрібні ефективні державні гарантії: правові, економічні, політичні тощо, які забезпечать його незалежність від чиновницького (на рівні малого і середнього бізнесу) та партійного (переважно на рівні великого бізнесу) патерналізму. Тільки за таких умов підприємництво зможе виконати покладену на нього історичну місію: бути фундаментальною основою діючого конституційного ладу.

Україну проголошено демократичною, соціальною, правовою державою, в якій забезпечується захист права власності та інших прав суб'єктів господарювання (підприємництва), соціальна спрямованість багатокладної економіки тощо (ст. 1, 13, 42 Конституції України). Тому підприємницька діяльність обумовлює важливі зобов'язання її суб'єктів перед суспільством та державою. Підприємництво, як правило, пов'язане з використанням найманої праці, а тому підприємець (приватне підприємство) зобов'язаний виконувати вимоги ст. 43, 44, 45, 54 Конституції України щодо забезпечення найманим працівникам: належних, тобто без-

печних, здорових і т. д. умов праці; заробітної плати, не нижчої від визначеної законом; права на страйк для захисту їх економічних і соціальних інтересів; права працівників на відпочинок; права на результати інтелектуальної, творчої діяльності. Дотримання цих норм є запорукою здійснення підприємництвом найвищої конституційної мети: забезпечення переважного розвитку соціального капіталу, тобто людського ресурсу. Держава має виступати гарантом дотримання конституційних прав найманих працівників та їх соціального розвитку.

Право громадян на підприємницьку діяльність, його гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави у сфері підприємництва, а тому вона відповідає перед споживачами та суб'єктами господарювання за свою діяльність у цій сфері. Утвердження і забезпечення права громадян на підприємницьку діяльність – поряд з іншими їх правами і свободами – є головним обов'язком держави.

Конституція України закріплює принцип економічної багатоманітності (ч. 1 ст. 15), який держава впроваджує в системі економічних відносин; вона також забезпечує захист конкуренції та обмеження монополізму в економічній сфері, встановлює рівноправність у функціонуванні та правовому захисті всіх форм власності. До найважливіших економічних функцій держави ч. 1 ст. 17 Конституції України відносить забезпечення економічної безпеки.

Отже, Основний Закон закріплює необхідні правові, соціальні та інші передумови для забезпечення сталого і висхідного розвитку легального підприємництва.

Належне забезпечення ринкових засад є одним із найважливіших завдань держави. В умовах прискореної глобалізації та світової економічної кризи активно поширюються ідеї про падіння ролі національних держав в економічних процесах. Проте з досвіду розвинутих країн можна стверджувати, що вільне та високоефективне підприємництво, в першу чергу малий і середній бізнес, можуть реально функціонувати лише за належної державної підтримки.

2. Законодавчі засади реалізації державної політики у сфері підприємництва

Конституційне право громадян на підприємницьку діяльність фактично базується на свободі підприємницької діяльності, тобто на реальній можливості здійснення особою на власний розсуд і ризик та з метою одержання прибутку господарської діяльності, не забороненої законом. Оскільки термін «свобода підприємницької діяльності» міститься в установчих договорах Європейського Союзу, то його необхідно адаптувати до завдань розвитку українського законодавства з питань підприємництва.

Законодавче забезпечення розвитку підприємництва та реалізації конституційного права громадян на підприємницьку діяльність становить основний зміст державної політики в сфері підприємництва. У ході підприємницької діяльності її суб'єкти також реалізують й інші конституційні права громадян, які на практиці потребують законодавчого регулювання. З урахуванням засад державної політики в сфері підприємництва йдеться про права громадян, що стосуються:

– користування природними об'єктами права власності народу (ч. 1 ст. 13 Конституції України);

– державного захисту прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальної спрямованості економіки (ч. 4 ст. 13 Конституції України);

– володіння, користування, розпорядження кожним своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ст. 41 Конституції України);

– праці громадян (ст. 43 Конституції України);

– страйків громадян для захисту своїх економічних і соціальних інтересів (ст. 44 Конституції України);

– відпочинку громадян (ст. 45 Конституції України) та інших їх прав.

Реалізація конституційного права громадян на підприємницьку діяльність та пов'язаних з ним інших прав громадян є складним явищем, а тому механізми цієї реалізації є предметами правового регулювання різних галузей права. Відповідні положення щодо механізмів реалізації цих прав громадян містяться в Конституції України, Цивільному та Господарському кодексах, в багатьох інших нормативних актах.

Конституція України покладає на Верховну Раду України як єдиний орган законодавчої влади створення законодавчих передумов для розвитку підприємництва та реалізації права громадян на підприємницьку діяльність (ст. 85, 92). З цією метою парламент регулює питання щодо:

– затвердження Державного бюджету України та внесення змін до нього, контролю за виконанням Державного бюджету України, прийняття рішення щодо звіту про його виконання;

– затвердження загальнодержавних програм економічного, науково-технічного, соціального, національно-культурного розвитку, охорони довкілля;

– затвердження рішень про надання Україною позик і економічної допомоги іноземним державам та міжнародним організаціям, а також про одержання Україною від іноземних держав, банків і міжнародних фінансових організацій позик, не передбачених Державним бюджетом України, здійснення контролю за їх використанням;

– затвердження переліку об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації, визначення правових засад вилучення об'єктів права приватної власності тощо.

Виключно законами в Україні визначаються положення, що прямо чи опосередковано мають значення для правового регулювання відносин у сфері підприємництва і стосуються:

– прав і свобод людини і громадянина, гарантій цих прав і свобод; основних обов'язків;

– громадянства, правосуб'єктності громадян, статусу іноземців та осіб без громадянства;

– засад використання природних ресурсів, виключної (морської) економічної зони, континентального шельфу, освоєння космічного простору, організації та експлуатації енергосистем, транспорту і зв'язку;

– основ соціального захисту, засад регулювання праці і зайнятості, охорони здоров'я, екологічної безпеки;

– правового режиму власності;

- правових засад і гарантій підприємництва; правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання;
- засад зовнішніх зносин, зовнішньоекономічної діяльності, митної справи;
- організації і діяльності органів виконавчої влади, основ державної служби, організації державної статистики та інформатики;
- судоустрою, судочинства, статусу суддів, засад судової експертизи, організації і діяльності прокуратури, органів дізнання і слідства, нотаріату, органів і установ виконання покарань; основ організації та діяльності адвокатури;

- засад місцевого самоврядування;
- організації і порядку діяльності Верховної Ради України, статусу народних депутатів України;
- засад цивільно-правової відповідальності; діянь, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальності за їх скоєння.

Відповідно до правових позицій Конституційного Суду України парламент не має права делегувати свої виключні законодавчі повноваження в сфері підприємництва, зокрема уряду. Між тим таке делегування в умовах сучасного парламентаризму є необхідним елементом системи стримувань і противаг та здійснення економічних реформ. Але це питання в Україні може бути вирішено лише в ході наступної конституційної реформи.

Передбачене Конституцією України законодавче забезпечення підприємництва та права громадян на підприємницьку діяльність реалізується в чинному законодавстві без належної системності. Тому законодавство про підприємництво є недосконалим, суперечливим. Зокрема, його необхідно узгодити з відповідними конституційними положеннями (про демократичну, соціальну, правову державу, верховенство права тощо); потрібно також усунути дублювання положень Господарського з Цивільним кодексом України. Крім цього, доцільне укладення пристосованого до вимог світової торгівлі окремого Торговельного кодексу.

3. Президент України і виконавча влада: засади реалізації державної політики в сфері підприємництва

В діяльності Президента України та органів виконавчої влади реалізація державної політики у сфері підприємництва займає особливе місце. Конституція України покладає на ці органи державної влади обов'язок забезпечувати належне виконання Конституції і законів України з питань розвитку підприємництва та реалізації права громадян на підприємницьку діяльність.

Перерозподіл повноважень між Президентом України та Кабінетом Міністрів України за конституційною реформою 2004 року нерідко приводить до конфліктів між ними в питаннях державної політики в сфері підприємництва, що має наслідком виникнення компетенційних спорів тощо і в цілому негативно позначається на реалізації цієї політики.

Протягом 1996–1999 років – відповідно до перехідних положень Конституції України – Президент України мав право видавати укази з неврегульованих законодавчих економічних питань. У цей період Президентом було запроваджено спрощену систему оподаткування для

малого підприємництва, яка і досі служить вагомим фактором його розвитку.

Відомо, що державна регуляторна політика у сфері господарських відносин спрямована на встановлення паритетних відносин між підприємцями та центральними й місцевими органами виконавчої влади, що не є чисто економічним питанням. Унеможливлення видання економічно недоцільних та неефективних виконавчих актів, зменшення втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання та усунення перешкод в їх діяльності є прямим обов'язком глави держави та уряду. Адже це позначається на розвитку підприємництва та реалізації конституційного права громадян на підприємницьку діяльність.

В цих умовах Президент України для підтримки підприємництва та захисту прав підприємців вдається до періодичного зупинення дії актів уряду та наступного звернення до Конституційного Суду України (п. 15 ч. 1 ст. 106 Конституції України). Проте роль гаранта Конституції України покладає на Президента України обов'язок, зокрема, сприяти запровадженню європейських стандартів в українське законодавство про підприємництво шляхом внесення відповідних законопроектів (нового, європейського покоління законодавства) до парламенту та звертатись до Конституційного Суду України із питань неконституційності правових актів у сфері підприємництва. Крім цього, з питань розвитку підприємництва, додержання конституційного права громадян на підприємницьку діяльність, віднесених Конституцією і законами України до повноважень Кабінету Міністрів України, центральних і місцевих органів виконавчої влади, глава держави має заохочувати їх до активної, творчої роботи через організаційно-правові форми взаємодії.

В порядку ст. 116 Конституції України Кабінет Міністрів України – на підставі затвердженої Верховною Радою України Програми діяльності уряду – вживає заходів щодо розвитку підприємництва та забезпечення права громадян на підприємницьку діяльність; для цього спрямовує і координує роботу міністерств, інших органів виконавчої влади тощо. Закон України «Про Кабінет Міністрів України» до компетенції уряду відносить сприяння розвитку підприємництва на засадах рівності перед законом усіх форм власності та забезпечення соціальної спрямованості національної економіки. Уряд має також здійснювати заходи щодо демонополізації та антимонопольного регулювання економіки, розвитку конкуренції та ринкової інфраструктури.

Розвиток підприємництва та додержання конституційного права громадян на підприємницьку діяльність є одними з основних завдань центральних та місцевих органів виконавчої влади. Однак на практиці громадяни мають багато проблем з цими органами через їх бюрократизм, корумпованість, непрофесіоналізм тощо. Для подолання цих та інших недоліків у діяльності центральних і місцевих органів влади у сфері підприємництва потрібна їх модернізація на базі відповідних державних програм. Для покращення захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності в центральних і місцевих органах виконавчої влади законом про звернення громадян необхідно запровадити відкрити юрис-

дикційну процедуру розгляду скарг підприємців, як і інших громадян тощо.

Окремі повноваження місцевих органів виконавчої влади в сфері підприємництва можуть делегуватись сільським, селищним і міським головам, виконавчим органам сільських, селищних, міських, районних (в містах) рад. Тому від місцевого самоврядування багато в чому також залежить розвиток підприємництва та забезпечення права громадян на підприємницьку діяльність, хоча загальний стан справ у самоврядуванні не сприяє реалізації державної політики у цій сфері. З одного боку, при органах місцевого самоврядування створюються громадські ради з цих питань, подекуди запроваджуються посади місцевих омбудсменів для захисту прав підприємців тощо. А, з іншого боку, недоліки в функціонуванні органів місцевого самоврядування такі, що підприємництво і підприємці, особливо малий і середній бізнес, не отримують від них належної підтримки. Для покращення ролі самоврядування в реалізації зазначеної політики необхідні відповідні державні програми.

4. Держава та підприємництво в інформаційному суспільстві

Комп'ютеризація економічного, соціального і політичного життя в Україні є основним засобом утвердження інформаційного суспільства¹, в якому між державою і підприємництвом виникають нові правові проблеми. Це суспільство виникає на ґрунті реалізації конституційного права громадян на інформацію, здійснення якого згідно з Конституцією України може бути обмеженим законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя (ч. 3 ст. 34).

В інформаційному суспільстві технології інформаційних обмінів створюють нові можливості для соціально-економічного розвитку суспільства і разом з тим породжують досить складні проблеми правового регулювання. Зокрема, інформаційні технології створюють якісно нові умови для здійснення конституційних прав і свобод громадян:

- свободи думки і слова, права на вільне вираження своїх поглядів і переконань;
- права вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на власний вибір;
- права брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнських і місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраним до органів державної влади та органів місцевого самоврядування;
- інших прав і свобод громадян.

В інформаційному суспільстві одним із напрямів технологічного розвитку є електронне підприємництво (е-бізнес). Використання технологій електронного підприємництва спрощує відкриття особою власного бізнесу, полегшує доступ до ринків: місцевого, регіонального, національного та глобального. Тому запровадження електронного бізнесу дає змогу громадянам ширше використовувати конституційне право на підприємницьку діяльність.

Технології електронного бізнесу у сфері підприємницької діяльності базуються на раніше зазначених конституційних положеннях. Ці технології усувають низку формальних перешкод для ведення бізнесу, які традиційно існують в Україні. Однак правове регулювання ведення електронного бізнесу є незадовільним. З одного боку, законодавство України про електронний підпис, про електронні документи, про інформацію, про захист прав споживачів, про рекламу загалом створює правове поле, в якому розвиток електронного підприємництва можливий. А, з іншого боку, електронному підприємництву в Україні приділяється недостатньо уваги. Назване вище законодавство не зорієнтоване на масове застосування технологій електронного підприємництва, містить норми, які допускають неоднозначне застосування його положень і т. д. Крім цього, законопроекти з питань оподаткування та підприємництва, які розробляються, наприклад, урядом, нерідко обмежують права електронного бізнесу, ставлять його у нерівне становище з неелектронним підприємництвом.

В Україні також незадовільно регулюються питання інформаційної безпеки, в тому числі і в сфері електронного підприємництва. Правові норми в цій сфері нерідко суперечать конституційним гарантіям прав людини і громадянина. Потребують законодавчого регулювання – відповідно до нових технологічних умов – також і питання реклами, авторського права, оподаткування, міжнародної торгівлі тощо. Сьогодні особливо важливо законодавчо врегулювати й питання захисту прав споживачів в дистанційних транзакціях з урахуванням вимог Конституції України і нормативно-правових документів Ради Європи та ЄС.

Все це має сприяти підвищенню конкурентоспроможності українського підприємництва та його авторитету в зарубіжних, в тому числі й розвинутих країнах. На жаль, низька культура електронного підприємництва в Україні всередині держави стримує його вихід на міжнародні ринки. Держава повинна подбати про підвищення правового, інформаційного і т. д. рівня українського електронного бізнесу.

Вищевикладене вказує на необхідність прийняття окремої Державної програми розвитку в Україні ефект-

¹ *Детальніше* про концепцію інформаційного суспільства див.: Тоффлер Е. Треть Хвиля / Андрій Євса (пер.з англ.). – К.: Видавничий дім «Всесвіт», 2000. – 475 с.; Тоффлер Е. Нова пара-дигма влади: Знання, багатство й сила / Наталка Бордукова (пер.з англ.). – Х.: Акта, 2003. – 688 с.; Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество. Опыт социального прогнозирования / В. Л. Иноземцев (пер. с англ.). – М.: Academia, 1999. – 787 с.; Окінавська хартія глобального інформаційного суспільства від 22 липня 2000 року // <http://www.e-ukraine.biz/ukraine7.html>; Меморандум про взаєморозуміння між Генеральним директором з питань інформаційного суспільства Європейської комісії та Державним комітетом зв'язку та інформатизації України щодо розвитку Інформаційного суспільства від 14 вересня 2000 року // <http://www.e-ukraine.biz/ukraine8.html>.

ронного підприємництва, приміром, на 2009–2015 роки, в якій слід врахувати як практику розвитку електронного підприємництва в країнах Європейського Союзу, США, Китаю, так і вітчизняний досвід у цій сфері.

5. Судові гарантії захисту права громадян на підприємницьку діяльність

Конституція України містить достатньо широкі гарантії судового захисту права громадян на підприємницьку діяльність, які базуються на таких засадах:

- правової держави і верховенства права (ст. 1 і 8);
- пріоритетності прав людини (ст. 3);
- поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову (ст. 6);
- державного захисту прав усіх суб'єктів права власності і господарювання (ст. 13);
- рівності прав громадян та їх невідчужуваності (ст. 21; 24);
- судового захисту прав і свобод людини і громадянина (ст. 55);
- здійснення правосуддя виключно Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції (ст. 124) тощо.

Судові гарантії забезпечують громадянам, зайнятим підприємницькою діяльністю, захист їх прав і законних інтересів від посягань з боку органів і посадових осіб державної влади, місцевого самоврядування, фізичних та юридичних осіб приватного права.

У ч. 2 ст. 8 Конституції України визначено базові правові гарантії права громадян на підприємницьку діяльність: положення Основного Закону є нормами прямої дії, а звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується. Це конституційне право громадян не може бути скасованим (ч. 2 ст. 22 Конституції України).

Відповідно до ч. 1 ст. 55 Конституції України право (свобода) підприємницької діяльності громадян захищається судом. Громадянин має право безперешкодно звертатися до суду за захистом свого права на підприємницьку діяльність. Відповідно до правових позицій Конституційного Суду України судові оскарження не позбавляє осіб права оскарження актів, дій чи бездіяльності органів і посадових осіб влади, зокрема, в порядку їх підлеглості (позасудове оскарження). Тому суб'єкти права на підприємницьку діяльність завжди можуть звертатися до органів державної влади (парламенту, глави держави, уряду і т. д.), які відповідно до їх повноважень також забезпечують захист цього права.

Сьогодні особливо проблематичним є судовий механізм захисту прав і свобод громадян: судова система не тільки бюрократизована, але й обмежує доступ громадян до правосуддя. Тому Конституційний Суд України необхідно наділити правом розглядати конституційні скарги громадян, що суттєво покращило б і захист права громадян на підприємницьку діяльність, як й інших прав.

Конституція України гарантує досудові механізми захисту конституційного права громадян на підприємницьку діяльність, які можуть бути визначені як «гро-

мадське (альтернативне) судочинство». Це «судачинство» є сукупністю громадських (недержавних) інституцій, які розглядають господарські спори між підприємцями за їх згодою та відповідно до закону (наприклад, третейські суди). Держава повинна вдосконалювати діяльність існуючих третейських судів та в міру необхідності запроваджувати нові види громадського судочинства в сфері підприємництва, зокрема такі, як приватне судочинство або медіацію.

Аналіз судової практики вказує на те, що судовий захист права громадян на підприємницьку діяльність потребує реформування. Це реформування, насамперед, повинно втілювати ідеї участі народу в правосудді, зокрема, через заснування інституту мирових суддів, відомих в Україні ще в часи Російської імперії (Судове уложення 1864 р.), та ширше впровадження верховенства права. Мирові судді, обрані населенням або місцевими радами, могли б розглядати дрібні цивільні, адміністративні й кримінальні справи та ефективно захищати права й законні інтереси, зокрема, малих і середніх підприємців, які сьогодні особливо страждають від посягань на свої права з боку чиновників, рейдерів і кримінальних елементів¹.

Держава повинна подбати про універсальне застосування принципу верховенства права у практиці судового і досудового захисту права громадян на підприємницьку діяльність. Будь-яке обмеження даного принципу в судовій чи досудовій практиці має тягнути за собою відповідальність винних осіб.

Таким чином, судовий захист права громадян на підприємницьку діяльність необхідно посилити шляхом запровадження інститутів конституційної скарги громадян і мирових суддів, універсального застосування принципу верховенства права, а досудовий захист – через вдосконалення і розвиток його інститутів.

6. Модернізація конституційного ладу та регальне підприємництво

Україна живе очікуваннями демократичної конституційної реформи, яка, очевидно, повинна закласти й деякі нові положення та ідеологеми щодо конституційного ладу держави. Насамперед, йдеться про те, що оновлений лад повинен закріпити побудову в Україні суспільства загального благоденства, в якому підприємництво займе гідне місце.

Новий конституційний лад може утвердитись лише завдяки активному конституціоналізму, тобто заохоченню як влади, так і громадян до активної реалізації відповідно – конституційних повноважень і конституційних прав. Це може сприяти виходу з нинішньої кризової ситуації, що склалася в економіці держави. Для такого виходу з кризи має бути задіяна така система цінностей:

¹ Про перспективи впровадження інституту мирових суддів детальніше див.: Кампо В. М. Мирові судді та громадські мирові судді в Україні: проблеми та перспективи впровадження. – К., 2007. – 40 с.; Провізіон Т. Законодавче врегулювання діяльності мирових суддів // Правовий тиждень. – 2008. – №: 26(99). – 24 червня. – С. 6.

а) легальне підприємництво, що визнається владою особливо важливою конституційною і законодавчою цінністю, яку держава не тільки офіційно визнає, а й системно впроваджує та захищає;

б) принцип верховенства права, який задля захисту своїх прав і законних інтересів підприємці, як і всі інші громадяни, можуть на підставі Конституції України вимагати застосовувати в судах загальної юрисдикції – на протигагу несправедливим і нерозумним законам, іншим правовим актам. З цього питання необхідно прийняти Закон України «Про судовий захист прав громадян на засадах верховенства права»;

в) народний добробут, який забезпечується в суспільстві загального благоденства шляхом активної та розумної реалізації Конституції України як органами влади, так і громадянами;

г) політична та юридична відповідальність, що її несе влада за стан добробуту людей та розвиток підприємництва, інвестиційну привабливість та конкурентоспроможність національної економіки тощо. Порушення Конституції України органами і посадовими особами державної влади у своїй діяльності тягне за собою конституційну та іншу відповідальність;

д) розділення функцій бізнесу і державної влади як цивілізованої умови запровадження більш ефективних правових, політичних та інших механізмів захисту підприємництва тощо. Всеукраїнські організації підприємців повинні мати право контролю за реалізацією державної політики в сфері підприємництва.

Ще до того, як буде оновлено конституційний лад, існує об'єктивна необхідність у ухваленні Закону України «Про засади функціонування соціально зорієнтованої ринкової економіки» (далі – Закон), який би визначив ключові засади функціонування підприємництва як фундаментальної основи конституційного ладу. Цей Закон міг би також закріпити основи державної політики в сфері підприємництва та роль державної влади в ефективному впровадженні конституційних положень щодо підприємницької діяльності. Оскільки реальний конституційний лад в процесі здійснення народного суверенітету, поділу влади і т. д. стикається з системними протиріччями, що нерідко переростають у кризи, в даному Законі необхідно закласти правові та інші механізми для успішного долавання цих протиріч та попередження криз.

Вказаний Закон повинен розвивати фундаментальні положення Конституції України та правові позиції Конституційного Суду України стосовно підприємництва і конституційного права громадян на підприємницьку діяльність. В ньому на підставі узагальнень реальної юридичної практики необхідно закріпити зручний та ефективний механізм захисту підприємництва та прав громадян, зайнятих підприємницькою діяльністю. Тому в цьому Законі потрібно чітко визначити функції і повноваження держави у правовому і матеріально-фінансовому забезпеченні розвитку підприємництва, зокрема, його пріоритетної сфери – малого та середнього бізнесу.

Аналіз практичної реалізації органами законодавчої і виконавчої влади, органами місцевого самоврядування положень чинної Конституції України щодо підприємництва свідчить, що ці органи в більшості випадків їх не додержуються. Конституційна бездіяльність цих

органів завдає суб'єктам права на підприємницьку діяльність значної матеріальної та моральної шкоди, яку вони – через брак конституційної правосвідомості – частіше всього «компенсують» у нелегальний спосіб (перехід «у тінь», несплата податків тощо). Ці питання так само є важливим аспектом регулювання проблем підприємництва у майбутньому Законі.

При цьому слід пам'ятати, що бездіяльність конституційної влади в сфері підприємництва та брак конституційної правосвідомості суб'єктів права на підприємницьку діяльність реально ускладнюють функціонування конституційного механізму в цій сфері. Зазначений Закон може суттєво сприяти вирішенню даної проблеми.

Конституційне право громадян на підприємницьку діяльність мають забезпечувати органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування, які при виданні та застосуванні нормативно-правових актів повинні додержуватись Конституції та законів України. Механізми забезпечення цього права громадян повинні включати реалізацію належних правил гідної поведінки у конституційних взаємовідносинах держави і громадян; відповідні положення про це також варто було б закріпити в майбутньому Законі.

Отже, забезпечення нормального функціонування конституційного ладу та його складової – підприємництва – є великою державною проблемою, яку доцільно вирішити шляхом прийняття відповідного Закону.

Реалізація даного Закону потребуватиме спеціальної Державної програми розвитку засад соціально зорієнтованої економіки, в якій Україні потрібно, зокрема, забезпечити реалізацію цих засад на рівні стандартів країн Європейського Союзу. Саме європейський досвід додержання конституцій, прав і свобод людини і громадянина, інших конституційних цінностей може прислужитися розвитку підприємництва як фундаментальної основи конституційного ладу.

Окремо слід вказати на складні та не вирішені протягом останніх 10–12 років проблеми розвитку великого підприємництва в Україні, яке потребує підтримки на зовнішніх ринках, особливо в умовах економічної кризи. На жаль, велике підприємництво не без успіхів добивається встановлення привілейованих відносин з державою, що негативно позначається на розвитку соціально зорієнтованої ринкової економіки та породжує суперечності між органами влади, підриває легальне підприємництво тощо.

Сила суспільно-політичного впливу великого капіталу не в його громадських організаціях, а в доходах від тіньової сфери економіки, які є джерелом фінансування політичних партій, виборів тощо [1]. Тому детінізація економіки в Україні є ключовим елементом для зниження суспільно-політичного тиску олігархічних груп на владу та створення умов для розвитку легального підприємництва. Для цього потрібно, зокрема, провести податкову амністію тіньового капіталу, позбавити великий капітал права фінансувати політичні партії, перевірити чинне законодавство на предмет наявності в ньому корупційних «щілин»: прогалів, протиріч або й нелегальних лобістських положень. Давно назріла необхідність прийняття Закону України «Про кримінологічну експертизу нормативно-правових

актів» [2] та низки інших законодавчих актів з питань попередження правопорушень в економічній сфері тощо.

Розв'язання зазначених та багатьох інших проблем в державі потребує створення умов загальної поваги до Конституції і законів України, до верховенства права як легальних інструментів забезпечення соціально зорієнтованої ринкової економіки. Особливо це стосується органів державної влади і органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб. Настав час запровадити юридичну відповідальність для посадових осіб цих органів за публічну відмову застосовувати Конституцію України як Основний Закон держави тощо. Відсутність такої відповідальності знецінює роль Конституції України, підтримує віру в неї законслухняних громадян.

МЕТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ЇЇ РЕАЛІЗАЦІЯ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

Безух О. В.,

*кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник
відділу правових проблем підприємництва
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

Сутність права є в тому, що правові норми встановлюють світ належного. При цьому праву притаманне не тільки фіксування належного, але й відповідні механізми, які забезпечують перетворення належного в реальність. Таке перетворення здійснюється за допомогою особливого інструментарію, який має гарантувати досягнення мети, встановленої уповноваженим державним органом у наданих нормативних правових актах або санкціонованих на існування певних видах суспільних відносин. Одним з перших етапів здійснення правового регулювання та визначення ефективності правової норми в регулюванні конкретних відносин є визначення мети, на досягнення якої спрямована певна правова норма.

Досягнення цієї мети здійснюється у межах певних режимів правового регулювання та «моделей» юридичного впливу на суспільні відносини. При цьому правові засоби, які використовуються для цього, мають певне функціональне призначення, ознаки, які характеризують їх як інструменти правового регулювання вирішення економічних та інших соціальних завдань.

Спробуємо дослідити співвідношення мети правового регулювання відносин економічної конкуренції та відповідних правових засобів, що застосовуються державою.

Поняття конкуренції має велику кількість значень. Економісти розробили кілька моделей конкуренції, в яких розглядаються різні ринкові структури. Визначення економічної конкуренції в законодавстві наближено до теоретичної моделі досконалої конкуренції, яка не відображає весь спектр реальних відносин економічної конкуренції в Україні.

Загальним у цих моделях є те, що товарно-грошове господарство базується на децентралізації, економічному розподілі праці. Кожний суб'єкт господарювання приймає власні рішення та індивідуальні господарські плани, які визначають обсяг інвестицій, види продукції, її ціну та можливість реалізації. На ринку пропозиція суб'єктів господарювання стикається з попитом.

Отже, в українському суспільстві назріли зміни щодо відношення влади та її чиновників до підприємництва як засади конституційного ладу, до конституційного права громадян на підприємницьку діяльність та гарантій його захисту, до інших конституційних цінностей.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Про тіньовий бізнес* детальніше див.: Тіньова економіка: сутність, особливості та шляхи легалізації / За ред. З. С. Варналія. – К.: НІСД, 2006. – С. 25–358.
2. *Проект Закону «Про кримінологічну експертизу нормативно-правових актів»*, зареєстрований у Верховній Раді України від 04.07.2005 № 7755 // http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=25065.

Споживач, купуючи товар, «надає оцінку» діяльності суб'єкта господарювання та примушує його коригувати господарські плани, враховуючи вимоги покупців. У такий спосіб здійснюється самокоординація діяльності суб'єкта господарювання.

У випадках відсутності попиту на товар, низької його якості або високої ціни порівняно з іншими товаровиробниками, неможливості реалізації, суб'єкт господарювання стає банкрутом та усувається з ринку. Модель саморегулювання діє за «принципом проб та помилок», орієнтує підприємця отримувати певний результат та встановлює взаємозалежність вкладених зусиль і отриманих результатів. Для того, щоб отримати такий результат, підприємець вимушений обмежувати власну вигоду та шукати нові можливості для покращення продукції та її просування на ринку.

Принципи ринкової економіки реалізуються за умов, коли ринковий і ціновий механізми діють прозоро та злагоджено. В дійсності егоїстичне бажання мати власну вигоду спонукає підприємців на підставі наданих економічних свобод досить часто порушувати правила конкуренції, зловживати ринковим механізмом, що призводить до його неспроможності.

Цілком очевидно, що економічна конкуренція як правове явище безпосередньо створюється певною системою безпосередніх приватних відносин суб'єктів господарювання із споживачами та опосередкованих відносин між конкуруючими суб'єктами, які набирають ознак володіння певною часткою ринкового попиту чи намагання нанести реальну шкоду діяльності конкурентів. Але завдяки державі на шляху створення умов для економічної конкуренції у процесі управлінської діяльності, субсидюванні коштів державного бюджету в конкретні соціальні та інвестиційні проекти, обов'язок держави не обмежується тільки захистом економічної конкуренції та виконанням контрольних функцій щодо захисту суспільних інтересів у функціонуванні еконо-

міки. Відносини економічної конкуренції набувають більш широкого змісту.

Виходячи з цього, завданням права стає захист економічної конкуренції, створення умов для функціонування ринкової конкуренції та правове забезпечення економічних і соціальних потреб суспільства.

Відносини між суб'єктами господарювання та споживачами здійснюються згідно з правилами обміну товарів, встановленими для регулювання приватних відносин. Економічна конкуренція є невід'ємною складовою ринку, а значить і господарської діяльності. Як передбачено ст. 4 Договору про заснування Європейської Спільноти (далі Договір про ЄС), запровадження економічної політики на ґрунті внутрішнього ринку, визначення спільної мети, близької координації економічних політик держав-членів належить провадити згідно з принципом економіки відкритого ринку з Вільною конкуренцією.

Центральне місце у створенні внутрішнього ринку в Європі займає забезпечення свободи переміщення товарів, послуг, осіб, капіталу, тобто забезпечення економічних свобод та свободи пересування, які створюють загальні умови для конкурентного середовища, підтримка якого забезпечується втіленням у життя принципу лібералізації економіки та запобігання порушення правил економічної конкуренції. Положення, які гарантують основні економічні свободи, підкріплюються передбаченими статтями 81, 82 Договору про ЄС інститутами контролю за економічною концентрацією, заборною узгоджених дій, зловживання домінуючим становищем, демпінгу та різноманітної дискримінації відносно суб'єктів господарювання.

Але забезпечення вільного відкритого ринку не можна звести до певного кола правових явищ, які носять приватний характер. Економічна мета свободи руху товарів передбачає усунення всіх державних обмежень у сфері конкуренції товарів (умови, якість, ціноутворення, реклама, обслуговування і надання свободи розпорядження продуктами). Зі сфери дії положень про свободу руху товарів в Європі роблять певні виключення, наприклад, щодо сільськогосподарської продукції, військової техніки, вугілля, сталі. Суб'єкти господарювання зобов'язані рівною мірою виконувати правила обміну товарів, тобто правила, що регулюють господарську діяльність. Це буде становити добросовісну конкуренцію.

З іншого боку, вільна конкуренція товарів може порушуватися внаслідок діяльності приватних суб'єктів господарювання, які не виконують правила підприємницької діяльності або прямо порушують правові заборони, за рахунок чого вони можуть отримувати неправомірні переваги у конкуренції. Коли виникають обмеження, пов'язані з діяльністю приватних економічних суб'єктів, застосовуються правові норми, що забезпечують захист свободи руху товарів.

Традиційно в літературі визначається, що метою анти-трестовських законів є встановлення контролю за використанням приватної економічної влади, що здійснюється за допомогою запобігання монополій, санкціонування картелем та інших способів захисту конкуренції [1].

Але головним і ключовим у розумінні забезпечення економічної конкуренції є поняття приватної еконо-

мічної влади, яка є метою конкуренції та визначення якої немає в жодному законі. Діяльність монополій, здійснення антиконкурентних узгоджених дій є тільки певними проявами цієї влади.

Враховуючи, що законодавство щодо захисту економічної конкуренції історично розвинулось із норм загального права (США, Франція, Велика Британія), яке регулювало приватні відносини, можна припустити, що норми, які регулювали економічні відносини, від початку спиралися не на поняття економічної конкуренції і вільного ринку, понять, які ще не були визначені, а, виходячи із спрямування на підтримку «чесної» комерційної діяльності та звичаїв гільдій ремісників, порушувалися. Питання наявності економічної влади не стояло, оскільки масштаби комерційної діяльності були порівняно малі.

Історія розвитку законодавства щодо економічної конкуренції доводить, що з розвитком економіки почали виникати монополії, які «паразитували» на інших учасниках ринку та гальмували економічний процес. Дрібні порушення підприємців у приватних відносинах почали призводити до того, що економічно могутні трести та утворення не тільки диктували умови ринку, але й почали втручатися у діяльність публічної влади з метою забезпечення власних переваг. Це примусило державу переглянути підходи щодо економічної конкуренції з метою формування економічної поведінки суб'єктів, що пішло на користь суспільству та дозволило підтримати функціонування економічної системи.

Правовідносини в економічній конкуренції – це не просто персоніфікований, а й багатограний взаємозв'язок між суб'єктами відносин економічної конкуренції, який передбачає за наявності одного і того ж предмета правового регулювання, майнових і особистих немайнових відносин рівних учасників економічної конкуренції застосовування різних методів і засобів правового впливу і особливого правового режиму.

Правові зв'язки у сфері економічної конкуренції виявляють певну ієрархію за умов домінування загальнонорегулятивних правовідносин. Ці зв'язки виникають із певного економічного результату господарської діяльності та стану ринку й тісно пов'язані з закономірностями функціонування економіки в цілому.

Враховуючи різноманітність інтересів і відносин економічної конкуренції, які виникають, правові відносини конкретизують суб'єктний склад цих відносин, функції та зобов'язання учасників щодо підтримання загального економічного механізму конкурентних відносин та правопорядку в сфері економіки, наповнюючи на певних етапах усталені загальні економічні відносини правовим змістом.

У створенні правової норми на підставі дослідження різноманітних відносин (соціальних, економічних, культурних, ідеологічних та ін.) законодавець визначає мету правового регулювання, тобто досягнення бажаної моделі поведінки та правовідносин, які окреслюють правові засоби, що забезпечують певний вплив на поведінку суб'єктів права для досягнення визначеної мети. Набрали чинності закони, що отримали статус спеціальних, метою яких, разом із закріпленням правил поведінки, які існують, є закріплення моделі поведінки,

якої до прийняття закону не було, але вона є бажаною для суспільства. Це потребує застосування спеціальних юридичних режимів.

Як приклад, можна навести дискусію щодо цивільного і господарського кодексів України, випадків необхідності застосування відповідного законодавства в умовах розвитку ринкової конкурентної економіки.

Можливість використання суб'єктами права певних правових засобів не означає, що вони «належать» цим суб'єктам та «монополюють» ними застосовуються. Акценти в системі суб'єкт права – правові засоби – соціальні завдання мають бути розставлені на вирішенні завдань, оскільки правові форми відносин є засобами не з точки зору певних суб'єктів таких відносин, а з точки зору соціальних завдань, які вирішуються за їх допомогою. Правові засоби є інструментами вирішення, в першу чергу, соціальних завдань, з якими вони органічно пов'язані. Тому, на нашу думку, визначення всіх відносин, в яких бере участь держава, як публічно-правових, є відверто помилковим.

Застосування таких правових засобів, як договір, розрахунок, зобов'язання та ін. не свідчить про певний режим правового регулювання, приватний чи публічний характер відносин, що врегульовані відповідними засобами. Це інструменти, які виконують певні завдання та забезпечують досягнення мети. Але досягнення мети правового регулювання та використання засобів права може здійснюватися суб'єктами права самостійно чи із застосуванням примусу держави.

В економічній конкуренції суб'єкти відносин застосовують всі правові засоби, які відомі правовій науці. Наприклад, суд, вирішуючи відповідні спори, здійснює застосування норм права, інших правових засобів для відновлення і захисту прав та інтересів суб'єктів звернення до суду. При цьому рішення суду є з'єднувальною ланкою між нормою права і результатом її дії. Своім рішенням суд знімає перешкоду на шляху реалізації норми права та забезпечує його дію у відповідності до тих завдань, які були поставлені законодавцем на момент її прийняття. Суд реалізує у такий спосіб мету права по відношенню до суспільства.

Чинне законодавство має багато різних правових норм, які містять схожі правові засоби. Під правовими засобами розуміються правові явища, що виражаються в інструментах (установленнях) і діяннях (технологіях), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей [2].

Але ці правові засоби реалізуються не самі собою, а за допомогою механізму правового регулювання, як системи правових засобів, яка організована певним чином та забезпечує результативний вплив на суспільні відносини.

Цей механізм є системою різних за своєю природою і функціями правових засобів, взаємооб'єднаних єдиною метою в певну цілісну систему. Необхідно звернути до уваги, що мета правового регулювання, викладена в преамбулах ГК України, Митного кодексу, Сімейного кодексу, Закону України «Про надра», майже всіх законах України, що регулюють окремі сфери відносин, є різною. В залежності від мети обираються і правові засоби. В преамбулах законів України «Про захист економічної конкуренції», «Про захист від

недобросовісної конкуренції» також визначена мета, якою є забезпечення ефективного функціонування економіки України на основі розвитку конкурентних відносин, встановлення, розвиток і забезпечення торгових та інших чесних звичаїв ведення конкуренції при здійсненні підприємницької діяльності в умовах ринкових відносин.

Деякі науковці, побачивши різне застосування, організацію правових засобів у правових нормах, порушують питання про неузгодженість, суперечливість правових норм. Особливо це стосується ЦК і ГК України. Разом з тим, поза увагою залишається мета правового регулювання, яка передбачає в цивільній сфері регулювання відносин між окремими суб'єктами права, в господарській – має на меті забезпечити певний господарський порядок в економічній системі України на основі розвитку економічної конкуренції та забезпечення конкурентоспроможності суб'єктів господарювання і держави в цілому.

Конкурентоспроможність виявляється, в першу чергу, в реалізації інтересу та спроможності суб'єктів господарювання мати конкурентні переваги, отримувати прибуток та займати відповідне місце на ринку.

В економічній конкуренції основною метою правового регулювання має виступати забезпечення інтересів, насамперед, суб'єктів господарювання, які і є безпосередньо конкуруючими суб'єктами, що забезпечують економічний розвиток та добробут суспільства. В регулюванні відносин, що виникають у зв'язку із недобросовісною конкуренцією, головною метою, що визначає зміст правовідносин, є захист, насамперед, споживача, який не є безпосереднім учасником конкуренції, але потребує захисту від конкуренції та наслідків неправомірної господарської діяльності та ринкової влади суб'єктів господарювання.

При цьому реалізація цієї мети не завжди досягається шляхом виникнення реальних правовідносин. У конкурентному законодавстві широко застосовуються превентивні норми, які забороняють певну поведінку під загрозою застосування до порушника засобів державного впливу, примусу та відповідальності.

Чинне законодавство України та інших країн прямо не визначає перелік обов'язків суб'єктів господарювання у сфері економічної конкуренції, встановлюючи тільки право на її захист. Разом із тим будь-яке право кореспондується із обов'язками, які його забезпечують. Сьогодні існує тільки один загальний обов'язок для всіх суб'єктів господарювання — не порушувати правових заборон, що встановлені законодавством про захист економічної конкуренції. Правові наслідки реалізації прав та обов'язків економічної конкуренції можуть мати місце тільки в економічних підсумках від дій у конкуренції, тобто виконання функцій конкуренції як економічного та соціально-правового явища.

Зважаючи на це, забезпечення правового опосередкування правил конкуренції, які переважно мають заборонні норми, є проблемним та повинно визначатися економічним чи соціальним результатом тих чи інших господарських дій відповідно до національної політики у сфері економічної конкуренції. Аналіз наведених визначень дозволяє зробити висновок, що функ-

ціонування механізму правового регулювання і правових відносин як його елемента у сфері економічної конкуренції здійснюється певним чином, а саме: держава закріплює у позитивному праві можливість та необхідність певної поведінки суб'єктів відносин у сфері економічної конкуренції, створює правові норми, визначає права й обов'язки суб'єктів відносин економічної конкуренції, які потім реалізуються, застосовує заходи відповідальності у випадках правопорушень. Але цей механізм підпорядкований одній меті.

Суб'єктивне право є засобом для досягнення певної мети. Мета є те, на досягнення чого спрямоване суб'єктивне право. Проблему вирішення колізії правових норм, які мають схожу структуру, і взаємовідношення процесів реалізації прав різних осіб, що приймають участь у судовому спорі, необхідно вирішувати не тільки з врахуванням конкретних фактичних обставин, але

також враховуючи призначення тих чи інших правових норм та обставини їх реалізації. Право передбачає не тільки зміст певних правил, закріплених в правовій нормі, а й процес їх реалізації, який втілюється у поведінці суб'єктів права, які в сфері господарювання реалізують власні права у суперництві, а іноді і у конфлікті з правами інших учасників господарських відносин. Головним є їх спрямування на досягнення певної економічної та соціальної мети всіх учасників відносин економічної конкуренції.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Ернст Гелхорн, Вільям Е. Ковачич.* Антитрестовское законодательство и экономика // Вашингтон: Международный институт права. – 1995. – С. 9.
2. *Малько А. В.* Правовые средства. Вопросы теории и практики // Журнал российского права. – 1998. – № 8. – С. 66–77.

УЧАСТЬ МАЛОГО ПІДПРИЄМНИЦТВА В ПІДГОТОВЦІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ

Сергійко О. В.,

*науковий співробітник відділу правових проблем підприємництва
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

У ч. 2 ст. 3 Конституції України закріплено положення про те, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави [1]. Норми ст. 42 визначають право кожного на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Частинами 3 та 4 цієї ж статті встановлено функцію держави щодо захисту в підприємницькій діяльності. Цей захист стосується конкуренції, прав споживачів, здійснення контролю за якістю та безпечністю продукції й усіх видів послуг і робіт, сприяння діяльності громадських організацій споживачів.

Мале підприємництво є важливою складовою формування конкурентоспроможної та соціально спрямованої економіки з розвиненим приватним сектором. Бажання всіх учасників економічної діяльності в Україні знайти додаткову стійкість і захистити свої соціальні та корпоративні інтереси виявляється у створенні багатьох спілок, асоціацій та інших демократичних інститутів. Співпраця підприємців в рамках підприємницького об'єднання є життєздатним інструментом громадського саморегулювання в економічній сфері, що допомагає адаптуватися їм у складних соціально-економічних умовах. Об'єднані для спільного вирішення своїх повсякденних проблем, підприємці являють собою потужну продуктивну силу, спрямовану на реалізацію конкретних завдань. Об'єднання в спілки та асоціації – це, перш за все, реальна можливість взаємовигідної корпоративної співпраці однодумців і колег на чисто прагматичних засадах. Крім того, це – спільне вирішення багатьох проблем, з якими підприємець перебуває один на один та унікальна можливість власними руками формувати сприятливі умови для підприємницької діяльності.

На сьогодні актуальним є питання впливу на процес підготовки нормативно-правових актів інститутів самоорганізації малого підприємництва. Тому важливо наперед на теоретичному рівні визначитися з необхід-

ністю, механізмами та межами такого впливу.

Завданням статті є дослідження впливу та участі самоорганізації малого підприємництва на процес підготовки нормативно-правових актів, а також виділення основних проблем їх діяльності та визначення рекомендацій щодо застосування в практиці господарювання. Обрана тема дослідження належить до актуальних питань господарського права, тому що теоретичним шляхом можна визначити напрями нормативно-правового врегулювання відносин, що виникають при легітимації суб'єктів господарювання.

Проведений аналіз наукових джерел із зазначеної проблематики дає можливість зробити висновок, що саме поняття, ознаки та функції самоорганізації малого підприємництва та їх впливу на підготовку нормативно-правових актів не були окремим предметом певного наукового дослідження. Деяким аспектам цього питання присвячені праці таких науковців як В. Щербина, Ж. Іонова, А. Ластовецький, О. Олійник, Н. Саніахметова, Ю. Тихомиров та ін. З точки зору різних наукових підходів, висвітлених у сучасній юридичній літературі, слід зауважити, що одні вважають самоорганізацію малого підприємництва досить важливою формою для забезпечення життєво важливих інтересів людини, держави і суспільства, інші – недооцінюють її важливість саме для впливу на процес підготовки нормативно-правових актів.

Ж. Іонова визначає призначення інститутів самоорганізації малого підприємництва як встановлення особливої форми контролю за здійсненням таких видів підприємницької діяльності, які мають певні особливості у зв'язку з реалізацією важливих публічних інтересів [2]. А. Ластовецький і Н. Саніахметова розглядають інститути самоорганізації малого підприємництва як господарсько-правовий механізм захисту та певний регулятор підприємницьких відносин із метою забезпечення

оптимального співвідношення приватних інтересів комерційних підприємств із публічними інтересами суспільства в цілому [3].

Якщо зусилля підприємців будуть об'єднані, значно більша ймовірність того, що до них прислухатимуться. Можливості спілок та асоціацій у відстоюванні інтересів підприємців та підтримці їх діяльності є значно більшими, ніж можливості кожного підприємця зокрема. Виходячи з цього, варто зазначити, що самоорганізація підприємців може значно покращити підприємницький клімат в Україні. У даному випадку нема потреби витратити державні кошти і збільшувати штат державних службовців. Достатньо зосередити зусилля на конкретних питаннях підтримки і розвитку підприємництва, на створенні оптимальної законодавчої бази та розвинутої інфраструктури малих підприємств. Разом з тим особливу увагу при цьому слід приділити проблемам формування ефективних механізмів взаємодії держави з діючими громадськими об'єднаннями підприємців і появі відносин цивілізованої взаємодії між владою та підприємництвом.

Сьогодні на всіх етапах процесу підготовки проектів нормативно-правових актів з питань підприємницької діяльності (регуляторних актів) існують можливості для того, щоб суб'єкти підприємницької діяльності самостійно або через організації, членами яких вони є, прямо впливали на цей процес.

За критерієм наявності чи відсутності достатньої інституціоналізації ці можливості підприємців та їх організацій можна умовно поділити на такі групи:

- 1) права на участь у підготовці проектів нормативно-правових актів з питань підприємницької діяльності;
- 2) інституціональні механізми впливу на процес підготовки проектів регуляторних актів.

Варто зауважити, що поділ можливостей для впливу за вказаним критерієм збігається з їх поділом за критеріями реальності та ефективності впливу. Відмінність цих груп можливостей для впливу полягає у тому, що можливості, які належать до першої групи, лише проголошуються, однак при цьому законодавством не регламентовані принципи та правила їх реалізації, тоді як можливості, які належать до другої групи, якраз і втілюють у собі такі правила та принципи. Іншими словами, можливості, віднесені як до першої, так і до другої групи, базуються на гарантованому законом праві суб'єкта підприємницької діяльності та підприємницької організації брати участь у процесі прийняття державних рішень, проте вони різняться рівнем забезпечення реалізації цього права.

До виділеної вище групи прав на участь у підготовці проектів нормативно-правових актів з питань підприємницької діяльності належать такі можливості підприємців та їх організацій:

- право ініціювати підготовку проекту нормативно-правового акта;
- право безпосередньо брати участь у його підготовці;
- право узгоджувати такий проект.

Ці можливості було встановлено в актах законодавства, якими визначено порядок підготовки, розгляду та прийняття нормативно-правових актів на рівні Кабінету Міністрів України, центрального органу виконавчої

влади та місцевої державної адміністрації: в Тимчасовому регламенті Кабінету Міністрів України, затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 5 червня 2000 р. № 915, Рекомендаціях з питань підготовки, подання на державну реєстрацію, юридичного обліку та зберігання нормативних актів міністерств, інших органів державної виконавчої влади, органів господарського управління та контролю, схвалених Постановою колегії Міністерства юстиції України від 17 червня 1993 р. № 13, Типовому регламенті місцевої державної адміністрації, затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 11 грудня 1999 р. № 2263.

Слід зазначити, що надання суб'єктам підприємства та їх організаціям прав ініціювати підготовку проекту нормативно-правового акта, безпосередньо брати участь у його підготовці та узгоджувати його не в усіх випадках є прямим та послідовним.

Так, суб'єкти підприємницької діяльності – юридичні особи та підприємницькі організації мають право виступити з ініціативою підготовки проекту акта, прийняття або розгляд якого віднесено до компетенції Кабінету Міністрів України, лише перед центральними та місцевими органами виконавчої влади, Радою міністрів Автономної Республіки Крим, а не перед самим Урядом (опосередковане ініціювання). В той же час суб'єктам підприємницької діяльності – фізичним особам стосовно цих актів не надано навіть права опосередкованого ініціювання. Що стосується проектів нормативно-правових актів, які затверджуються центральними та місцевими органами виконавчої влади, то законодавством взагалі не передбачена можливість суб'єктів підприємства та їх організацій ініціювати підготовку цих проектів.

Підприємці та їх організації мають можливість безпосередньо брати участь у процесі підготовки проектів актів, прийняття або розгляд яких віднесено до компетенції Кабінету Міністрів України, а також проектів розпоряджень голів місцевих державних адміністрацій. Така участь може мати форму самостійного розроблення ними проектів. Проте при цьому підприємці та їх організації не належать до кола осіб та організацій, що мають право вносити проекти нормативно-правових актів до Кабінету Міністрів України та місцевої державної адміністрації. Тобто вони мусять передавати розроблені ними проекти відповідним органам, які мають право такого внесення проектів. Ця багатоступеневість створює ризик спотворення ідей, які підприємці та їх організації заклали в розроблений ними проект, на тих етапах його подальшого доопрацювання, де можливості впливу суттєво зменшуються. В той же час законодавство не надає суб'єктам підприємства та їх організаціям можливості самостійно розробляти проекти нормативно-правових актів, які затверджуються центральними органами виконавчої влади.

Крім самостійної підготовки проектів нормативно-правових актів, безпосередня участь у підготовці проектів актів, прийняття та розгляд яких віднесено до компетенції Кабінету Міністрів України, а також тих, що затверджуються центральними органами виконавчої влади, може здійснюватися у формі:

- участі підприємців та представників їх організа-

цій у діяльності робочих груп, створених для підготовки проектів;

– залучення підприємців, а при підготовці проектів актів Кабінету Міністрів України – представників підприємницьких організацій як фахівців.

У цьому випадку багато залежить від волі до співпраці органу виконавчої влади, що є розробником проекту, оскільки він не зобов'язаний включати підприємців та представників їх організацій до складу робочих груп або залучати їх в якості фахівців.

Законодавством передбачено, що проекти актів, прийняття або розгляд яких віднесено до компетенції Кабінету Міністрів України, та проекти розпоряджень голів місцевих державних адміністрацій можуть у разі потреби направлятися до підприємницьких організацій на узгодження, а проекти актів, які затверджуються центральними органами виконавчої влади, – на відгук [4]. Проте реалізація цього права також має певні вади: по-перше, законодавством не визначено, проекти актів якого характеру обов'язково узгоджуються з підприємницькою організацією; по-друге, направлення проекту на відгук не дає громадській організації прав, які виникають при направленні його на узгодження, зокрема, права вимагати врахування своїх зауважень та пропозицій.

Отже, реалізація прав підприємців та їх організацій ініціювати підготовку проекту, безпосередньо брати участь у його підготовці та узгоджувати його, характеризується такими спільними рисами:

– нерівність можливостей для впливу залежно від рівня затвердження нормативно-правового акта (найбільш «закритою» від підприємницького впливу є процедура підготовки проектів, що затверджуються центральними органами виконавчої влади);

– нерівність можливостей для впливу, якими можуть користуватися суб'єкти підприємництва та їх організації (згаданих можливостей більше у підприємницьких організаціях);

– недостатність у підприємців та їх організацій (порівняно з іншими суб'єктами процесу прийняття державних рішень) важелів для забезпечення постійного та послідовного врахування їх думки під час підготовки проектів актів законодавства.

Вказані недоліки та ризики обумовлюють системну неефективність у реалізації нічим не забезпечених прав підприємців та їх організацій та їх неспроможність забезпечити при цьому додержання принципів рівності та справедливості.

Очевидна необхідність у інституціональному забезпеченні прав підприємницької громадськості на участь у процесі підготовки проектів нормативно-правових актів, що забезпечило б рівність можливостей та достатню впливовість та ефективність, знайшла своє концептуальне вирішення в Указі Президента України від 22 січня 2000 р. № 89/2000 «Про запровадження єдиної державної регуляторної політики у сфері підприємництва» [5]. Формалізована процедура публічного обговорення, впроваджена на виконання Указу, спрямована на прямий, а не опосередкований вплив підприємницької громадськості на процес прийняття державних рішень. Крім того, запровадження особливого порядку підготовки проектів регуляторних актів створило для

підприємців та їх організацій інші можливості для впливу. Йдеться про можливість участі у процедурі обов'язкового погодження проектів регуляторних актів з Держпідприємництвом України та його представництвами, а також підготовку альтернативних обґрунтувань щодо проектів регуляторних актів, розроблених органами виконавчої влади.

Ці можливості для впливу порівняно з публічним обговоренням мають допоміжний, факультативний характер та визначені законодавством непрямо. Проте вони дають змогу підприємцям та їх організаціям працювати в поточному, оперативному режимі і охопити максимально можливу кількість проектів регуляторних актів. Саме цього бракує процедурі публічного обговорення, застосування якої є в певному розумінні дуже важливою подією.

Інструментальною основою публічного обговорення проектів регуляторних актів є Держпідприємництво України та його представництва. У цих випадках саме ці органи здебільшого виступають в якості добросовісних реципієнтів підприємницької думки, і лише проведення публічного обговорення здатне забезпечити прямий, а не опосередкований діалог між підприємцями та їх організаціями і розробниками проектів регуляторних актів. Для побудови цих механізмів впливу не було необхідності створювати новий орган, потрібно лише було інституціоналізувати існуючі можливості для впливу шляхом формалізації процедур.

Іншим способом побудови механізмів впливу є інституціоналізація можливостей для впливу через створення нових консультативно-дорадчих органів та визначення їх повноважень [6].

Механізмами впливу цього типу є:

– на місцевому та регіональному рівнях – регіональні громадські колегії при уповноважених з питань підтримки підприємництва та координаційні ради з питань розвитку підприємництва при місцевих органах виконавчої влади;

– на центральному рівні – Громадська колегія Держпідприємництва України, Рада об'єднань підприємців України при Урядовому комітеті економічного розвитку та Рада підприємців при Кабінеті Міністрів України.

Слід зазначити, що діяльність консультативно-дорадчих органів, які діють на місцевому та регіональному рівнях, має як прикладний аспект (справляння впливу на процес підготовки проектів конкретних регуляторних актів), так і загальний аспект (внесення пропозицій щодо реалізації єдиної регуляторної політики та побудови процедури підготовки проектів регуляторних актів на різних рівнях). Спільним недоліком таких механізмів впливу як місцеві та регіональні консультативно-дорадчі органи часто є їх непостійний характер роботи, обмежені можливості для вирішення всього переліку проблемних питань в оперативному режимі, що зумовлюється самою їх побудовою як колегіальних органів.

Вимоги до ефективності діяльності щодо впливу на процес підготовки проектів нормативно-правових актів з питань підприємницької діяльності об'єктивно зумовлюють висунення на перші ролі організацій, які представляють інтереси суб'єктів підприємницької діяльності, або об'єднань таких організацій, а не самих підпри-

емців. Це пов'язано як з тим, що для підприємницьких організацій забезпечення інтересів своїх членів при прийнятті державних рішень є головним їх призначенням, так і з більшими можливостями доступу до проєктів актів, розподілу праці, аналітичними та часовими ресурсами. Роль підприємницьких організацій особливо зростає за необхідності забезпечення інтересів суб'єктів малого та середнього підприємництва, можливості та впливовість яких є обмеженими порівняно з великими підприємствами [7].

Отже, як слідує з вказаного вище, механізми впливу підприємств та їх організацій на процес прийняття державних рішень в Україні існують. При цьому відсутні підстави для тверджень про надмірність цих механізмів. Адже, по-перше, вони забезпечують задіяння максимально можливої кількості суб'єктів підприємницької діяльності та їх організацій з метою збалансування в підсумку всіх, навіть дещо суперечливих, інтересів, а по-друге, вбудованість цих механізмів впливу послідовно на всіх етапах процесу прийняття державних рішень спроможна усунути або мінімізувати наслідки неефективного чи неоперативного застосування конкретного механізму на певному етапі.

Звичайно, кожний з цих механізмів впливу має свої недоліки, однак ці недоліки мають спеціальний характер і при умілому комбінуванні у використанні різних механізмів впливу їх негативний вплив може бути усунений або мінімізований. Проте значно серйознішими є недоліки системного характеру, які здійснюють негативний вплив на застосування механізмів впливу. Ці недоліки виявляються у діяльності як підприємницьких організацій, так і органів державної влади, і їх одночасна дія зумовлює виникнення проблем у налагодженні взаємного діалогу на достатньо кваліфікованому та публічному рівні.

Зокрема, недоліками, пов'язаними з існуючими особливостями діяльності підприємницьких організацій, є:

- недостатня потужність підприємницьких організацій для проведення постійного моніторингу процесу підготовки проєктів нормативно-правових актів, щоденної оперативної роботи з відстоювання інтересів своїх членів у цьому процесі, що унеможливує роботу на випередження виникненню проблем та спричиняє запізнілу реакцію;

- недостатній рівень аналітичної спроможності частини підприємницьких організацій щодо здійснення аналізу проєктів нормативно-правових актів та їх обґрунтувань, що не дає змоги їм полемізувати з владою на рівних;

- відсутність комплексного уявлення про можливість використання цивілізованих форм тиску на рішення влади, про сильні та слабкі сторони існуючих механізмів

впливу, а відтак – невміння використати потрібний механізм у потрібний момент;

- відсутність стійкого прагнення до вироблення спільної позиції всіх чи необхідної частини підприємницьких організацій з того чи іншого питання та схильність до неформальних контактів з представниками владних структур для досягнення своїх вузьких цілей.

До недоліків, пов'язаних з діями органів державної влади щодо налагодження діалогу з громадськістю, належать:

- недостатній рівень прозорості у процесі прийняття державних рішень, існування ризику конфлікту між мотивами дій державного службовця як лобіста певних груп інтересів та його обов'язком забезпечувати максимальну гласність, врахування інтересів широкого підприємницького загалу;

- ухилення від оприлюднення інформації про проєкти регуляторних актів, що готуються, та від надання для публічного обговорення підготовлених проєктів;

- формальне ставлення співробітників органів виконавчої влади до підготовки аналізу регуляторного впливу розроблених ними актів, небажання враховувати при цьому наслідки реалізації регуляторних актів не лише для інтересів держави, а й для суб'єктів підприємництва.

Лише взаємний рух назустріч для подолання цих недоліків дасть змогу усунути існуючі вади у застосуванні механізмів впливу суб'єктів підприємницької діяльності та їх організацій на процес підготовки нормативно-правових актів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Адміністративне право України: Підруч. / Ю. П. Битяк, В. М. Гарашук, О. В. Дьяченко та ін.; за ред. Ю. П. Битяка. – К., 2005. – С.130–131.
3. Саніахметова Н. О. Поняття державного регулювання підприємства // Українське комерційне право. – 2005. – № 6. – С. 11–12.
4. Указ Президента України від 3 вересня 2007 р. «Про Концепцію вдосконалення державного регулювання господарської діяльності» // Офіційний вісник України. – 2007. – № 66. – Ст. 2540.
5. Указ Президента України від 22 січня 2000 р. № 89/2000 «Про запровадження єдиної державної регуляторної політики у сфері підприємництва» // Офіційний вісник України. – 2000. – № 52. – Ст. 2540.
6. Щербина В. С. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування як учасники відносин у сфері господарювання // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 1. – С. 114–115.
7. Саніахметова Н. О. Підприємницьке право: Суб'єкти підприємства. Кредитування. Оренда. Лізинг. Зовнішньоекономічна діяльність. Інвестиції. Антимонопольне законодавство. Захист від недобросовісної конкуренції. Реклама: Навч. посібник. К.: А.С.К., 2001. – С. 62–63.

ВАЛЮТНА ПЕНЯ ЯК ЗАСІБ ПІДТРИМАННЯ ПРАВОВОГО ГОСПОДАРСЬКОГО ПОРЯДКУ: ОСНОВНІ ЗАКОНОМІРНОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ

Скачко Д. П.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

Стаття 37 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» одним з видів спеціальних санкцій

називає: «накладення штрафів у випадках несвоєчасного виконання або невиконання суб'єктами зовні-

ньюекономічної діяльності та іноземними суб'єктами господарської діяльності своїх обов'язків згідно з цим або пов'язаних з ним законів України». Щодо застосування штрафів зазначений закон містить відсылку до інших спеціальних законів, зокрема, відповідальність у вигляді адміністративно-господарського штрафу встановлено у ст. 9 Закону України «Про операції з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах», ст. 3 Закону України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності», ст. 4 Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті».

Зазначені Закони породжують наукову дискусію та багато запитань в процесі правозастосування. Дослідженням даної проблематики займалися О. С. Северин [1], Н. Ненюк [2], В. П. Богун [3], Л. Гаврилова [4], С. Терьохін [5].

Метою цієї статті є аналіз основних закономірностей застосування правових норм, що встановлюють і регламентують відповідальність публічно-правового характеру за перевищення резидентами строків проведення зовнішньоекономічних операцій.

Зазначені нормативні акти встановлюють граничний термін проведення таких операцій, детально регламентують часові рамки початку перебігу таких строків. Перевищення граничного терміну надходження валютної виручки при експорті товарів, робіт або послуг чи імпорту продукції, оплаченої авансом, чи повернення в Україну продукції, виготовленої з давальницької сировини, чи вивезення з України виробленої з давальницької сировини готової продукції, тягне за собою стягнення пені за кожний день прострочення у розмірі 0,3 відсотка вартості неоплачених товарів (робіт, послуг), неоплаченої виручки (митної вартості непоставленої продукції). При цьому законом обмежено загальний розмір нарахованої пені сумою заборгованості.

Слід зазначити, що ці санкції, на думку О. Лейста, застосовуються не за попередньо вчинене правопорушення, а за протиправну відмову відновити порушений правопорядок. Ці санкції мають штрафний каральний характер, але їх застосовують не стільки для виправлення і перевиховання правопорушника, скільки для спонукання його до усунення протиправного стану [6, с. 153]. Подібну думку висловила Н. В. Хорошак, яка відносить подібні санкції за критерієм мети їх застосування до окремого виду санкції, «які мають на меті шляхом застосування покарання примусити підприємство до правомірної поведінки, виконання встановлених правил і норм» [7, с. 362]. Так само за подібним критерієм систематизує адміністративно-правові санкції в своїй праці І. Веремеєнко, у свою систему він включив «санкції реального виконання», які безпосередньо спрямовані на примусове виконання невиконаних зобов'язань або на створення та забезпечення гарантій такого виконання [8, с. 76]. Так само, на думку Д. Х. Липницького та А. Д. Болотова, дана санкція належить до тієї групи економічних санкцій, основним завданням яких є спонукання (стимулювання) порушника до заданої поведінки шляхом обмеження його матеріального становища [9, с. 13].

Як вказує А. В. Андреев, «неразрывное единство финансово-правових санкцій є поощрительними нор-

мами и средствами стимулирования предполагает активную положительную деятельность субъектов финансовых правоотношений, повышение позитивной финансово-правовой ответственности» [10, с. 10].

Уникнення застосування адміністративно-господарських санкцій вимагає від суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності вчинення активних дій у вигляді:

- звернення з позовною заявою про стягнення з нерезидента заборгованості, яка виникла внаслідок недотримання нерезидентом термінів, передбачених експортно-імпортними контрактами, до судових органів;

- отримання відповідної довідки, що підтверджує виникнення форс-мажорних обставин від Торгово-промислової палати або іншої уповноваженої організації (органу) країни контрагента або третьої країни відповідно до умов договору.

Ці дії не звільняють від відповідальності, а лише відтягують або призупиняють нарахування санкції у вигляді пені.

Момент припинення нарахування зазначених санкцій у вищезгаданих законах пов'язаний:

- зі здійсненням контрагента за договором зустрічної операції матеріального характеру (зарахування виручки на валютний рахунок резидента або митне оформлення зустрічної товарної операції);

- з моментом задоволення судом позову про стягнення заборгованості з контрагента за зовнішньоекономічним контрактом (у такому разі пеня нараховується до моменту порушення справи в суді).

Існування такої законодавчої конструкції повинно сприяти реалізації принципу еквівалентності в обміні, підтримувати відносну рівновагу платіжного балансу країни, сприяти підтриманню рівня валютних запасів всередині країни, що необхідні для підтримання макроекономічної стабільності країни, забезпечення іноземною валютою інших суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності для здійснення розрахунків по своїх зобов'язаннях, унеможливити вивезення капіталу за межі країни. Несвоєчасне виконання горизонтальних зобов'язань у зовнішньоекономічній сфері здатне суттєво впливати на економіку країни.

Внаслідок застосування таких штрафних санкцій для суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності виникає цілий комплекс досить значних негативних економічних наслідків. До прямих збитків, пов'язаних з ненадійністю контрагента за договором, додаються (і фактично можуть подвоїти їх) штрафні санкції за несвоєчасне повернення валютної виручки, додаткові витрати, пов'язані з веденням судової справи, витрати, пов'язані з отриманням правової допомоги в країні суду, і т. п.

Іноді безперспективність повернення валютної виручки є очевидною і вчинення додаткових витрат, пов'язаних зі зверненням до суду, для підприємства може бути економічно недоцільним, однак здійснення таких витрат необхідне для припинення нарахування штрафних санкцій, а фактично для відвернення більш значних втрат через застосування цих штрафів. Наприклад, Господарським судом Дніпропетровської області 18.03.08 р. було розглянуто справу за позовом Нікопольського міжрайонного прокурора Дніпропетровської області (м. Нікополь, Дніпропетровська об-

ласть) в інтересах держави в особі Нікопольської об'єднаної державної податкової інспекції до ТОВ «Нікопольський завод тонкостінних труб» про стягнення пені за порушення термінів розрахунків у сфері зовнішньоекономічної діяльності. І хоча під час провадження було встановлено, що іноземний контрагент ТОВ «Нерж-Труба» перебуває в стадії банкрутства, проте норми законодавства, які регулюють дані відносини, зокрема Закон України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті», не містять норм, які б звільняли резидента від сплати встановленої вказаним Законом пені за таких обставин. Тому позов було задоволено [11].

Так само і в ситуаціях навпаки: порушення провадження господарським судом справи про банкрутство та одночасне введення мораторію на задоволення вимог кредиторів не може бути прийнято в якості підстав для звільнення від відповідальності, встановленої Законом України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» [12]. Незважаючи на те, що основне завдання Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» та передбачених ним процедур полягає, перш за все, у відновленні платоспроможності проблемного підприємства, пеня за порушення термінів повернення валютної виручки до таких підприємств все одно застосовується. Як справедливо зазначив В. С. Щербина, особливістю адміністративно-господарських штрафів є те, що їх розмір не може бути зменшено судом на відміну від господарських санкцій [13, с.182]. Хоча доцільність їх застосування в подібних ситуаціях викликає значні сумніви.

Також законодавцем не повною мірою враховано деякі процесуальні аспекти захисту порушених прав. Виходячи з буквального тлумачення зазначених норм, у разі прийняття судом рішення про припинення (закриття) провадження у справі через відмову позивача у зв'язку з добровільним погашенням нерезидентом заборгованості, пеня за порушення термінів повернення валютної виручки сплачується за кожний день прострочення, включаючи період, на який ці терміни було зупинено. Хоча в судовій практиці припинення судом провадження у справах у зв'язку з добровільним задоволенням позовних вимог нерезидентами щодо стягнення боргу в іноземній валюті вважають позитивним вирішенням спору на користь позивача [14], зазначені норми все ж таки потребують коригування.

Також, на думку автора, невиправданим є обмеження судових органів, звернення до яких з позовною заявою призупиняє нарахування пені. Так, ст. 4 Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» та ст. 9 Закону України «Про операції з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах» до таких органів відносять: суд (господарський суд), Міжнародний комерційний арбітраж та Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України. Тобто звернення, наприклад, до арбітражу іншої країни не є підставою для призупинення нарахування пені, хоча суб'єкт зовнішньоекономічної діяльності вживає заходів, спрямованих на повернення валютної виручки. В той же час ст. 3 Закону України «Про регулювання товарообмінних (бартерних) опера-

цій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» допускає звернення до іншого уповноваженого арбітражу, в тому числі в іншій країні. Ці нормативні акти регламентують подібні за своєю суттю відносини у сфері зовнішньоекономічної діяльності, встановлюють однакову за характером відповідальність, однаковий розмір санкцій за порушення термінів проведення цих зовнішньоекономічних операцій. Подібна ситуація навряд може мати логічне пояснення, крім недоліків у законодавчій роботі.

Заслугує на увагу також ситуація, коли товар, що експортується, перетинає кордон України, однак виручка від його реалізації в іноземній валюті не надходить на рахунок експортера через випадкову загибель товару. Його вартість може бути компенсована страховою компанією в межах України і, відповідно, в національній валюті, однак зняти з контролю таку операцію неможливо [15, с. 59].

Одним з особливо значних недоліків так званої валютної пені є те, що законодавець пов'язує момент припинення її нарахування з винесенням рішення про стягнення заборгованості, а не з реальним поверненням валютної виручки в Україну. Тому даний інститут і не досягає мети, яка була поставлена при його створенні. На практиці питання реального повернення валютних коштів вирішується за допомогою застосування додаткових санкцій у вигляді індивідуального режиму ліцензування та тимчасового зупинення зовнішньоекономічної діяльності за ст. 37 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» у випадках, коли резидент не вживає заходів з виконання судового рішення.

Таким чином, проаналізувавши основні закономірності застосування адміністративно-господарських штрафів за порушення термінів проведення зовнішньоекономічних операцій, можна констатувати неповну відповідність мети правового регулювання отриманим внаслідок їх застосування наслідкам, які в окремих ситуаціях набувають деструктивного для економіки України характеру.

В ч. 12 ст. 37 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» згадується в якості підстави звільнення від відповідальності надання достатніх доказів неможливості (безперспективності) застосування практичних заходів, що гарантують виконання закону, при цьому суб'єкту зовнішньоекономічної діяльності надано право виходити з клопотанням про скасування (зміну виду, тимчасове зупинення) дії санкцій (у тому числі і пені за перевищення граничних термінів проведення зовнішньоекономічної операції). Зазначена неможливість (безперспективність) застосування практичних заходів, що гарантують виконання закону, є загальною нормою по відношенню до спеціальних правил, що містяться в окремих законах, і повинна поширювати свою дію на всі види спеціальних санкцій, передбачених ст. 37 Закону, якщо спеціальною нормою не встановлено інші правила. Виходячи з загальних підстав звільнення від господарсько-правової відповідальності, визначених ч. 2 ст. 218 ГК, таких як вжиття усіх залежних від суб'єкта господарювання заходів для недопущення господарського правопорушення, та непереборної сили, її логічного продовження в сфері зовнішньоекономічної діяльності у вигляді неможливості (без-

перспективності) застосування практичних заходів, що гарантують виконання закону, вважаємо за доцільне поширювати дану підставу звільнення від відповідальності і на адміністративно-господарські штрафи за порушення термінів проведення зовнішньоекономічних операцій.

У правозастосовчій практиці надається пріоритет нормам спеціальних законів. Так, Дніпропетровський апеляційний суд тлумачить передбачені ст. 4 Закону України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» підстави для зупинення нарахування пені як вичерпні. На його думку, інших підстав для зупинення нарахування пені за порушення термінів у сфері зовнішньоекономічної діяльності або звільнення від нарахування такої пені чинне законодавство не містить [16]. Навіть неможливість одержання виручки від іноземного партнера за укладеним контрактом через його ліквідацію і, як наслідок, припинення зобов'язання не є підставою для звільнення від відповідальності за не виконання вже неіснуючого зобов'язання [17].

Тому, враховуючи вищенаведене, пропонуємо доповнити закони України «Про операції з давальницькою сировиною у зовнішньоекономічних відносинах», «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності», «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті» такою нормою: «суб'єкт зовнішньоекономічної діяльності звільняється від відповідальності у разі надання достатніх доказів неможливості (безперспективності) або економічної недоцільності застосування практичних заходів, що гарантують виконання закону».

Також необхідним є перенесення моменту припинення нарахування пені за порушення термінів проведення зовнішньоекономічних операцій з моменту винесення судом рішення про стягнення заборгованості з нерезидента на момент фактичного зарахування коштів на рахунок резидента. Це потребує запровадження нового механізму або значного доповнення вже існуючого. При цьому вважаємо за доцільне виділити ряд узагальнених складових цього механізму, нормативне закріплення яких гарантуватиме баланс публічних інтересів держави та приватного інтересу суб'єктів господарювання:

– нормативно закріпити обов'язок суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності здійснювати всі заходи з метою стягнення заборгованості за зовнішньоекономічним контрактом;

– закріпити пільгові строки, протягом яких не нараховується пеня з метою надання можливості резиденту вчинити необхідні дії (підготовка та направлення позову, пред'явлення рішення до виконання і т. п.).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Северин О. С.* Правове регулювання валютних операцій суб'єктів господарської діяльності: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / ІСПД НАН України. Донецьк. – 2003. – С. 216.
2. *Ненюк Н.* Пеня у сфері зовнішньоекономічної діяльності: основна характеристика, проблеми застосування та шляхи їх вирішення // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 3. – С. 56–59.
3. *Богун В. П.* Правове регулювання розрахунків в іноземній валюті у зовнішньоекономічних відносинах. Дис... канд. юрид. наук: 12.00.04 / ІСПД НАН України. Донецьк. – 2001. – С. 195 с.
4. *Гаврилова Л.* Пеня за нарушение сроков расчетов в сфере ВЭД как административно-хозяйственная санкция // Юридичний радник. – 2006. – № 1. – С. 30–32.
5. *Терьохін С.* Відповідальність за порушення комерційних контрактів // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 7. – С. 28–30.
6. *Лейст О. Э.* Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). – М., 1981.
7. *Хорошак Н. В.* Питання правової природи санкцій, що застосовуються до суб'єктів господарської діяльності / Правова держава, вип. 16. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2005. – С. 359–366.
8. *Веремеєнко І. І.* Адміністративно-правові санкції. – М, 1975.
9. *Липницький Д. Х., Болотова А. Д.* Основные направления унификации экономических санкций. – Донецк: ІЭПИ НАН України, 1998. – 26 с.
10. *Андреев А. В.* Финансово-правовые санкции // Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Саратов, 1984. – 16 с.
11. *Постанова* Господарського суду Дніпропетровської області по справі № А23/113-08 від 18.03.08 р. / архів суду.
12. *Постанова* Господарського суду Дніпропетровської області по справі № А23/352 від 14. 12. 06 р. / архів суду.
13. *Щербина В. С.* Адміністративно-господарські санкції в системі заходів господарсько-правової відповідальності // Вісник господарського судочинства. – 2006. – № 2. – С. 180–185.
14. *Постанова* Господарського суду Дніпропетровської області по справі № А36/566-07 від 20.11.07 р. / архів суду.
15. *Шевченко Н.* Пеня у сфері зовнішньоекономічної діяльності: основна характеристика, проблеми застосування та шляхи їх вирішення // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 3. – С. 56–59.
16. *Ухвала* Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 21.02.2007 р. Справа № А23/352 / архів суду.
17. *Ухвала* Дніпропетровського апеляційного господарського суду від 05. 07. 2006 р. Справа № 6/42 / архів суду.

ПРАВО ПРАЦІВНИКІВ НА УЧАСТЬ В УПРАВЛІННІ АКЦІОНЕРНИМ ТОВАРИСТВОМ

Короленко В. М.,

молодший науковий співробітник

НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

В умовах світової фінансової кризи, яка загрожує глобальними економічними негараздами, під особливою загрозою перебувають права та інтереси найманих працівників. Адже саме за їх рахунок може здійснюватись роботодавцями мінімізація негативних наслідків кризи.

За даними Державного комітету статистики України на 1 жовтня 2008 року із 1222634 суб'єктів Єдиного державного реєстру підприємств та організацій

України лише 31323 є акціонерними товариствами. Однак саме в акціонерних товариствах виробляється майже 75 % валового внутрішнього продукту та зосереджено понад 60 % промислово-виробничого потенціалу України. Тому важливо з'ясувати, яким чином працівники можуть впливати на прийняття рішень керівними органами акціонерних товариств згідно з чинним законодавством та нормами, які наберуть чинності незабаром.

Окремі питання правового регулювання участі працівників в управлінні підприємствами, на яких вони працюють, та здійснення профспілками представництва працівників у цих відносинах розглядалися такими вітчизняними та російськими науковцями як В. В. Антропов, З. С. Богатиренко, Н. Б. Болотіна, В. Я. Бурак, А. С. Грінберг, Л. П. Грузінова, В. І. Комарницький, В. В. Лазор, Д. С. Накіпелов, Г. М. Ніколайченко, П. Д. Пилипенко, В. І. Прокопенко, О. І. Процевський, В. М. Пустозерова, А. А. Сілін, О. А. Трюхан, Г. І. Чанишева, В. А. Щербань, І. М. Якушев.

Завданням цієї статті є дослідження правового регулювання в Україні участі працівників в управлінні акціонерним товариством та розробка пропозицій по його вдосконаленню.

Право працівників на участь в управлінні підприємством, установою, організацією закріплене в ч. 2 ст. 2 Кодексу законів про працю України. Метою закріплення такого права є, перш за все, якомога повніше врахування колективних інтересів працівників при прийнятті рішень керівними органами роботодавця. В таких відносинах, як правило, працівники виступають не особисто, адже це організаційно складно, а через своїх представників. Відповідно до ст. 25 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» профспілки представляють права та інтереси працівників у відносинах з роботодавцем в управлінні підприємствами, установами, організаціями.

Як бачимо, в законодавстві йдеться про право на участь в управлінні підприємством, установою, організацією. Тож нас цікавить, чи якимось із понять підприємство, установа, організація включає в себе акціонерні товариства.

Згідно з ч. 2 ст. 113 ЦК України акціонерне товариство є однією з форм, у якій може бути створене господарське товариство. Норми ЦК України господарське товариство визначають як юридичну особу, статутний (складений) капітал якої поділений на частини між учасниками. В свою чергу, юридичною особою згідно з ч. 1 ст. 80 ЦК України є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Таким чином, акціонерні товариства, виходячи з норм ЦК України, можемо віднести до організацій. Натомість підприємство в Цивільному кодексі України розглядається як єдиний майновий комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності, до складу якого входять усі види майна, призначені для його діяльності, включаючи земельні ділянки, будівлі, споруди, устаткування, інвентар, сировину, продукцію, права вимоги, борги, а також право на торговельну марку або інше позначення та інші права, якщо інше не встановлено договором або законом.

Згідно з ч. 1 ст. 80 ГК України акціонерні товариства належать до господарських товариств. Відповідно до ч. 1 ст. 79 ГК України господарським товариством визнаються підприємства або інші суб'єкти господарювання, створені юридичними особами та/або громадянами шляхом об'єднання їх майна і участі в підприємницькій діяльності товариства з метою одержання прибутку. З даного визначення незрозуміло, акціонерне товариство відноситься до підприємств чи до інших

суб'єктів господарювання. Однак зі змісту ч. 7 ст. 74 цього Кодексу ми можемо зробити висновок, що акціонерні товариства відносяться до підприємств. В цілому ж Господарський кодекс України визначає підприємство як самостійний суб'єкт господарювання, створений компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності. При цьому підприємство називається юридичною особою, має відокремлене майно, самостійний баланс, рахунки в установах банків, печатку із своїм найменуванням та ідентифікаційним кодом.

Участь працівників в управлінні підприємством на рівні його діяльності як суб'єкта господарських відносин регулюється, насамперед, господарським законодавством України. Зокрема, в ст. 65 ГК України вказано, що управління підприємством здійснюється відповідно до його установчих документів на основі поєднання прав власника щодо господарського використання свого майна і участі в управлінні трудового колективу. При цьому трудовий колектив підприємства становлять усі громадяни, які своєю працею беруть участь у його діяльності на основі трудового договору (контракту, угоди) або інших форм, що регламентують трудові відносини працівника з підприємством, як це визначено ч. 8 ст. 65 ГК України та ст. 252-1 КЗпП.

Визначення трудового колективу, дане в законодавстві, певною мірою не враховує деякі правові норми та положення науки трудового права. Так, чинне законодавство визначає, що працівником є фізична особа, яка працює на підставі трудового договору на підприємстві, в установі, організації чи у фізичної особи, яка використовує найману працю. Тобто укладення фізичною особою трудового договору є неодмінною умовою для набуття нею статусу працівника. Наука трудового права також визнає укладення трудового договору обов'язковою підставою для виникнення трудових відносин. Зокрема, В. І. Прокопенко вказував, що основною, переважною підставою виникнення трудових правовідносин є трудовий договір; і навіть тоді, коли застосовуються інші підстави виникнення трудових правовідносин, такі як адміністративний акт призначення на посаду, проводяться вибори або конкурсне заміщення посад чи здійснюється розподіл на роботу після закінчення навчання в певних навчальних закладах, оформлення трудових відносин проводиться укладенням трудового договору, конкретний зміст якого встановлюється вільним волевиявленням і угодою між сторонами [1, с. 184–185]. Тобто інших форм, які регламентують трудові відносини працівника та роботодавця і які б заміняли собою трудовий договір, не передбачено. Контракт же є особливою формою трудового договору. Таким чином, трудовий колектив підприємства можна визначати як сукупність усіх громадян, які своєю працею беруть участь у його діяльності на основі трудового договору або як сукупність працівників підприємства. За такої умови повноваження трудового колективу по участі в управлінні підприємством будуть однозначно закріплені за працівниками підприємства і не

буде підстав для поділу їх між працівниками та, наприклад, засновниками підприємства, які також можуть брати участь в його діяльності своєю працею, але на підставі установчих документів чи цивільно-правових договорів, а не трудового договору.

Згідно зі ст. 65 ГК України повноваження трудового колективу щодо його участі в управлінні підприємством встановлюються статутом або іншими установчими документами відповідно до вимог цього Кодексу, законів про окремі види підприємств, законом про трудові колективи. Рішення з соціально-економічних питань, що стосуються діяльності підприємства, виробляються і приймаються його органами управління за участі трудового колективу і уповноважених ним органів.

Зміст установчих документів суб'єктів господарювання визначається ст. 57 ГК України. Однак серед умов, що повинні визначатись установчими документами, відсутні відомості про повноваження трудового колективу по участі в управлінні підприємством. Така ситуація значно звужує юридичні можливості працівників впливати на прийняття управлінських рішень роботодавцем.

Отже, виходячи з положень ЦК України та ГК України, можемо віднести акціонері товариства до організацій або до підприємств відповідно. Як в першому, так і другому випадках право працівників на участь в управлінні акціонерним товариством передбачено нормами КЗпП України та Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності». Однак, якщо в розумінні ЦК України акціонерному товариству може належати кілька підприємств і на цих підприємствах буде відповідна кількість трудових колективів, то в розумінні ГК України акціонерне товариство – це підприємство. На нашу думку, вказані положення ЦК України більше відповідають дійсності та їм повинні відповідати норми ГК України і спеціального закону про акціонерні товариства.

Згідно зі ст. 46 Закону України «Про господарські товариства» у роботі ради акціонерного товариства (спостережній раді) з правом дорадчого голосу беруть участь представники профспілкового органу або іншого уповноваженого трудовим колективом органу, який підписав колективний договір від імені трудового колективу. Тобто участь трудового колективу ставиться в залежність від того, чи підписаний колективний договір на підприємстві. Проте статистика свідчить, що колективні договори укладено не на всіх підприємствах України. Тому видається недоцільним ставити участь працівників в управлінні підприємствами в залежність від укладення на підприємстві колективного договору.

Зазначимо, що рада акціонерного товариства (спостережна рада) не є обов'язковим органом, а лише відповідно до ч. 1 ст. 46 Закону України «Про господарські товариства» може створюватись для представництва інтересів акціонерів між загальними зборами. Таким чином, цей механізм участі працівників в управлінні підприємствами може виявитись недієвим.

Дещо інакше регулює участь представників працівників в управлінні акціонерним товариством Закон України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 р. № 514-VI. Його опубліковано в газеті «Урядовий кур'єр» 29 жовтня 2008 р. Переважна більшість

положень цього Закону набуде чинності через шість місяців з дня його опублікування, тож, у разі необхідності, можуть бути удосконалені ще до практичного їх застосування.

Згідно з ч. 1 ст. 34 Закону України «Про акціонерні товариства» на загальних зборах акціонерного товариства на запрошення особи, яка їх скликає, можуть бути присутні представники органу, який відповідно до статуту представляє права та інтереси трудового колективу. Однак ч. 2 ст. 13 цього Закону не відносить до обов'язкових відомостей, які повинен містити статут акціонерного товариства, визначення органу, який представляє права та інтереси трудового колективу. Звичайно, визначення у статуті акціонерного товариства його засновниками представницького органу працівників було б порушенням права працівників на свободу асоціації. Крім того, норма, що розглядається, не повністю враховує положення ЦК України та чинного законодавства про професійні спілки. Так, у власності акціонерного товариства може бути кілька підприємств, на кожному з яких є окремий трудовий колектив і можуть діяти окремі профспілкові організації. Отже, потрібно передбачити можливість участі у засіданні наглядової ради не уповноважених трудового колективу, а представників працівників. Крім того, рішення органів акціонерного товариства може вплинути на реалізацію прав та задоволення інтересів працівників підприємств, які належать іншим юридичним особам, підконтрольним цьому акціонерному товариству. Тому необхідно забезпечити право участі в діяльності органів акціонерного товариства працівників підприємств, що належать юридичним особам, підконтрольним цьому товариству.

Згідно з абз. 6 ч. 1 ст. 55 Закону України «Про акціонерні товариства» у засіданні наглядової ради на її запрошення з правом дорадчого голосу можуть брати участь представники профспілкового або іншого уповноваженого трудовим колективом органу, який підписав колективний договір від імені трудового колективу. Однак не на всіх підприємствах укладається колективний договір. У зв'язку з цим варто усунути залежність участі представників працівників у засіданні наглядової ради від укладення колективного договору. Подібні недоліки має і ч. 3 ст. 59 Закону, яка ставить у залежність від укладення колективного договору можливість присутності представників трудового колективу на засіданні колегіального виконавчого органу акціонерного товариства.

Важливим є досвід правового регулювання участі працівників в управлінні підприємствами в країнах з розвинутою ринковою економікою і значним досвідом соціального партнерства. Законодавство деяких західноєвропейських країн надає працівникам досить широкі повноваження та більше способів участі в управлінні підприємствами. Наприклад, у Данії два закони 1973 р. – один про акціонерні товариства, а другий про товариства з обмеженою відповідальністю – надали працівникам цих товариств, у яких зайнято не менше 50 осіб, право обирати по два члени в раду директорів, при чому таке представництво в 1989 р. було збільшено до третини складу ради. Клопотання про представництво ініціюється більшістю представників працівників, які входять

до комітету підприємства, або однією чи кількома профспілковими організаціями, які об'єднують не менше десятої частини персоналу підприємства, або безпосередньо – не менше ніж десятою частиною персоналу. Клопотання повинне прийматись голосуванням всього персоналу. Хоча на підприємствах не існує правила пропорційності в радах, практика підтвердила необхідність мати представника від робітників і представника від службовців. Одним із таких представників, зазвичай, стає головний профспілковий делегат підприємства [2].

У Швеції, відповідно до Закону 1972 р. про представництво робітників у раді директорів акціонерних товариств, всі вказані товариства, де зайнято не менше 100 осіб найманої праці, крім страхових компаній та банків, повинні допускати до складу ради директорів двох представників працівників і двох їх заступників, якщо того вимагатимуть профспілкові делегати підприємства. Ці представники – співробітники персоналу – призначаються місцевою профспілкою, яка є учасником колективного договору з керівництвом підприємства. На практиці профспілки слідкують за тим, щоб один з двох представників був робітником, а другий – службовцем. Ці представники не можуть брати участі в обговоренні питань про трудові спори або в перемовинах, мета яких – укладення колективного договору. Якщо в одну й ту саму місцеву профспілку входить більше 4/5 робітників, охоплених колективним договором, остання призначає представників; в іншому випадку це буде дві найчисельніших місцевих профспілки [3, с. 60].

Як бачимо, у розвинутих країнах Європи немає єдиного підходу щодо регулювання участі працівників в управлінні підприємствами через представництво в керівних органах суб'єктів господарювання. Всі вони вироблені багаторічною практикою та є результатом боротьби працівників за свої права та відстоювання ними своїх інтересів. Спільною рисою для багатьох країн є представництво інтересів працівників у керівних органах підприємця професійними спілками. При цьому участь представників працівників у роботі органів акціонерного товариства не залежить від волі акціонерів та самих цих органів. Однак в Законі України «Про акціонерні товариства» участь представників працівників у засіданнях наглядової ради ставиться у залежність від запрошення цього органу, що не відповідає міжнародним стандартам соціально-трудових відносин.

З огляду на викладене пропонуємо у другому реченні абз. 1 ч. 1 ст. 34 Закону України «Про акціонерні товариства» слова «представник органу, який відповідно до статуту представляє права та інтереси трудового колективу» замінити словами «представники працівників підприємств, що належать акціонерному товариству або іншим юридичним особам, підконтрольним йому».

Також необхідно абз. 6 ч. 1 ст. 55 Закону України «Про акціонерні товариства» викласти в такій редакції: «У засіданні наглядової ради з правом дорадчого голосу можуть брати участь представники працівників підприємств, які належать акціонерному товариству або іншим юридичним особам, підконтрольним йому». Водночас перше речення ч. 3 ст. 59 Закону України «Про акціонерні товариства» доцільно викласти в такій редакції: «Члени наглядової ради, а також представники працівників підприємств, які належать акціонерному товариству або іншим юридичним особам, підконтрольним йому, мають право бути присутніми на засіданнях колегіального виконавчого органу». При цьому ч. 1 ст. 2 можна доповнити таким визначенням представників працівників підприємства: «Представники працівників підприємства – представники профспілкових організацій, що діють на підприємстві, а в разі відсутності таких організацій – особи, обрані на загальних зборах працівників підприємства».

Ми не будемо тут пропонувати конкретну модель участі працівників в управлінні акціонерним товариством. Однак зазначимо, що спершу це може бути модель, подібна притаманній будь-якій з розвинених європейських країн, яка надалі, з набуттям вітчизняного досвіду, буде змінюватись і удосконалюватись. Водночас подальші дослідження в галузі цивільного, господарського та трудового права можуть здійснюватись в напрямку розробки оптимальної для України правової форми участі працівників в управлінні акціонерним товариством.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Прокопенко В. І. Трудове право України: Підручник. Видання третє, перероб. та доповн. – Х.: «Консум», 2002. – 528 с.
2. Богатыренко З. С., Накипелов Д. С., Силин А. А. Трудовые отношения в условиях рыночной экономики // Труд за рубежом. – 2000. – № 2. – С. 74–75.
3. Силин А. А. Участие работников в руководящих органах акционерных обществ на Западе // Труд за рубежом. – 1997. – № 1. – С. 49.

ГАРМОНІЗАЦІЯ ПРАВА УКРАЇНИ З ПРАВОМ ЄВРОСОЮЗУ У КОНТЕКСТІ ПРОБЛЕМИ БАЛАНСУВАННЯ ПРІОРИТЕТІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ

Рабінович С. П.,

кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник відділу міжнародного
приватного права та порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

Нині актуальність розробки проблеми поступової адаптації вітчизняного права до права європейського й, зокрема, до права Європейського Союзу (далі – ЄС) не потребує особливого обґрунтування. В останні роки вивченню цього питання присвячують увагу українські правники – представники галузевої і загально-теоретичної юриспруденції (М. Антонович, В. Денисов, Г. Забігайло, А. Задорожний, Ю. Капіца, Л. А. Луць, В. Муравйов, В. Плавич, П. Рабінович, Н. Раданович, В. Цветков, Ю. Шемшученко та ін.) [1].

Водночас залишаються недостатньо розробленими в означеній сфері питання загальнотеоретичного характеру. До них належить проблема наукового обґрунтування пріоритетів національної правової політики у сфері євроінтеграції.

Відтак, метою пропонованої статті є встановлення системи загальних принципів, взаємодія яких дозволить оптимізувати здійснення євроінтеграційного курсу правової політики України.

Науковий аналіз означеної проблематики, насамперед, передбачає її попередню логіко-системну та історичну контекстуалізацію, осмислення в хронологічних та структурних зв'язках як складову проблеми більш загального характеру, перспективи розв'язання якої істотною мірою зумовлені її конкретно-історичними витоками. Звідси постає потреба послідовного сходження від попереднього з'ясування метарівневих, системних проблем до аналізу, власне, тих питань, які визначені в назві статті.

Функціональна, інструментальна спрямованість порівняльного дослідження згаданих вище механізмів передбачає необхідність попереднього визначення цілей цієї гносеологічної процедури. В свою чергу, це зумовить, відповідно, відбір окремих прийомів (способів) компаративістського аналізу.

Звісно, згадані вище цілі, вочевидь задаються, насамперед, чинниками економіко-політичного й політико-правового характеру (правове забезпечення процесу євроінтеграції, а відтак – адаптації чинного та майбутнього законодавства України до права ЄС). Однак, визнаючи неабияку політичну й економічну значущість такої мети, зауважимо, що як її абсолютизація, так і розгляд у відриві від інших цілей правової політики України, мабуть, були би недостатньо коректними як з політичної, так і з теоретичної та з юридико-практичної точок зору.

Виходячи з соціально-функціонального осмислення позитивного права як такого й цілеспрямованих змін у національній юридичній практиці зокрема, слід нагадати, що, як відомо, чинники, які впливають на конкретний зміст правових норм, перебувають поза системою права. Позитивне право виступає формою офіцій-

ної владної підтримки, запровадження і просування належних, бажаних економічних, владно-управлінських та інших суспільних відносин. Фактори ж, які задають цільову спрямованість та конкретний зміст правового регулювання, мають власне не юридичний, а економічний, політичний, культурний, загальносоціальний характер. В аспекті встановлення найближчих та перспективних цілей національної правової політики у сфері євроінтеграції суттєвою є взаємодія між регулятивною дією суто фактичних обставин та інститутів (зокрема, сучасний стан української економіки, структура ринку тощо) і впливом тих соціальних регуляторів, які мають нормативне значення (морально-політичні й духовно-культурні цінності, ідеали тощо).

Відтак одним з перших завдань, розв'язання яких виступає передумовою для зближення механізмів захисту майнових прав у правових системах України та ЄС, постає уточнення й «зважування», ієрархізація пріоритетів національної правової політики у сфері євроінтеграції. Безперечно, такі пріоритети не становлять деякої апріорної данності, а натомість повинні стати результатом ціннісно-орієнтованого культурного вибору українського суспільства.

Цілі у праві, як слушно зауважує В. А. Бачинін, мають ціннісну природу, що, на думку цього автора, в сукупності з телеологічною природою правових цінностей дозволяє вести мову про телеологічну аксіологію права [2]. Під таким кутом зору можна стверджувати, що вивченню юридико-технічних аспектів дії будь-яких елементів механізму правового регулювання неминуче повинно передувати принаймні принципове узгодження деяких позицій політико-аксіологічного й аксіологічно-правового ґатунку, без чого обговорення проблем правового інструментарію досягнення політичних цілей, ступінь відповідності яких національним інтересам залишається нез'ясованим, буде суто формальним та соціально беззмістовним. З огляду на це важливим є відокремлення тимчасових і партикулярних політичних інтересів в сфері євроінтеграції від загальнонаціонального політичного інтересу в цій сфері, ціннісне осмислення якого, власне, й виступатиме важливою передумовою успішної гармонізації українського та європейського права.

Отже, вироблення стійкого консенсусу з принципових політико-правових питань є нагальною необхідністю, без реалізації якої навряд чи можна розраховувати на ефективність євроінтеграційних трансформацій вітчизняного правопорядку. Відтак видається можливим виокремити декілька *засадничих вимог (ціннісно-значущих принципів-цілей)*, які, в свою чергу, здатні виступати оцінювальними критеріями у виборі засобів, необхідних та допустимих для реалізації євроінтеграційних

завдань. Йдеться про принципи, так би мовити, макрорівня, тобто такі засади, які стосуються не самих лише механізмів захисту майнових прав як таких, але тих системних зв'язків, у яких ці механізми перебувають з іншими компонентами правової і, ширше, всієї соціо-регулятивної системи. Функціонально запропоновані нижче ціннісно-нормативні положення виступатимуть як своєрідними вказівниками, так і раціональними обмежувачами «адаптаційних» трансформацій української правової системи.

Отже, до таких принципів-цілей можна віднести такі засади:

1. Забезпечення наступництва розвитку національної правової системи. Серед політико-правових цілей, які мають неодмінно враховуватись у комплексі адаптаційних заходів, зазначеній меті, на наш погляд, має бути відведене чільне місце. Потреба в цьому зумовлена, по-перше, тим, що правова традиція, «відповідальна» за збереження своєрідності національної правової системи, виступає одним з важливих компонентів культурної ідентичності українського народу.

Звісно, поставлена мета вимагає, насамперед, встановлення правових аспектів такої ідентичності – ідентичності, яка постає не деякою позачасовою статичною даністю, а як конкретно-історична характеристика національної правової системи, як «правова традиція», що перебуває в постійному діалектичному розвитку [3].

Перехідний, трансформаційний характер економічних, політичних і, власне, правових процесів в українському соціумі призводить до того, що виявлення і констатація загальних, особливих та індивідуальних властивостей правової системи України нині постає як доволі непроста проблема. Адже, як відомо, в сучасній – вітчизняній та зарубіжній – теоретичній юриспруденції відсутня єдина відповідь на питання про типологічну належність національної правової системи до певної правової сім'ї. Втім, наявні позиції [4], по-перше, достатньо чітко виявляють відмінності у використуваній їх прихильниками методології типологізації правових систем постсоціалістичних країн (зокрема, різну «питому вагу» формально-юридичних («юридико-технічних», Р. Давид) та соціально-змістовних (культурно-цивілізаційних, ідеологічних тощо) критеріїв типологізації вітчизняної правової системи; по-друге, навряд чи потребує спеціального обґрунтування теза про залежність вибору таких критеріїв значною мірою від політичних та етнокультурних уподобань дослідників-компаративістів. Адже можливі наслідки застосування в процедурі типологізації виключно формальних (як зрештою, і виключно змістовних) критеріїв є достатньо очевидними.

У цьому контексті слід вказати й ще на один момент, котрий підсилює, так би мовити, методологічну інтригу стосовно євроінтеграційної адаптації українського права. Йдеться про загальну кризу культурної ідентичності, притаманну для країн Західної і Східної Європи. Так, за спостереженням А. Д. Рудокваса, «попри позірну очевидність єдності європейської цивілізації, неупереджений аналіз стороннього спостерігача демонструє, що насправді Європа як культурно-історична єдність переживає «кризу ідентичності», спрово-

ковану процесами євроінтеграції, і чи не єдиним реальним ресурсом для зміцнення загальної ідентичності країн цього регіону стає спільність права» [5].

Як можна зауважити, ідентичність соціокультурних систем України й країн ЄС визначається різними чинниками. *Якщо власне спільні правові традиції виступають чи не найважливішим фактором «зміцнення загальної ідентичності» соціонормативних систем країн ЄС і засобом культурної інтеграції в умовах реального плюралізму, то, натомість, специфіка правових традицій українського суспільства позначається суттєвим впливом низки позаюридичних регуляторів як нормативного, так і суто емпіричного плану – зокрема, політичних, моральних, культурних, економічних*

2. Збереження єдності й цілісності національної правової системи як компонента соціорегулятивної системи українського суспільства. З формальної точки зору засобом дотримання цієї вимоги виступає принцип системності (*системний підхід*). Забезпечення і підтримка дієвості *вже існуючих* зв'язків між елементами механізму правового регулювання в національній правовій системі (а механізм захисту майнових прав особи виступає складовою вищезгаданого механізму), а також підтримка зв'язків цієї системи з іншими соціальними регуляторами (зокрема, політичною й економічною системами суспільства) – зв'язків, які в сукупності забезпечують її функціонування, мають, на наш погляд, виступати пріоритетними завданнями правової політики.

З огляду на це, одним важливим методологічним уточненням видається вивчення можливостей *адаптації* не лише законодавства як провідної форми сучасної державної соціонорматики (така адаптація, хоч і є принципово можливою, однак поза її втілення у правозастосувальну практику неминуче залишатиметься неефективною), але *правової системи в цілому*, оскільки дієвість останньої, саме як системи, зумовлюється взаємозв'язками між її структурними елементами, зокрема, із загальносоціальною і професійною правосвідомістю, практикою реалізації і застосування правових норм.

Не менш суттєвим є питання про особливості взаємодії «факторного» (Г.В. Мальцев) економічного регулювання (саморегулювання) із державно-юридичним регулятивним впливом на економічні відносини. Специфічна структура нормативних та інших регуляторів в означеній сфері суспільних відносин, зокрема, засобів реалізації та захисту інтересів економічних відносин, залишається малодослідженим у вітчизняній юриспруденції питанням. Водночас без вивчення реальної ролі доі позаюридичних чинників регулювання української економіки, а також тенденцій їх подальшого розвитку будь-яке реформування правових механізмів охорони й захисту майнових прав неминуче залишатиметься малоефективним.

З означеними вище засадами має корелювати й така прагматична мета, як:

3. Соціальна дієвість та ефективність результатів правової адаптації національних механізмів захисту майнових прав до європейських. Засобом дотримання цієї вимоги виступає насамперед *емпірико-соціологічний підхід* до розгляду правових явищ. Необхідність його використання зумовлюється необхідністю прогнозування реальних соціально-економічних резуль-

татів адаптаційних трансформацій. У свою чергу, таке прогнозування можливо здійснити лише спираючись на емпірико-соціологічний аналіз вітчизняної правової системи, зокрема, на вивчення «живого права» (Є. Ерліх) як діючого порядку суспільних відносин.

Адже не випадково сучасними дослідниками – теоретиками й філософами права - наголошується на хибності уявлень про «всесилля» законодавчих змін, про можливість практично необмеженої законотворчості, що має своєю основою так званий «юридичний світогляд» (В. О. Туманов), «фетишизація юридичних засобів» (Г. В. Мальцев). Зокрема, як слушно вказує Г. В. Мальцев, «вельми суттєвим є питання про те, з якого матеріалу людина створює ідеальний образ порядку, що передує нормотворчості й реалізації норм. Насамперед, це наукові й ціннісні знання про об'єкт регулювання, уявлення про характер і можливості самого об'єктивного порядку, притаманного відповідним суспільним відносинам. Успіху соціального нормативного регулювання навряд чи може сприяти радикальна ломка природного ходу подій у регульованій сфері, але цей успіх є більш вірогідним, якщо людині вдасться опанувати об'єктивні закономірності, використати через них певні механізми саморегуляції», «... ідеальний образ порядку... значною мірою засновується на тому, що є, на внутрішніх резервах системи, на її здатності саморозвиватись і самозберігатись» [6].

Відтак, необхідність одночасної реалізації названих вище вимог (згаданих цілей) вимагає, аби будь-яке (галузеве чи міжгалузеве) дослідження в означеній сфері ґрунтувалось, по-перше, на результатах попереднього аналізу ролі об'єктивних чинників саморозвитку правової системи України, які забезпечують формування, збереження й відтворення її сутності (якісної визначеності) й не допускають її довільних перетворень; по-друге, на з'ясуванні специфіки взаємозв'язків національної правової системи з іншими компонентами соціонормативної сфери (насамперед, політикою і мораллю) та тенденцій подальшого розвитку цих взаємозв'язків; по-третє, на зв'язках між правом України та національною економікою, особливості організації й функціонування яких виступають суттєвими детермінантами розвитку законодавства як приватного, так і публічно-правового спрямування. В останньому випадку особлива увага має бути приділена вивченню взаємодії правових і позаправових механізмів регулювання і саморегулювання економіки в Україні.

Висновки. Таким чином, як ретельний типологічний аналіз правових систем України та ЄС, складовими яких виступають механізми правового регулювання майнових відносин та, зокрема, охорони й захисту суб'єктивних майнових прав та інтересів, так і *аналіз особливостей функціонування правових і позаправових механізмів реалізації та захисту майнових інтересів суб'єктів національної економіки*, виступають передумовами для вивчення можливостей адаптації відповідних інститутів українського права до права ЄС.

Розв'язання означеного завдання дозволить встановити об'єктивні межі сумісності національної правової системи з правом ЄС в частині інститутів, за посередництвом яких відбувається регулювання майнових

відносин і зокрема, функціонування механізмів захисту майнових прав та інтересів. Лише на такій основі стане можливою науково обґрунтована відповідь на питання про характер, який, з огляду на існуючі суспільно-політичні й економічні реалії, повинен мати процес адаптації – зокрема з урахуванням специфіки вітчизняної правової системи. Особлива значущість цього питання зумовлена принципово однобічною спрямованістю згаданого процесу.

Вироблення та уточнення стратегічних пріоритетів правової політики у сфері євроінтеграції вимагає, з одного боку, визначення економічних, соціальних і політичних інститутів та, відповідно, інститутів і галузей законодавства, а також, якою мірою нині йдеться не лише про *формально-текстуальну*, документальну, але й про дієву *соціально-змістовну*, правозастосувальну й правореалізаційну адаптацію, а також про вибір її найбільш оптимальних форм.

З іншого ж боку, визначення тих сфер правового регулювання, у яких адаптаційні процеси характеризуватимуться особливою потенційною складністю, дозволить максимально оптимізувати розробку довгострокової адаптаційної програми із визначенням найближчих та перспективних послідовних завдань, які мали б бути реалізованими в її межах.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Антонович М. Україна в міжнародній системі захисту прав людини: Теорія і практика. – К., 2007; Забігайло В. Право України в контексті його апроксимації до права Європейського Союзу // Українсько-європейський консультативний центр з питань законодавства. Інформ. бюлетень центру. – 2000. – № 4; Задорожний А. О государственной политике Украины в сфере гармонизации законодательства Украины и стран Европы // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы. – К., 2003. – С.115–122; Каниця Ю. Наближення законодавства України до законодавства ЄС відповідно до Угоди про партнерство і співробітництво між Європейським Союзом і Україною: цілі та методи // Український правовий часопис. – 1998. – № 2. – С. 18–24; Луць Л. А. Європейські міждержавні структури та проблеми інтеграції з ними правової системи України. Теоретичні аспекти. – К., 2003; Муравйов В. І. Правові аспекти співробітництва України з європейськими економічними структурами // Суверенітет України і міжнародне право. – К., 1995. – С.150–176; Плавич В. Сучасні проблеми гармонізації законодавства України з нормами міжнародного права. – 2003. – № 2. – С. 89–94; Рабінович П. М. Про критерії відповідності національної юридичної практики нормам Конвенції про захист прав і основних свобод людини // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Дослідження. Нормативні акти. – Львів, – 2000. – № 4. – С. 20–24; Раданович Н. М. Національна імплементація міжнародних договорів щодо прав людини: загально-теоретичне дослідження (на матеріалах впровадження Конвенції про захист прав і основних свобод людини): Автореф. ... дис. ... канд. юрид. наук. – Львів, 2000; Шемшученко Ю. С. Теоретические проблемы гармонизации законодательства Украины с европейским правом // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы. – К., 2003. – С. 35–42; Цветков В. В. Эффективность управления – важный фактор гармонизации законодательства // Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы. – К., 2003. – С. 81–100.
2. Бачинин В. А. Морально-правовая философия. – Х., 2000. – С. 178–179.
3. Лобода Ю. Феномен права та правова традиція // Ант ропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми,

перспективи). Статті учасників Другого Всеукр. круглого столу (м. Львів, 1 – 2 грудня 2006 року). – Львів, 2007. – С. 163–164.

4. Див. напр.: *Оборотов Ю. Н.* Традиції і новачи в правовому розвитку. – Одеса, 2001. – С. 115 – 125; *Порівняльне правознавство / В. Д. Ткаченко, С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов*; за ред. В. Д. Ткаченка. – Харків, 2003. – С. 42–46.

5. *Рудоквас А. Д.* Неопандектистика и европейское право (вступительное слово к дискуссии) // *Ius Antiquum*. – 2005. – № 15 // www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/Rudokvas-Neopandettistica-diritto-europeo.htm; *Mol-lers Th. M. J.* The Role of Law in European Integration // *The American Journal of Comparative Law*. – Vol. XLVIII. – 2000. – № 4. – P. 681.

6. *Мальцев Г. В.* Социальные основания права. – М., 2007. – С. 27–28.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ ТРАНСФЕРУ ТЕХНОЛОГІЙ ТА НАЦІОНАЛЬНІ ПРІОРИТЕТИ: ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ

Капіца Ю. М.,

*кандидат юридичних наук,
директор Центру інтелектуальної власності
та передачі технологій НАН України*

Міжнародна передача (трансфер) технологій розглядається у трьох аспектах: як взаємовигідний обмін технологіями, міжнародний розподіл праці в галузі створення та практичного освоєння інтелектуальних цінностей, як вирішальний фактор економічного розвитку країни, як засіб економічної експансії, технологічної залежності однієї країни від іншої.

Саме спроможність країни бути на вістрі технологічних нововведень визначає конкурентоспроможність її економіки у світі, є основою економічної та політичної незалежності, забезпечення високих соціальних стандартів. Особливе значення трансфер технологій має для України, яка проголосила інноваційний, соціальний шлях розвитку економіки.

Незважаючи на актуальність питань трансферу технологій, проблеми ввезення застарілого обладнання, інвестування в енерго- та матеріалоемні виробництва в Україні досі не вироблена політика щодо експорту та імпорту технологій, залучення іноземних технологічних інвестицій. Окремі її елементи були визначені в Програмі економічних реформ Уряду України від 18.10.96, більш повно в Концепції державної промислової політики України від 29.02.96. У Концепції науково-технологічного та інноваційного розвитку України, схваленої Верховною Радою України 13.07.99, були сформульовані лише загальні завдання з «удосконалення організаційно-економічного механізму міжнародної передачі технологій».

Водночас спроби забезпечити підтримку іноземних технологічних інвестицій та експорту в певних галузях промисловості України, зокрема, автомобілебудуванні, зустрічають непорозуміння з боку іноземних держав, ЄС та розцінюються як порушення принципів СОТ, Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та ЄС.

Відсутність прийнятого підходу щодо трансферу технологій мало наслідком підготовку більш ніж трьох років проекту Закону України «Про державне регулювання трансферу технологій в Україні», що зазнав двох принципових змін концепції та викликав негативну оцінку фахівців.

З урахуванням викладеного нагальним науковим та практичним питанням є аналіз досвіду іноземних країн, зокрема, нових індустріальних держав з розвитку вітчизняних наукоємних виробництв, залучення іноземних технологічних інвестицій та імпорту технологій. Сприя-

мування України на вступ до Світової організації торгівлі та врахування її майбутньої інтеграції в ЄС потребують аналізу можливості застосування засобів протекціонізму з точки зору міжнародних договорів.

Питання міжнародної передачі технологій, її зв'язку з технологічним розвитком досліджувалось UNCTAD та в багатьох працях іноземних вчених – Blakeney M., Chudson W., Helleiner G. K., Mansfield E., Muchlinski P., Patel S. J., Roffe P., Verma S. K. та ін. В Україні дослідження Б. Малицького, В. Соловійова, Г. Андрощука, В. Денисюка присвячені аналізу потоків міжнародної передачі технологій, а також важелям державного впливу на технологічний розвиток України. Проте проблема співвідношення міжнародного та національного регулювання в сфері трансферу технологій спеціально не розглядалася.

У статті висвітлюються питання міжнародно-правового регулювання трансферу технологій, досвіду Іноземних держав у галузі залучення іноземних технологій, а також проблеми підтримки національних технологічно орієнтованих виробництв на сучасному етапі.

Міжнародно-правове регулювання трансферу технологій

Негативні аспекти міжнародної передачі технологій (обмеження прав набувачів технологій, значний вивіз капіталу через неадекватно високий рівень роялті та дивідендів, ввезення ресурсоемних, екологонебезпечних технологій, обмеження дифузії наданих знань, спрямованість підприємств з іноземними технологічними інвестиціями на використання іноземної сировини, матеріалів, робочої сили, видалення через створення таких підприємств або через закупівлю іноземного обладнання та матеріалів національних виробників тощо) привели до розробки в 1975-1985 рр. в рамках ООН Міжнародного кодексу поведінки у галузі передачі технологій [1].

Проект Кодексу визначив засоби державного регулювання міжнародної передачі технологій¹, включив положення, які можна та які не повинні включатися до

¹ Умови перевезу платежів, податковий режим, політика в галузі цін, умови внутрішнього кредитування та фінансування; аналіз, оцінка та реєстрація угод з передачі технологій, визначення їх умов та строків чинності, регулювання угод з іноземними фірмами, що можуть витиснути національні підприємства з внутрішнього ринку, визначення напрямів діяльності іноземних підприємств тощо (глава IV Кодексу).

договорів з передачі технологій, визначив процедуру переговорів з укладання договорів.

У зв'язку з розбіжністю позицій капіталістичних та інших країн щодо обов'язкової чи рекомендаційної сили Кодексу, його не було прийнято, проте як «м'яке право» він зіграв визначальну роль у формуванні одноманітного національного законодавства багатьох країн, що розвиваються, нових індустріальних та розвинутих країн.

З 1985 р. положення щодо різних аспектів передачі технологій, увійшли більш ніж в двадцять багато сторонніх міжнародних угод¹, інші багатосторонні Іструменти², значну кількість регіональних³, міжрегіональних⁴ та двосторонніх⁵ угод.

Зазначені договори розподіляються на такі, що забезпечують захист технологій (TRIPS, NAFTA, Угоди про створення ЄС, Андської групи та ASEAN тощо) та які присвячені прямим заходам з трансферу технологій. В останньому випадку йдеться про спеціальні технології: щодо захисту здоров'я людини та навколишнього середовища, збереження біорізноманітності, освоєння та використання морських ресурсів та ін. Разом з тим, коли перша категорія договорів передбачає в основному запровадження національних заходів з їх імплементації, друга - має механізми реалізації, включаючи передбачене фінансове забезпечення (наприклад, Монреальський протокол про речовини, що знищують озонний шар).

В окрему групу договорів входять Угоди СОТ, дво та багатосторонні угоди щодо захисту інвестицій, Угоди ЄС про асоціацію та партнерство та співробітництво, які

¹ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS), Угода про технічні бар'єри у торгівлі, Угода про пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи, Генеральна угода про торгівлю послугами, Договір про енергетичну хартію, Конвенція ООН про морське право, Рамкова конвенція ООН про зміну клімату та Кіотський протокол, Віденська конвенція про захист озонного шару та Монреальський протокол про речовини, що руйнують озонний шар, Базельська конвенція про контроль за трансграничним перевезенням небезпечних відходів та їх видалення, Конвенція про біологічне різноманіття та Картахенський протокол, Роттердамська конвенція про процедуру попередньої обґрунтованої згоди відносно окремих небезпечних хімічних речовин та пестицидів у міжнародній торгівлі, Конвенція про трансграничний вплив промислових аварій тощо.

² План 21 саміту щодо Землі в Ріо, Рішення СОТ про заходи з підтримки найменш розвинутих країн, Міжнародні зобов'язання щодо генетичних ресурсів рослин, Третій саміт країн Америки – План дій, Керівництво OECD щодо багатонаціональних корпорацій, X план дій UNCTAD тощо.

³ Договір про створення ЄС, Договір про створення Карибського Співтовариства, Картахенська угода, Договір про створення північноамериканської зони вільної торгівлі, Договір про створення африканського економічного співтовариства, Угода про співробітництво у галузі енергетики ASEAN, План дій Ханюю тощо.

⁴ Міжрегіональна рамкова угода зі співробітництва Європейський Союз – Mercosur, Міжрегіональна рамкова угода між ЄС та його державами-членами та Південним спільним ринком, Договір про співробітництво між членами Африканської, карибської та тихоокеанської групи країн та ЄС та його державами-членами.

⁵ Угода про партнерство та співробітництво між ЄС та його державами-членами та Україною, Угоди між Агентством з міжнародного розвитку США та Непалом, Тунісом тощо.

мають особливе значення для України, оскільки визначають межі застосування країнами – учасниками засобів підтримки та захисту національного виробника [2].

Прийняття в 1994 р. Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS) було сприйнято країнами-учасницями СОТ як визначальний крок до подолання піратства, встановлення високих стандартів захисту прав інтелектуальної власності.

Проте вже в 2001 р. занепокоєність багатьох країн щодо односторонності цієї Угоди, її негативного впливу на технологічний розвиток спричинило створення в 2001 р. Четвертою конференцією міністрів у Доха (далі - Конференція) Робочої групи з торгівлі та трансферу технологій із завданням проаналізувати зв'язок між торгівлею та трансфером технологій та визначити кроки, що мають бути здійснені для збільшення потоку технологій до країн, які розвиваються (далі – КР).

Діяльність робочої групи знову майже через 20 років після Міжнародного кодексу поведінки у галузі передачі технологій стала своєрідним стимулом до досліджень, пов'язаних з міжнародною передачею технологій, а також привернула увагу до аналізу трансферу технологій, що здійснювалося UNCTAD.

За результатами робіт з'явилася пропозиція Робочої групи про необхідність аналізу положень усіх договорів СОТ, пов'язаних з трансфером технологій, які можуть призводити до перепон передачі технологій до країн, що розвиваються [3].

Широкого резонансу набуло дослідження «Трансфер технологій для успішної інтеграції у глобальну економіку» UNCTAD 2003 року [4], що має виняткове значення також і для України. Було вивчено три приклади успішного становлення галузей промисловості, які набули міжнародної оцінки та конкурентоспроможності: в Індії – виробництво ліків, в Південній Африці – автомобілебудування та Бразилії – літакобудування (Embraer).

Становлення національного виробництва літаків стало можливим за допомогою комплексу засобів державного впливу, що включало спеціальне податкове регулювання та правила з державних закупівель, участь уряду у визначенні принципів договорів продажу, надання кредитів за пільговими процентами. Це призвело до ініціювання Канадою справи проти Бразилії у зв'язку з тим, що такі засоби підтримки розцінювалися як субсидування експорту.

Більш значним було втручання уряду у створення національної фармацевтичної індустрії в Індії засобами тарифного захисту, контролю за цінами, обмеження у набутті іноземними компаніями підприємств галузі та, що було найбільш важливим, запровадження особливо-го патентного режиму, який передбачав захист винаходу в короткий період та значною мірою забезпечував захист процесу, ніж продукту, що на цей час суперечить TRIPS та має бути змінено до 2005 р. Проте це дозволило індійським компаніям винайти власні засоби виробництва відомих ліків та закріпитися на внутрішньому, а в подальшому і зовнішніх ринках. Застосовувалося пільгове оподаткування витрат на дослідження та розробки. Відповідно до Угоди СОТ про субсидії та компенсаційні заходи такі міри є заборонені та мають бути припинені протягом п'яти років після набрання чинності Угодою.

У Південній Африці здійснювалася політика, що мала б суперечити сьгоднішнім правилам СОТ, пов'язана з диференційованим тарифним захистом та правилами, спрямованими на підтримку національного виробництва не тільки кінцевої продукції - автомобілів, але й окремих деталей.

Загальний висновок дослідження: успішний розвиток національних виробництв та закріплення позицій країн на зовнішньому ринку не могло б статися за умов набрання чинності угод СОТ.

Спробою частково вирішити вказані проблеми стала прийняття Конференцією рішень щодо повного застосування країнами СОТ примусового ліцензування з метою захисту охорони здоров'я, можливості експорту до певних РК ліків, вироблених за примусовою ліцензією; свободи країн у встановленні власного режиму вичерпання прав інтелектуальної власності; стосовно фармацевтичної продукції – продовження для найменш розвинутих країн перехідний період з 10 до 20 років.

Для країн, що розвиваються, вступ у силу Угоди про пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи було продовжено на 5, а для найменш розвинутих країн – на 7 років. Щодо Угоди про субсидії і компенсаційні заходи, то Конференція для таких країн визначила процедуру продовження перехідного періоду після закінчення існуючого восьмирічного строку. До Робочої програми було включено проведення переговорів про збереження прав країн надавати субсидії з метою регіонального розвитку, фінансування досліджень, впровадження екологонебезпечних виробництв тощо.

Проте зазначені заходи стосувалися країн, що розвиваються, а не країн перехідної економіки, до яких відноситься Україна.

Зазначимо, що літакобудування в Україні відноситься до стратегічних, а автомобілебудування, виробництво ліків – пріоритетних напрямів промисловості. Однак, щодо першого – незважаючи на високий технологічний рівень, досі як виробництво, так і експорт літаків Власного виробництва не набули комерційного втілення. Виробництво власного легкового автомобіля не стало експорторієнтованим. Заповнення певної ніші на внутрішньому ринку було пов'язане не з технічними перевагами, а низькими ціновими показниками. Для автомобілів Іноземних марок, що збираються в Україні, характерна перевага комплектуючих іноземного виробництва.

Найбільш критичне становище у фармацевтичній галузі. В умовах складності впровадження нових ліків, що створюються національними науковими установами, ринок України переповнено ліками іноземного виробництва, або ліками, що розфасовані за ліцензіями іноземних компаній на українських підприємствах.

Регулювання міжнародного трансферу технологій в іноземних країнах

Аналіз законодавства країн з регулювання експорту та імпорту технологій дозволяє виділити три групи країн [5].

Перша включає Корею, Китай, Грецію, Францію, Мексику, Аргентину, Бразилію, Польщу та інші, що найбільш повно застосували положення Міжнародного кодексу поведінки в галузі трансферу технологій, запровадивши спеціальне законодавство з регламентації імпорту технологій з дозвільним порядком укладання контрактів.

Так, наприклад, у Китаї відповідно до Правил з управління контрактами на імпорт технологій 1985 р. можливим був імпорт технологій, що передбачав хоч би одну з таких вимог: створення нової продукції, покращення якості товару, зменшення витрат виробництва, споживання енергії та сировини, використання місцевих ресурсів. До контракту не мали включатися необґрунтовані обмеження, в тому числі вимоги про придбання техніки, послуг, які не відносяться до технології, обмеження у вдосконаленні технології, вимоги сплат за патенти, які не використовуються або є недійсними, заборона використання технології після закінчення контракту тощо. Постачальник був зобов'язаний навчити персонал набувача. Роялті звичайно обмежувалися 2–5 відсотками. Строк контракту не мав перевищувати 10 років.

Контракт набрав чинності після його розгляду та схвалення компетентним органом у строк до 60 днів. Аналогічний контроль здійснювався у Китаї і стосовно іноземних інвестицій поряд з застосування системи податкових та інших пільг із залучення технологічно орієнтованих інвестицій.

Корея, крім регулювання імпорту технологій, відома виваженою політикою щодо іноземних інвестицій. Так, до середини 60 років ХХ ст. колишня сільськогосподарська колонія Японії була закрита для іноземних інвесторів. З 1966 р. почалося здійснення програми імпортозаміщення та індустріалізації. Після лібералізації економіки на початку 70 рр. дозволялося створювати спільні підприємства з часткою іноземного капіталу до 50%. Вона могла бути більшою, якщо засновувалися підприємства, повністю орієнтовані на експорт та такі, що не створюють конкуренції власним виробництвам, підприємства, що використовують сучасні технології. З метою укріплення національного сектора для іноземних інвестицій було закрито 60 % галузей економіки.

У 1980 р. має місце подальша лібералізація. Іноземний інвестор може володіти більш 50 % статутного капіталу підприємств. Для інвестицій залишається закритими 36 % галузей економіки. При видачі дозволів на здійснення інвестування держава виходила з концепції Р. Верона, за якою в Кореї мали бути зосереджені виробництва, які застосовують останню стадію виробничого циклу.

Прийняття в 1991 р. Закону про іноземні інвестиції ще більш відкрило економіку Кореї. Лише 20% галузей залишилося закритими. Для проектів з часткою іноземного капіталу більше 20% необхідно було отримати дозвіл Міністерства фінансів, більше 20 млн. дол. – спеціального урядового комітету, менше 50% – достатньо повідомлення про інвестування.

В інших країнах на перше місце виступає не технологічна сторона контракту, а контроль за валютною окупністю контракту, розміром ліцензійних платежів з обов'язковою реєстрацією контракту. Такий порядок було встановлено в Австралії, Чилі, Швейцарії, Швеції, Південній Африці, Японії, Австрії. У цих країнах переказ ліцензійних виплат міг здійснюватися лише за дозволом, що надавався після вивчення ефективності контракту.

У провідних розвинутих країнах з позитивним валютним балансом – США, Японія, Німеччина, інші кра-

їни ЄС – таке регулювання не мало великого значення. Вплив на передачу технологій здійснювався за допомогою картельного законодавства. Як правило, не допускалося надання однієї з сторін виключного права на продаж виробів, заборонялося зобов'язувати покупця технології купувати сировину, обладнання, додаткові технології лише у певного продавця, а також не купувати та використовувати конкуруючі технології, не допускалося обмеження обсягу виробництва виробів, цін тощо. Особлива увага в США, інших країнах приділяється фінансовій, податковій та організаційній підтримці внутрішньої передачі технологій від державних лабораторій, університетів промисловим підприємствам, малому бізнесу.

Проблеми регулювання імпорту технологій та технологічних інвестицій в Україні

Технологічна незалежність і міждержавний баланс технологій є необхідною умовою розвитку країни наукомісткої орієнтації. За значним обсягом передачі технологій одних країн іншим стоїть два фактори. Перший полягає в тому, що новітні технології не продаються, ними обмінюються. Другий – в тому що кожна з країн, яка претендує на зміну сировинної, енергоємної спрямованості (Китай, Південна Корея, Японія, Індія та ін.) проводить жорстке державне регулювання передачі технологій, здійснює програми розвитку вітчизняних високотехнологічних виробництв.

Істотне обмеження у виборі Україною тієї чи іншої форми регулювання передачі технологій становить нинішній період. Для кожної з нових індустріальних країн перший етап національного розвитку був пов'язаний із спрямуванням іноземних інвестицій та імпорту технологій у досить вузькі пріоритетні галузі, закриттям цілого ряду галузей для іноземних інвесторів.

Такі заходи здійснювалися в умовах обмеженого впливу Генеральної угоди з тарифів та торгівлі (ГАТТ 1947, що застосовувалася країнами настільки, наскільки угода була сумісна з законодавством держав-учасниць (Протокол про тимчасове застосування ГАТТ 1947), при участі у протоколах, що тлумачать положення ГАТТ, різних країн.

З формуванням національного конкурентноздатного сектора в іноземних країнах відбувається лібералізація торгового й інвестиційного законодавства. На перше місце виходить політична боротьба за усунення торгових бар'єрів в інших країнах. Приклад цього – організація Міжнародної організації торгівлі, залучення до неї нових країн, включаючи Україну.

Україна, яка мала негативний валютний баланс, сировинну спрямованість експорту, диспропорції у структурі економіки, низьку вартість основних фондів, робочої сили, з прийняттям законів у галузі інвестування і зовнішньоторговельної діяльності 1991–1993 років цілком відкриває внутрішній ринок для іноземного інвестора та експортера. Питання реєстрації спільних підприємств передаються місцевим органам влади. Будь-яке регулювання, що обмежує вкладення капіталу у непріоритетні області, є відсутнім¹. Пільги та інші засоби підтримки інвестицій, що використовують сучасні технології, передбачені Державною програмою стимулювання іноземних інвестицій в Україні від 17.12.93,

Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність», були не реалізовані або невдовзі відмінені. Відсутність інформації про зміст укладених контрактів, аналізу технологічної і валютної ефективності інвестицій та імпорту технологій різко відрізняє Україну від інших країн, які знаходилися у схожих з Україною умовах.

Разом з тим фіктивна передача технологій, завищення вартості технології і відповідно висока частка інвестора в статутному капіталі компанії може призвести до неадекватного вивозу капіталу за кордон.

Мають місце інвестиції в енергоємні галузі, перешкоджаючи тим самим структурним зрушенням. Іде придбання технологій, що прив'язані до іноземних комплектуючих, сировини, технологій, які дублюють вітчизняні, що руйнівню позначається на національних наукових та виробничих колективах. При укладанні контрактів можливі обмеження в удосконаленні отриманої технології, нерівноправні умови обміну наступними змінами, обмеження кількості, виду і ціни продукції, що буде вироблятися одержувачами технологій тощо.

Істотне значення з протидії застосування неконкурентних умов договорів мають закони України «Про захист від недобросовісної конкуренції» та «Про захист економічної конкуренції». Проте вказані акти не враховують специфіку договорів про трансфер технологій, для регулювання яких в США, ЄС, Японії прийнято спеціальне законодавство [6].

Недоліки регулювання в Україні імпорту технологій та іноземних технологічних інвестицій спонукали автора до внесення пропозиції щодо підготовки спеціального законопроекту, що повинен містити засоби стимулювання передачі технологій у пріоритетні галузі економіки, перешкоджав би імпорту застарілих технологій та подібних до існуючих в Україні, визначав вимоги до договорів у сфері міжнародного трансферу технологій, порядок їхнього розгляду, моніторингу виконання [7]. Ці заходи знайшли відображення у посланні Президента України до Верховної Ради України 2001 р., де зверталась увага на необхідність розробки Закону України «Про імпорт технологій та іноземні технологічні інвестиції».

Певні сподівання на вирішення зазначених проблем очікувалися від Закону України «Про трансфер технологій», що був розроблений Міністерством освіти і науки України відповідно до Указу Президента від 20 серпня 2001 р.

Проект, підготовлений за участю фахівців НАН України, передбачав створення підрозділів з охорони інтелектуальної власності та трансферу технологій в державних установах, органах державної влади (аналогічно положенням Закону США про технологічні інновації 1980 р.); зобов'язання органів влади з організації впровадження нових технологій; порядок виплати винагороди авторам технологій; принципи створення інфраструктури трансферу технологій; стимулювання організацій – користувачів та розробників технологій; податкові пільги при трансфері технологій; створення системи проведення кон'юнктурних досліджень, конт-

¹ Відмова з мотивів недоцільності іноземних інвестицій не допускається (ст. 14 Закону України «Про режим іноземного інвестування»).

ролю імпорту технологій та іноземних технологічних інвестицій; визначав перелік неконкурентних умов, що забороняється включати до договорів з трансферу технологій тощо.

Проте під час розгляду Закону в апараті Кабінету Міністрів України його було перероблено, змінена концепція та назва. В новому проекті Закону України «Про державне регулювання трансферу технологій в Україні», поданого до Верховної Ради України 17.07.03, на перший план вийшло розширення прав державних органів. З'явилися положення з обов'язкової експертизи технологій, включаючи об'єкти права інтелектуальної власності, обладнання, що створюються вітчизняними приватними та державними організаціями та реєстрації договорів на передачу технологій, в тому числі, які укладаються між резидентами України. Державні органи отримали право перерозподіляти права на технології, обладнання, об'єкти права інтелектуальної Власності, що є державною власністю, підбирати потенційних контрагентів для трансферу технологій, надавати дозвіл на патентування за кордоном і ліцензування тощо.

Вказані положення суперечили як нормам TRIPS, так і Цивільному, Господарському кодексам України, іншим законам, не мали аналогів в законодавчій практиці іноземних країн. У листі НАН України до Кабінету Міністрів України від 02.06.03 зазначалося, що запропонована проектом експертиза технологій, а також реєстрація угод, що укладаються між організаціями України, суттєво загальмує процес інновацій. На невідповідність проекту законам України вказувалося і в експертному висновку Міністерства юстиції України від 07.04.03, а також фахівцями академічних установ, керівниками підприємств, депутатами [8].

Враховуючи зауваження, під час підготовки до другого читання проект був перероблений та більшість суперечливих положень знято. Проведення експертизи вітчизняних та іноземних технологій залишилося у випадках, якщо передбачалося отримання податкових пільг за умов передачі технологій або їх використанні. Крім того така експертиза мала здійснюватися щодо імпорту іноземних технологій за рахунок коштів Державного бюджету України.

Проте враховуючи обмаль норм прямої дії у Законі, що був прийнятий 14 вересня 2006 р., єдиний механізм впливу – надання податкових пільг, які, як і аналогічні пільги за Законом України «Про інноваційну діяльність», не застосовуються, Закон має в основному декларативний характер та не вирішуватиме проблем підтримки національних технологічно орієнтованих виробництв, контролю іноземних технологій, їх спрямування у пріоритетні сфери економіки.

З урахуванням наведеного актуальним, на наш погляд, є акцентування на трьох напрямках законодавчого регулювання.

Перший – із врахуванням досвіду застосування Кодексу UNCTAD 1985 р. виробити для певних галузей промисловості або конкретних проектів систему засобів підтримки з урахуванням їх сумісності з вимогами СОТ, використання можливих перехідних періодів, а також інструментів, які пропонуються Угодами СОТ:

митні тарифи, антидемпінгове або компенсаційне мито, обмеження кількості чи вартості імпорту для збереження рівноваги платіжного балансу, заходи щодо сприяння економічному розвитку, надзвичайні дії щодо імпорту окремих товарів, заходи, що стосуються захисту життя чи здоров'я людей, тварин та рослин; попередження недобросовісної обманної практики, застосування зон вільної торгівлі тощо.

Зазначимо, що регуляторні засоби однакові для резидентів та нерезидентів України задовольняють принципу національного режиму ГАТТ-СОТ.

Прийняти комплексні акти законодавства з реалізації зазначених заходів. Змінити положення ст. 14 Закону України «Про режим іноземного інвестування», передбачивши можливість певних вимог до напрямів та результатів інвестування.

Другий – запровадити реєстрацію зовнішньоекономічних договорів з передачі технологій здійснення контролю за антиконкурентними діями у таких договорах (можливість чого передбачено ст. 40 TRIPS) та врахування досвіду обліку в Україні окремих видів зовнішньоекономічних договорів. Закріпити порядок визначення верхніх меж роялті для різних сфер діяльності. Засобами податкового впливу або через встановлення умов передачі технологій визначити напрями спрямування технологій та вимоги до таких технологій відповідно до досвіду іноземних країн. Уточнити перелік положень договорів з передачі технологій, що є не конкурентними, та вимоги до узгоджених дій стосовно таких договорів з врахуванням положень Регламенту (ЄС) № 772/2004, а також Керівництва щодо застосування Статті 81 Договору ЄС до договорів з трансферу технологій 2004 р. [9].

Третій напрям пов'язаний із запровадженням заходів з прискорення внутрішньої передачі технологій в Україні, що, зокрема, включає створення системи комерціалізації наукових результатів, одержаних за рахунок коштів державного бюджету, визначення умов виплати винагороди творцям об'єктів права інтелектуальної власності, податкове стимулювання трансферу технологій, створення ринку венчурного капіталу, системи надання кон'юнктурної інформації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology*. – UNCTAD, 1985.
2. *Compendium of International Arrangements of Transfer of technology: Selected Instruments*. UN. UNCTAD/ITE/IPC/Misc.2. – 2001.
3. *Report (2004) of the Working Group on Trade and Transfer of Technology to the General Council*. 1 December 2004. WT/WGTIT/6.
4. *Transfer of technology for Successful Integration into the Global Economy*. UN. New York and Geneva, 2003. UNCTAD/ITE/IPC/2003/6.
5. *Кануца Ю. М.* Экспорт – импорт технологий: правовое регулирование. – К.: Интергид, 2000. – 104 с.
6. *Guidelines for the Regulation of Unfair Trade Practices with Respect to Licensing Agreements in Japan*, 1989.
7. *Кануца Ю. М.* Передача технологий: государственное регулирование // Юридический вестник. – 1995. – № 3.
8. *Наукова громадськість про законопроект України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»: бути чи не бути? // Інтелектуальна власність*. – 2004. – № 7. – С. 51–52.
9. *Commission notice Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements (2004/C 101/02) // OJ, C 101/2, 27.04.2004.*

ТРАНСКОРДОННІ БАНКРУТСТВА У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Бірюков О. М.,

кандидат юридичних наук,

доцент Інституту міжнародних відносин

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Законодавство про банкрутство спрямоване на регулювання важливих суспільних відносин, що виникають між кредиторами і боржником, коли останній не може виконати свої майнові зобов'язання щодо наявного майна. Зазначимо, хоча такі проблеми за своєю природою є економічними, їх розв'язання вимагає специфічних юридичних засобів, що містяться в арсеналі приватного права. Практично у всіх країнах світу юридичні способи розв'язання проблем неспроможності повернути борги містяться в окремій сфері національного законодавства.

Вчення про банкрутство в Україні є досить молодю галуззю вітчизняної науки. Дослідження у сфері вивчення правової природи відносин неспроможності, ускладнених іноземним елементом, сучасної практики розгляду справ про банкрутство особи, порушених на території щонайменше кількох країн, а також особливостей регулювання процедур щодо здійснення множинних проваджень у транскордонній справі про банкрутство в Україні є досить новою сферою наукових пошуків. Тільки окремі учені у своїх дослідженнях торкаються транскордонних банкрутств. Відомий в Україні науковець і суддя В'ячеслав Джунь уперше ввів у науковий обіг юридичну конструкцію *транскордонні банкрутства* [1]. Відомо, що Ілля Новосельцев здійснює дослідження у цій галузі науки, а деякі аспекти участі іноземних суб'єктів права у справах про банкрутство висвітлювалися у дослідженнях доктора юридичних наук Бориса Полякова [2].

Сьогодні на стан світової торгівлі впливають такі чинники, як інтернаціоналізація, регіоналізація та глобалізація. Глобальну економіку можна визначити як простір, у якому практично не існує кордонів для економічних зв'язків [3, с. 162]. Це сприяло розширенню можливостей для фізичних осіб та компаній вільно у географічному вимірі і без перешкод користуватися і розпоряджатися своїм майном [4, с. 3].

Не слід також забувати, що глобальна економіка стає більш взаємопов'язаною та залежною від її учасників. В цих умовах світовий ринок стає більш уразливим до криз і болісно реагує на випадки неефективного управління. У таких умовах роль міжнародного, і особливо міжнародного приватного, права зростає.

Практика, згідно з якою громадянин однієї держави має можливість реалізувати своє право власності за межами національних кордонів, внесла цілком нове забарвлення у характеристику сучасного світу. Проблеми, що виникають із транскордонних банкрутств характеризуються особливою складністю. Вони, як правило, пов'язані з тим, що кредитори або майно учасників економічних відносин знаходяться на території щонайменше кількох країн.

Сучасний розвиток міжнародної торгівлі характеризується тим, що її учасниками все більше стають транснаціональні корпорації та багатонаціональні компанії.

Діяльність таких суб'єктів права потребує окремої уваги, особливо в разі виникнення майнових проблем. Як результат ускладнення майнових зв'язків і спрощення ведення бізнесу за межами країни реєстрації бізнесу, а також з розширенням кількості учасників майнових відносин та кола суб'єктів банкрутства ускладнюються й проблеми, що виникають у торговому обороті.

Світова практика розв'язання майнових проблем неспроможних боржників у міжнародній торгівлі, учасниками яких виступають як транснаціональні корпорації, так і суб'єкти національного права різних країн, потребує створення міжнародних механізмів для розв'язання складних проблем, що виникають у сфері здійснення ними підприємницької діяльності. Особливі складності з'являються у ситуаціях, коли такі учасники економічних відносин виявляються не в змозі виконувати свої майнові зобов'язання. У таких випадках порушується справа про визнання такої особи неспроможною чи банкрутом. Кількість справ про визнання боржників неспроможними останнім часом драматично збільшується.

Для позначення справ, пов'язаних з неспроможністю суб'єктів права, які ведуть свій бізнес у більше ніж одній країні, широко у світі використовується термін *транскордонна неспроможність (Cross-Border Insolvency)* чи *транскордонні банкрутства*. Сьогодні вже можна говорити про появу окремої сфери міжнародного приватного права, якою є транскордонні банкрутства.

У випадках, коли майнові проблеми учасників цивільного обороту виходять за межі окремої країни, це стає предметом регулювання *міжнародним приватним правом*. Особливої ваги тут також набувають міжнародно-правові механізми для розв'язання проблем, що виникають між приватними особами – суб'єктами права різних країн.

Здійснюючи дослідження у цій досить специфічній сфері правового регулювання суспільних відносин, автор ставить за мету на основі вивчення доктрини міжнародного приватного права, міжнародних документів, відповідного законодавства деяких країн світу дійти висновків теоретичного характеру та розробити рекомендації з удосконалення чинного законодавства щодо регулювання транскордонних банкрутств. У цій статті автор спробує окреслити загальну проблематику та визначитися з основним напрямом подальших наукових досліджень у цій сфері.

Перші судові справи про банкрутство компаній, що ведуть свій бізнес на території кількох країн або мають майно за межами країни реєстрації (наприклад, відома справа *Maxwell Corporation Corp.*) [5], показали, наскільки глибокими можуть бути суперечності між різними системами правового регулювання відносин неспроможності при розгляді транскордонної справи. Тому навіть добре розроблене законодавство країн світу, норми якого застосовуються у відповідній справі, не

в усіх випадках можуть запропонувати ефективні засоби розв'язання проблем, що виникають із неспроможності багатонаціональних компаній виконати свої зобов'язання.

Коли порушена справа про визнання боржника-компанії, що має бізнес у більш ніж одній країні, можуть виникати серед іншого й такі проблеми: кредитори, що є суб'єктами права іноземної країни, можуть позбутися правових засобів захисту своїх інтересів (наприклад, права брати участь у судовому провадженні зі справи про банкрутство); майно боржника, що знаходиться на території іншої країни, може не увійти в конкурсну масу; можуть також бути обмежені повноваження професійних осіб, призначених у справі тощо. Крім складностей щодо задоволення претензій кредиторів при ліквідації великої корпорації, виникає проблема захисту інтересів прав акціонерів, які знаходяться практично в усьому світі. В разі прийняття судом плану реорганізації, виконання якого пов'язане з вчиненням певних дій у відношенні майна боржника, що знаходиться на території інших країн, виникає проблема допуску до участі у справі призначених осіб та виконання рішень іноземного судового органу.

Найчастіше у міжнародній практиці винесення судових рішень про визнання боржника неспроможним та виконання своїх функцій професіональними особами, призначеними у справі, виникає проблема, пов'язана з порушенням відносно боржника щонайменше двох проваджень у справі про банкрутство на території кількох країн. У такому разі важливим завданням є обрання правила, за яким буде обрано законодавство, що застосовуватиметься у кожному такому провадженні чи у всіх разом.

У міжнародному приватному праві в таких випадках застосовується прив'язка *lex concursus*, що відсилає до права країни, в якій порушено провадження у справі про банкрутство. Саме така формула була взята як базова в проєкті Європейської Конвенції про процедури неспроможності 1995 р. Далі ця прив'язка була використана в Регламенті 2000/1346/ЄС від 29 травня 2000 р. про процедури неспроможності (*the Council Regulation 1346/2000/EC of 29 May 2000 on insolvency proceedings*), який сьогодні є основним консолідованим нормативним актом прямої дії на території Європейського Союзу.

Застосування зазначеної формули колізійної прив'язки має тісний зв'язок з відомими принципами дії норм міжнародного приватного права. Такими базовими підходами є *принципи територіальності та універсальності*. Стосовно способів розв'язання колізій, що виникають у транскордонних справах про банкрутство, наукові дебати точилися (та й зараз тривають) навколо того, який із двох зазначених принципів має стати основним з метою уникнення колізій для найкращого захисту майнових прав кредиторів із врахуванням інтересів боржника у провадженнях, відкритих стосовно цієї особи в кількох країнах [6, с. 573].

Донедавна в справах про банкрутство переважав принцип територіальності. Згідно з таким підходом провадження у справі про визнання боржника неспроможним мають порушуватися у кожній країні, де

знаходиться майно або зареєстрований офіс боржника-підприємця [7, с. 3]. Пізніше у міжнародному приватному праві виник рух прихильників теорії універсальності. За цим принципом справа порушується у тій країні, де знаходиться основний бізнес боржника. Відповідно забороняється порушувати інші провадження стосовно такого боржника в інших країнах. Провадження має поширюватися на все майно боржника, де б воно не знаходилося, а рішення у справі мають визнаватися в інших країнах [8, с. 787]. Такий підхід повинен був стати тим механізмом, який сприяв би максимальному уникненню колізій норм права різних країн у порушених провадженнях у справі про визнання боржника неспроможним.

До сьогодні не вдалося впровадити в практику розгляду такої категорії справ жодний із зазначених принципів у чистому вигляді. Хоча слід зазначити, що в якості компромісу в окремих міжнародних документах обрано підхід, згідно з яким зазначені принципи поєднують [9, с. 921]. Вже існує і відповідна судова практика, яка свідчить про правильність такого підходу.

Як свідчить судова практика з розгляду справ про транскордонні банкрутства в останні роки, основним інструментом, який сьогодні сприяє успішному здійсненню проваджень у такій категорії справ є співробітництво суддів тих країн, де знаходиться майно або зареєстрований офіс (філія) компанії-боржника.

Яскравим прикладом такої співпраці є справа Еверфест [10, с. 203]. У 1995 р. транснаціональна корпорація Еверфест, що мала свій бізнес у США та Канаді, зазнала фінансових труднощів. Було прийнято рішення про початок процедури реорганізації, передбаченої законодавством про банкрутство цих двох країн. Завдяки співпраці суддів зазначених країн та згідно з рекомендаціями, що містилися у документах Міжнародної асоціації юристів про транскордонну неспроможність, план реорганізації цієї компанії був схвалений у судах Торонто та Нью-Йорку в один день – 20 грудня 1995 року, що сприяло ефективному його подальшому виконанню.

В результаті здійснення аналізу судової практики у транскордонних банкрутствах та проведення відповідних досліджень ученими було розроблено окремі базові засади, дотримання яких має допомогти розв'язанню окремих проблем при розгляді справ про транскордонні банкрутства. Такі загальні правила стають важливим орієнтиром для судів та сторін у справі про банкрутство при складанні транскордонних протоколів.

Окремі проблеми транскордонних банкрутств пропонується розв'язувати шляхом розробки уніфікованих матеріальних норм. Робота щодо розробки модельних законів та типових законодавчих пропозицій здійснюється сьогодні під егідою низки міжнародних організацій. Початок процесів гармонізації законодавства про банкрутство різних національних систем права з метою розробки узгоджених правил ведення кількох проваджень у справі про банкрутство багатонаціональної компанії пов'язані, передусім, з появою інтеграційних економічних систем, таких як ЄС, НАФТА, АСЕАН та деяких інших.

Міжнародною організацією, яка має значні результати у виробленні міжнародних модельних документів

у зазначеній сфері, є Комісія ООН з міжнародного торговельного права – ЮНСІТРАЛ. Типовий Закон ЮНСІТРАЛ про транскордонну неспроможність (*UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*) [11] був схвалений 15 грудня 1997 р. Цей документ містить уніфіковані правила здійснення провадження у справі про банкрутство, в якій присудній іноземний елемент. На сьогодні Типовий закон уведений у національне законодавство таких країн, як Японія, Південна Африка, Мексика та Еритрея. Крім того, принципи цього закону знайшли свій відбиток у США в процесі реформування законодавства про банкрутство.

Відомо, що сьогодні положення Типового Закону ЮНСІТРАЛ про транскордонну неспроможність пропонуються для введення у національне законодавство України про банкрутство.

Важливо зазначити, що з інтернаціоналізацією торгівлі в Україні постають важливі проблеми створення сприятливих умов для іноземних інвесторів. Це вимагає мати в національному законодавстві правові механізми щодо регулювання бізнесу саме ринковими способами, які забезпечували б захист майнових інтересів, у тому числі й іноземних інвесторів, відомими в світі інструментами, серед яких правила розгляду справ про транскордонні банкрутства є надзвичайно важливими.

Враховуючи те, що в теорії і практиці міжнародного приватного права використовуються два основних методи розв'язання проблем із транскордонних банкрутств – це колізійний та матеріально-правовий методи, необхідно їх використовувати повною мірою з метою впровадження в Україні у чинне законодавство (Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом») відповідних норм для ефективного розгляду транскордонних справ про банкрутство.

У сфері уникнення конфліктів юрисдикцій та вибору правопорядку, що слід застосовувати в справах про банкрутство з іноземним елементом, у світі відома формула прив'язки – *lex concursus*. У зв'язку з цим пропонується колізійну норму з відповідною прив'язкою ввести у чинний Закон України «Про міжнародне приватне право».

З іншого боку, кращим варіантом вдосконалення законодавства України про банкрутство може стати визнаний у світі матеріально-правовий метод регулювання приватних відносин, обтяжених іноземним елементом. Необхідно підтримати наміри уряду України запровадити в чинне законодавство про банкрутство положення щодо транскордонних банкрутств, що сьогодні розробляються відповідними державними органами. Вважаємо, що прийняття у найближчому майбут-

ньому зазначених законодавчих пропозицій, що будуються на концепціях, викладених у Типовому законі ЮНСІТРАЛ про транскордонну неспроможність, наблизить національне законодавство в зазначеній сфері до вимог, що висувуються міжнародними організаціями, зокрема, Світовим банком, СОТ та ін. До того ж, іноземні інвестори та українські бізнесмени отримають дієвий механізм розв'язання проблем заборгованості компаній, що ведуть бізнес на території щонайменше кількох країн.

Крім того, введення у чинне законодавство України положень про транскордонні банкрутства запропонує учасникам економічних відносин надійний механізм розв'язання проблем заборгованості без втручання держави, а молодій демократії зайняти чільне місце у світовому господарстві серед інших країн із розвинутим законодавством у приватній сфері, що стоїть на сторожі справедливих, відкритих і зрозумілих ринкових правил.

Вважаємо, що належне обґрунтування використання сучасних міжнародних механізмів у сфері транскордонних банкрутств в Україні сприятиме підвищенню якості законодавчих пропозицій, що сьогодні розробляються. Це дослідження стане початком нового напрямку наукових пошуків в Україні і матиме практичну реалізацію.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Джунь В. В. Про проблему транскордонної неспроможності // Право України. – 1999. – № 5. – С. 102 – 106.
2. Поляков Б.М. Процедура банкрутства в Україні: теорія і практика. – Донецьк.: Изд-во «Донбасс», 2001. – 480 с.
3. Scott Bruce R. The Great Divide on the Global Village // Foreign Affairs. – 2001. – January/February. – P. 160–177.
4. Globalisation and Regional Integration // Law in Transition. – 2002. – Autumn. – P. 3–8.
5. E. Bruce Leonard & Christopher W. Besant, eds. Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations. – UK: Graham & Trotman, International Bar Association, 1994. – 34 p.
6. Donald T. Trautman, Jay Lawrence Westbrook, & Emmanuel Gaillard. Four Models for Interantional Bankruptcy // The American Journal of Comparative Law. – 1993. – Vol. 41. – P. 573 – 596.
7. Bufford S., Adler L.D., Brooks S. & Krieger M. International Insolvency. – U.S.A.: Federal Judicial Center, 2001. – 189 p.
8. Perkins Liza A Defense of Pure Universalism in Cross-Border Corporate Insolvencies // Journal of International Law and Policies. – 2000. – Vol. 32. – № 3. – P. 787–828.
9. Soles Eugene, & Hay Peter. Conflict of Law: Hornbook Series, Lawyers Edition. – Minn., St.Paul: West Publishing Co., 1984. – 986 p.
10. Leonard Bruce. Internationalisation of Insolvency and Reorganisation // International Business Lawyer. – 1996. – Vol. 24, No. 5. – P. 202–218.
11. Resolution Adopted by the General Assembly // Official Documents of the United Nations Commission on International Trade Law: Fifty-second Session (30 January 1998). – A/RES/52/158.

ЗАПРОВАДЖЕННЯ АЛЬТЕРНАТИВНИХ СПОСОБІВ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРІВ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ

Бондаренко-Зелінська Н. Л.,

кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник Лабораторії з проблем адаптації
цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу
відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

Забезпечення доступного та ефективного правосуддя було та залишається одним з пріоритетних напрямів удосконалення судової системи України. Особливої актуальності це питання набуло після підписання нашою державою Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та Європейським Співтовариством та прийняття низки інших актів [1; 2; 3], що посилили євроінтеграційні процеси, закономірним наслідком чого стала потреба в уніфікації та гармонізації національного законодавства з міжнародними (передусім європейськими) стандартами.

Міжнародна уніфікація (меншою мірою — гармонізація) національного законодавства окремих держав шляхом прийняття міжнародних актів відрізняється від змін національного законодавства в цілому у зв'язку з міжнародними актами тільки тим, що її наслідком є не просто зміна національних правопорядків, але зміни у вигляді прийняття в окремих державах однакових, текстуально однакових правових норм. Інакше кажучи, в різних країнах створюється єдиний або однотипний режим регулювання правовідносин незалежно від того, містять вони іноземний елемент, чи ні. Це, в свою чергу, дозволяє не тільки створити громадянам різних держав можливість користуватися своїми правами на тих же умовах, на яких така можливість надається кожною державою своїм власним громадянам, а й забезпечити ефективний судовий захист їх прав та законних інтересів, а також спростити взаємне визнання і виконання судових і арбітражних рішень.

З огляду на це вже більше десяти років в Україні здійснюються заходи, спрямовані на зближення національного цивільного законодавства з європейською системою права (уніфікація правових норм стосується не тільки матеріального, а й процесуального права).

Якщо говорити про уніфікацію і гармонізацію цивільного процесуального права України з нормами й стандартами ЄС, то тут, в першу чергу, мова йде про вироблення єдиних принципів здійснення судочинства та одноманітних норм і правил регулювання порядку розгляду та вирішення правових спорів. У зв'язку з цим особливий інтерес у процесуалістів викликає практика європейських країн у царині забезпечення ефективного судового захисту прав особи.

Зміст ефективності правосуддя можна визначити як забезпечення реального захисту прав у мінімально можливих строках. Натомість, при здійсненні правосуддя у цивільних справах у порядку цивільного процесу судочинство нерідко носить складний, тривалий характер, внаслідок чого зацікавлені особи зазнають значних труднощів у реалізації права на доступ до правосуддя. У зв'язку з цим виникає необхідність спростити цивільне судочинство, зробити його більш оперативним [4].

Це питання в країнах Європи вирішується за допомогою різних способів, серед яких звертають на себе увагу так звані альтернативні способи вирішення правових спорів.

Альтернативне врегулювання спорів (АВС) — це група процесів, за допомогою яких вирішуються спори і конфлікти без звернення до формальної системи судочинства. АВС здійснюються, як правило, недержавним органом чи приватною особою, виходячи з принципів

добровільності, нейтральності, конфіденційності, диспозитивності, рівноправності [5].

Розвиток альтернативних форм вирішення правових конфліктів, не дивлячись на відмінності правових систем в різних державах, має багато спільного. Зокрема, застосовуються одні і ті ж способи врегулювання спору, хоча і частково різняться їх процедури.

Так, наприклад, третейський суд (арбітраж) розповсюджений у всіх країнах ЄС. Зокрема, Лондонський міжнародний арбітражний суд (LCIA), створений в 1892 році, розглядає спори, що мають як національний, так і міжнародний характер. У Швеції активно діє Арбітражний суд при Торговельній Палаті Стокгольма (ASCC listitute), що розглядає, у тому числі, і зовнішньоекономічні спори. У Німеччині діє більше 300 третейських судів, які вирішують спори, пов'язані з банківськими, медичними порушеннями, страхуванням, будівництвом і питаннями трудового права [6].

Водночас у національному праві Великобританії, Австрії, Німеччини, Франції активно застосовуються такі АВС, як посередництво, примирні і погоджувальні процедури, принципи та порядок проведення яких у кінці 90-х років були запозичені Швецією, Фінляндією, Данією [7].

Тенденції щодо розширення практики компромісного врегулювання спорів характерні і для інших західних держав. Так, наприклад, Фінська Асоціація Колегії Адвокатів у червні 1998 року розробила Регламент посередництва (медіації), який визначає межі врегулювання будь-якого комерційного спору за допомогою посередництва, якщо сторонами конфлікту досягнуто угоди про таке. ЦПК Італії також містить багато положень про примирення сторін. У січні 2003 р. у цій країні був ухвалений закон № 5 (набрав чинності 1 січня 2004 р.), що встановлює обов'язкову процедуру посередництва при врегулюванні корпоративних і багатьох фінансових спорів [8, с. 40–41; 6; 9].

Крім того, в 2002 році Європейською комісією була розроблена так звана Зелена книга з питань альтернативного вирішення спорів у цивільному і комерційному праві [4], що стимулювало використання АВС при вирішенні правових конфліктів у всіх країнах Європи.

Загалом європейська практика позасудового вирішення правових конфліктів здійснюється у таких основних формах:

1. Третейський суд або арбітраж (arbitration) — вирішення спору за допомогою незалежної, нейтральної особи — арбітра (або групи арбітрів), який уповноважений винести обов'язкове для сторін рішення.

2. Посередництво або медіація (mediation), що передбачає врегулювання правового конфлікту за допомогою незалежного, нейтрального посередника, який сприяє сторонам у досягненні угоди.

3. Переговори або неогоціація (negotiation) спосіб врегулювання правового спору безпосередньо сторонами без участі інших осіб.

Критеріями для такого розподілу є участь у врегулюванні розбіжностей третьої особи або її повноваження. Елементи цих трьох «чистих» форм входять складовою частиною до багатьох інших процедур. Так, наприклад, посередництво часто використовується як попередня процедура до початку судового розгляду.

Крім того, компоненти основних форм АВС, часто змішуючись між собою, можуть утворити нові комбіновані форми, які також застосовуються в країнах Європи, наприклад:

1) «мед-ард» (посередництво-арбітраж застосовується у Великій Британії, Швеції та інших країнах ЄС) – врегулювання спору за допомогою посередника-арбітра, який у випадку недосягнення сторонами угоди вповноважений вирішити конфлікт у порядку арбітражу (має ознаки посередництва і третейського суду);

2) «міні-суд» (процедура міні-суду була розроблена Американською арбітражною асоціацією) – широко застосовуваний спосіб для врегулювання комерційних спорів, що одержав назву від зовнішньої подібності із судовою процедурою, оскільки врегулювання спору відбувається тут за участю керівників вищої ланки управління кожної сторони, зустрічаються у присутності нейтрального консультанта, заслуховують виступи представників сторін щодо обставин справи і намагаються досягти угоди щодо спору;

3) незалежна експертиза щодо встановлення фактичних обставин справи (в якості АВС застосовується у Великій Британії) – процедура досягнення сторонами угоди на основі висновку кваліфікованого фахівця, що вивчив справу із врахуванням фактичного складу;

4) омбудсмен (омбудсмен як АВС широко застосовується у Великій Британії, Австрії, а також у Німеччині) – урегулювання спорів, пов'язаних з недоліками в діяльності урядових агентств і приватних організацій офіційно уповноваженою особою, що розслідує обставини справи по скаргах заінтересованих осіб;

5) приватна судова система «суддя напрокат», що забезпечує вирішення спорів за досить високу плату за допомогою суддів, які вийшли у відставку. Останні мають повноваження не тільки примирити сторони, але й винести обов'язкове для них рішення.

Основне призначення цих процедур полягає в тому, що за їх допомогою відбувається фільтрування тих правових спорів, які дійсно потребують повного судового розгляду від тих, які можливо вирішити в позасудовому порядку. Їх вибір є не випадковим, він обумовлений прагненням європейських держав забезпечити ефективний захист прав своїх громадян та повну ліквідацію правових конфліктів на добровільних засадах.

Вбачається, що застосування в Україні процедур альтернативного вирішення правових спорів стало б суттєвим кроком на шляху наближення національного порядку вирішення правових спорів до загальноєвропейського. До того ж, це відповідатиме загальній позиції України щодо гармонізації національного законодавства із законодавством Європейського Союзу, а також Резолюції № 1 «Забезпечення правосуддя в ХХІ столітті» від 8–9 червня 2000 року та рекомендаціям Ради Європи щодо впровадження програм реформування правосуддя, зокрема, Рекомендації № R (81) 7 щодо полегшення доступу до правосуддя від 14 травня 1981 року; Rec (2002) 10 щодо медіації в цивільних справах 18 вересня 2002 року; № R (98) 1 щодо медіації в сімейних питаннях від 2 січня 1998 року, Rec (2001) 9 щодо альтернативах судовому розгляду між адміністративними органами влади і приватними сторонами від

5 вересня 2001 року, а також іншим актам, спрямованим на стимуляцію використання позасудових процедур вирішення спорів.

Можливо саме тому процес розвитку і становлення АВС в нашій країні набуває динамічного характеру (на жаль, слід відзначити, що основний інтерес до цього питання виявляють не юристи, а психологи й консультанти з менеджменту). Національне законодавство, в свою чергу, встановлюючи перевагу судової форми захисту цивільних прав, допускає одночасно деякі несудові форми вирішення правових спорів.

В Україні АВС поки що не відрізняється розмаїттям методів і способів. На даний час найбільш розповсюдженим альтернативним способом врегулювання правових конфліктів є арбітраж (третейське судочинство), який активно застосовується при вирішенні цивільно-правових спорів, що виникають у сфері підприємницької діяльності.

Третейський суд – найбільш адекватний ринковим відносинам спосіб АВС, оскільки він припускає широкий вибір третейських суддів із числа незалежних кваліфікованих фахівців з ініціативи самих учасників конфлікту, а отже, індивідуальний підхід до кожної справи.

Водночас третейський суд як юрисдикційний орган не входить до судової системи, яка покликана здійснювати правосуддя в Україні, тому не володіє імунітетом незалежності, властивим судам загальної юрисдикції. Влада третейського суду ґрунтується не на загальному законі, а на договірних засадах, на волі приватних осіб.

Разом з тим, коли з точки зору закону визначається правота вимог тієї або іншої сторони, критерії істини знаходяться в юридичній площині та часто не збігаються з уявленнями суспільства про справедливість. З огляду на це дуже часто рішення суду справляє негативне враження на обох учасників конфлікту. Це стосується і третейського судочинства, яке часто використовує для розв'язання спору ті самі засади, що і суд. Тобто вирішення справи третейським судом, хоча й дозволяє захистити порушене право, проте не завжди спроможне ліквідувати правовий спір на взаємовигідних для обох конфліктуючих сторін умовах.

Слід визнати, що з позиції повної ліквідації правового спору на прийнятних для обох конфліктуючих сторін умовах найбільш ефективним АВС виступають посередництво (медіація) та переговори.

У сучасній доктрині немає єдиного підходу до розуміння сутності такого альтернативного способу вирішення правових спорів, як медіація. Медіація (від лат. *mediatio* — посередництво) визначається як переговори за участі нейтрального посередника (медіатора), добровільний і конфіденційний процес, у якому нейтральна третя сторона (медіатор) допомагає конфліктуючим сторонам досягти взаємоприйнятної угоди, як метод, за яким сторони управляють і володіють як самим процесом, так і його результатом – угодою, тобто нічого не вирішується без згоди сторін. Незважаючи на розмаїття точок зору щодо визначення посередництва, більшість юристів погоджуються з тим, що вирішення проблем між сторонами при медіації здійснюється на основі переговорів за участю нейтрального посередника [2].

Інакше кажучи, медіацію можна визначити як спо-

сіб АВС, який здійснюється за допомогою незалежної сторони — кваліфікованого посередника (медіатора), який сприяє досягненню згоди між сторонами конфлікту щодо взаємовигідного рішення, яке закріплюється відповідним юридичним документом (угодою).

Переговори – це форма вирішення правового конфлікту шляхом обговорення його сторонами конфлікту з метою досягнення взаємовигідного (компромісного) рішення. Своєрідною формою переговорів можна визнати претензійний порядок досудового врегулювання правового конфлікту, який застосовується при вирішенні господарських спорів. Водночас перспективним є використання цього способу АВС і щодо цивільно-правових спорів.

У контексті досліджуваної проблематики слід відмітити, що в країнах Європейського Союзу розвиток АВС іде через законодавче регулювання, яке стає чітко регламентованим, через судові схвалення і перевірку судьями дотримання досудових способів врегулювання спорів, а також через діяльність центрів примирних процедур. З огляду на це суди відіграють важливу роль у просуванні медіації та інших способів АВС.

Вбачається, що цей досвід заслуговує на увагу та сприйняття з боку української правової спільноти. Адже універсальність та добровільність АВС, доповнені обов'язковістю судових актів, могли б утворити досить ефективний та стійкий союз. Так, наприклад, застосування таких сучасних та зручних способів вирішення спорів, як переговори між сторонами конфлікту та медіація на стадії підготовки справ до судового розгляду, на нашу думку, сприяли б укладенню мирових угод та ліквідації правових спорів вже на цьому етапі цивільного судочинства, адже не випадково попереднє судове засідання багатьма юристами сприймається як спрощена процедура розгляду справи [11].

Ця пропозиція знаходить своє практичне підтвердження і в судовій практиці багатьох країн Європи, де АВС застосовується саме на даному етапі провадження,

при чому медіація та інші способи альтернативного вирішення правових спорів не вступають у конфлікт з роботою судів і не є заміною ефективній, справедливій і досяжній судовій системі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *План дій* Україна — Європейський Союз (схвалений Радою Міністрів Європейського Союзу в грудні 2004 року) [Електронний ресурс] — http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=994_693/
2. *Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу*: Закон України від 18 березня 2004 року // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 2004. — № 29. — Ст. 367.
3. *Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу*: Указ Президента України № 615/98 від 11 червня 1998 року [Електронний ресурс] — <http://www.minjust.gov.ua/0/2095/>
4. *Гудкова А. Ю.* Посредничество при разрешении гражданско-правовых споров / А. Ю. Гудкова [Електронний ресурс] — <http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1251168>
5. *Притика Ю. Д.* Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді Автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03 / Ю. Д. Притика. — К., 2006.
6. *Международная практика и зарубежный опыт* / Кузьмина М. Н. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов. — Ставрополь, 2001. — С. 97–119.
7. *Новый Гражданский процессуальный кодекс Франции* / Пер. с франц. В. Захватаев / Предисловие: А. Довгерт, В. Захватаев / Отв. ред. А. Довгерт. — К.: Истина, 2004. — 544 с.
8. *Кудрявцева С.* Судебное решение в английском гражданском процессе / С. Кудрявцева. — М.: Городец, 1998. — 144 с.
9. *Леннуар Н. Н.* Альтернативное разрешение споров: Береговость и медиация: Учеб.-метод. пособие / Н. Н. Леннуар. — СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского института права им. Принца П. Г. Ольденбургского, 2004. — 100 с.
10. *Андреев И.* Судьям поможет медиация / И. Андреев [Електронний ресурс] <http://www.pravdasevera.ru/2001/04/25/18.shtml>.
11. *Громошина Н. А.* Является ли предварительное судебное заседание упрощением процесса? / Н. А. Громошина // Концепция развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений Конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и Европейского суда по правам человека: Сб. науч. статей. — Краснодар-СПб.: Юридический центр Пресс, 2007. — С. 331–337.

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ПІЛЬГОВОГО ОПОДАТКУВАННЯ ПРИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЕКОНОМІЧНОЇ ПОЛІТИКИ КИТАЮ

Король В. І.,

*кандидат юридичних наук,
завідувач відділу міжнародного приватного
права та порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

Посилення конкуренції на міжнародних та національних ринках товарів, послуг, капіталів, технологій висуває підвищені вимоги до забезпечення державами системного підходу щодо реалізації усіх напрямів економічної політики. При цьому, поряд із зовнішньоекономічною, інвестиційною, структурно-галузевою, антимоно-польною-конкурентною, валютною політикою особлива роль належить податковій складовій, яка здатна виступати як бар'єром, так і детермінантою транснаціоналізації господарських відносин на регіональному та глобальному рівнях.

Об'єктивна обмеженість публічно-правового інструментарію держав зумовлює не стільки розробку но-

вих, скільки звернення до відомих, перевірених практикою механізмів, зокрема, удосконалення пільгового режиму оподаткування, розгляд особливостей якого у законодавстві стратегічного партнера України – Китаю та визначення характеру впливу на нього внутрішніх та зовнішніх чинників, зокрема, вимог багатосторонніх угод Світової організації торгівлі, становить мету даної статті.

Для досягнення мети дослідження, яке здійснюється у зазначеному напрямі у вітчизняній правовій науці вперше, доцільним є звернення до досліджень іноземних правознавців, зокрема, Е. Холярда, Ж. Лінгху, С. Гірми, Ю. Гонга, Х. Герга, Ч. Ву, а також відповідних нормативно-правових актів КНР, які розглядати-

муться в діахронній та синхронній площині, що є методологічно обґрунтованим.

Протягом тривалого періоду – майже двох десятиліть – пільговий режим оподаткування в Китаї надавався не посередницьким, як в нашій країні, а виробничим підприємствам з іноземними інвестиціями, насамперед, орієнтованим на експорт. Такий підхід відповідав економічним інтересам як китайських суб'єктів господарювання, так і держави, оскільки створював сприятливі умови для посилення експортного потенціалу, його реалізації через вихід на зовнішні ринки товарів майже всіх країн світу, дозволяв зменшувати конкуренцію на внутрішньому ринку та збільшувати обсяги надходження до країни валютної виручки, що є важливим чинником збереження економічної стабільності в умовах світової фінансової кризи.

Так, згідно зі ст. 6 Закону КНР «Про прибутковий податок підприємств з іноземними інвестиціями та іноземних підприємств» 1991 р., держава взяла на себе зобов'язання стимулювати відповідно до пріоритетних напрямів промислової політики створення підприємств з іноземними інвестиціями (надалі – ПІІ), які б здійснювали експорт всієї або переважної частки своєї продукції. Положення цієї статті знайшло розвиток у ч. 7 ст. 75 спеціального підзаконного акту – Правил щодо застосування цього закону, де передбачено, що підприємствам, експорт продукції яких досягає як мінімум семидесяти відсотків у межах звітного року, надається право після закінчення строків податкових канікул сплачувати податок на прибуток за пільговою ставкою, яка складає половину нормативно встановленої для китайських суб'єктів господарювання.

Водночас відсутність зазначених суб'єктів серед тих, кому надаватимуться податкові пільги з 1 січня 2008 р. – моменту набрання чинності Закону КНР «Про прибутковий податок підприємств» від 16 березня 2007 р., характеризує одну із найбільш важливих змін преференційної політики КНР у сучасних умовах.

Спроба виявити внутрішні чинники, які б дозволили пояснити таку добровільну та алогічну, на перший погляд, відмову від однієї із основних парадигмальних засад власної інвестиційної політики, не дала позитивних результатів. Внаслідок цього було висунуто припущення щодо наявності зовнішніх чинників, які могли б існувати у вигляді певних міжнародно-правових зобов'язань Китаю, причому, прийнятих не на двосторонньому, а універсальному рівні.

Кваліфікація дій китайської держави в частині запровадження на законодавчому рівні пільгового режиму оподаткування дозволяє аналізувати їх у межах індуктивної логіки, як окремих проявів загальної тенденції, яка полягає в активізації державного стимулювання, на що звертає увагу Організація економічного співробітництва та розвитку, набуття членства в якій для Китаю є цілком реальною перспективою, підкреслюючи, що «дві третини урядів країн-членів ОЕСР надають податкові субсидії, причому більшість з них планує у подальшому здійснювати це ще більш активно» [1].

У даному контексті зазначимо, що в законодавстві України теж передбачені відповідні механізми, що можна проілюструвати на прикладі декількох законів.

Так, в ст. 7 Закону України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» від 16.07.1999 р. № 991-XIV для реалізації проектів технологічним паркам, їх учасникам та спільним підприємствам державою передбачено надання цільових субсидій в частині податку на прибуток, ввізного мита при імпорті устаткування, обладнання, комплектуючих, що не виробляються в Україні, а також податку на додану вартість, на суму якого видано податковий вексель органу митного контролю.

Крім того, можна звернутись до важливого для розвитку національної інноваційної системи Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» від 14.09.2006 р. № 143-V, в ст. 22 якого передбачено особливості субсидіювання трансферу технологій. При цьому, на трансфер технологій, що здійснюється за пріоритетними напрямками інноваційної діяльності загальнодержавного рівня, встановлюється режим його цільового субсидіювання щодо податку на прибуток, одержаного від впровадження технологій та суми ввізного мита, нарахування якого здійснюється при імпорті активів, аналогічних до зазначених для технопарків для реалізації проектів трансферу технологій.

Для встановлення того, чи є наведене вище припущення вірним, необхідним було виявлення наявності зобов'язань Китаю, прийняття яких було б здійснено в рамках міжнародної організації, до компетенції якої віднесено регулювання відносин щодо здійснення державами субсидіювання національної економіки. Виходячи з такої постановки завдання, увагу, перш за все, було приділено правовому інструментарію Світової організації торгівлі, оскільки в саме її рамках в ході Уругвайського раунду багатосторонніх переговорів прийнято спеціальну Угоду про субсидії і компенсаційні заходи (надалі – Угода), положення якої слід розглядати у системному зв'язку з положеннями Генеральної угоди з тарифів і торгівлі СОТ. Потреба її прийняття була обумовлена тим, що надання одними державами суб'єктам господарської діяльності, їх групам або окремим галузям економіки певної категорії субсидій може порушувати як публічні економічні інтереси інших держав у сфері міжнародних торговельних відносин, так і приватні інтереси національних виробників.

Таким чином, скасування Китаєм податкових преференцій для експортноорієнтованих підприємств з іноземними інвестиціями доцільно розглядати у більш широкому контексті концептуально-правових засад Угоди. Так, вважається, що субсидія має місце за наявності двох елементів – фінансового сприяння з боку будь-якого державного органу та вигоди, яку одержують суб'єкти господарювання, між якими має існувати безпосередній причинно-наслідковий зв'язок. При цьому, потребує доказування, що має місце неправомірне отримання останніми вигоди, тобто конкурентних переваг на ринку, яких би в іншому випадку не було досягнуто саме без фінансового сприяння з боку держави, яка може задіяти різноманітні механізми, в тому числі, податкові в частині відмови чи не стягнення належних їй доходів.

Беручи до уваги наступну обов'язкову ознаку субсидії, а саме «специфічності» або «адресності», доцільно

но зауважити, що Угодою чітко визначені субсидії віднесено до категорії заборонених, де однією з них, відповідно до ст. 3.1 (а), визнано «експортні», надання яких де-юре або де-факто обумовлено показниками експорту, при цьому, щодо таких субсидій у ст. 2.3 закріплено презумпцію адресності.

Наведені положення носять не стільки теоретичний, скільки прикладний характер, оскільки свідчать про невідповідність положень ст. 6 Закону КНР «Про прибутковий податок підприємств з іноземними інвестиціями та іноземних підприємств» та ч. 7 ст. 75 Правил зазначеним засадам Угоди та міжнародно-правовим зобов'язанням Китаю, закріпленим, зокрема, у ст. 10.3 відповідного протоколу щодо скасування заборонених експортних субсидій, прийнятим при набутті членства у Світовій організації торгівлі.

Саме виходячи з цього, Сполучені Штати Америки, до вимог яких приєдналися у подальшому Європейський Союз, Канада, Японія, Австралія, Мексика офіційно вимагали від Китаю проведення консультацій щодо неправомірності застосування ним певних заходів з надання рефінансування, зменшення або звільнення від оподаткування та представили докази існування і характеру субсидії. За результатами майже річних консультацій суперечку було вирішено шляхом підписання меморандуму про взаєморозуміння [2], аналіз змісту якого свідчить, що саме цілеспрямовані дії зазначених членів СОТ можна вважати тим зовнішнім чинником, який призвів до відмови від подальшого закріплення у законодавчих актах КНР положень щодо надання експортних субсидій підприємствам з іноземними інвестиціями.

У розвиток наведеного вище доцільно зауважити, що збереження експортної складової, на думку С. Гірма, Ю. Гонга, Х. Герга, Ч. Ву, залишається для Китаю одним із ключових чинників подальшого економічного зростання, важливість якого для забезпечення національних інтересів у поєднанні з позицією центрального Уряду КНР, який заявляє про фактичну неможливість здійснювати контроль над усіма джерелами ресурсів та субсидіями, що можуть надаватись місцевими органами влади [3, с. 4, 5], дозволяє спрогнозувати продовження практики надання субсидій китайським суб'єктам господарювання, особливо державної форми власності, яка, натомість, набуватиме більш латентних форм.

У контексті скасування податкових пільг для експортноорієнтованих та деяких інших категорій підприємств з іноземними інвестиціями особливого значення для них в частині подальшої реалізації раніше сформованої бізнес-стратегії діяльності на китайському ринку та для Китаю щодо підтвердження репутації держави з передбачуваною економічною політикою набуває правовий механізм у вигляді «дідусевого застереження» (*grandfather's clause*). Так підприємства з іноземними інвестиціями, прибуток яких звільнявся від оподаткування або підлягав оподаткуванню за пільговими ставками, мають право на отримання раніше наданих пільг до моменту впливу законодавчо передбачених строків. Водночас для тих із них, які ще не отримали прибутку, початок надання податкових канікул припадатиме не на перший рік його одержання, що було загальним правилом, а на 1 січня 2008 р.

Підприємства з іноземними інвестиціями, щодо яких підлягало застосуванню одна із основних преференційних ставок – 15 %, мають перейти до загальної ставки 25 % поетапно протягом п'яти років. Крім того, необхідно звернути увагу на привабливу альтернативу для ПІ, яка обумовлена існуванням, принаймні до 2012 року, двох паралельних режимів преференційного оподаткування – раніше запровадженого та нововведеного, яка полягає у наданні їм права вибору найбільш оптимального з них, але без можливості повернення на попередньо застосований.

Інший аспект, який доцільно розкрити, є відсутність у Законі КНР «Про прибутковий податок підприємств» 2007 р. пільги у вигляді часткового або повного повернення ПІ сплаченого податку при здійсненні реінвестування прибутку через внесення коштів до статутного капіталу існуючих або новостворюваних підприємств з іноземними інвестиціями, зокрема, високотехнологічних. Запровадження цієї зміни є достатньо виправданим заходом з боку Китаю, яку можна пояснити через постулати теорії раціонального вибору, оскільки практика транскордонного інвестування свідчить про те, що здійснення реінвестування прибутку на території країни-рецепієнта є для іноземних інвесторів більш вигідним з точки зору оптимізації оподаткування у порівнянні з його репатріацією, внаслідок чого подальше надання податкових пільг стало недоцільним.

Зазначений механізм повернення сплачених податків виступав одним із дієвих заходів для стимулювання залучення іноземних інвестицій, який слід розглядати у комплексі з таким економіко-правовим інструментом як звільнення від оподаткування дивідендів підприємств з іноземними інвестиціями, які підлягали виплаті нерезидентам-засновникам. Водночас, з 1 січня 2008 р. такий підхід змінено, оскільки такі дивіденди визнано об'єктом оподаткування за ставкою десять відсотків, якщо двосторонніми угодами про уникнення подвійного оподаткування не передбачено більш низької ставки.

При цьому Китай не стільки відмовився від раніше запроваджуваного підходу, скільки переніс його на внутрішні правовідносини, використавши позитивний досвід його застосування у транскордонній площині. Це зумовлює виключення доходів, отриманих від здійснення інвестицій до капіталу господарських, в основному, акціонерних товариств, у тому числі, дивідендів, які виплачуватимуться виключно одним резидентом іншому резиденту-інвестору, із загальної суми прибутку останнього. Разом з тим, не підлягає виключенню сума інвестиційного доходу від утримання акцій протягом строку, який становить менше, ніж дванадцять місяців, якщо такі акції котируються на фондових біржах, що можна визнати цілком обґрунтованим обмеженням в рамках державної економічної політики, оскільки такі дії носять скоріше спекулятивний, ніж дійсно інвестиційний характер.

Скасування пільг щодо експортно-орієнтованих підприємств з іноземними інвестиціями, повернення сплаченого прибутку при здійсненні нерезидентами реінвестування, оподаткування належних їм дивідендів є важливими прикладами, які характеризують трансформацію концептуальних засад інвестиційної політики

Китаю. Вона полягає, з одного боку, у розповсюдженні преференційного режиму оподаткування на китайських суб'єктів господарювання, які тривалий період, за відсутності права на пільги, функціонували в нерівних умовах з підприємствами з іноземними інвестиціями, з іншого – суттєвому звуженні сфери запровадження такого режиму, у тому числі, за географічною (зональною) ознакою, внаслідок чого передбачається його надання у різних формах ключовим галузям промисловості та проектам, які підтримуються та стимулюються державою, деякі з яких наведено далі.

Досягнення таких важливих національних інтересів КНР, як, хоча б, уповільнення темпів погіршення стану навколишнього природного середовища, збереження обмежених власних та імпортованих енергетичних ресурсів гальмується внаслідок низького рівня відповідного обладнання, яке не відповідає світовим стандартам. Внаслідок цього прийнято рішення про надання покупцям права на зменшення прибутку, що підлягає оподаткуванню, на десять відсотків від вартості обладнання, до того ж, що важливо підкреслити, – без диференціації його на вітчизняне та імпортоване. Доцільність акцентування на останньому аспекті зумовлена сферою дії заборонних норм Угоди про субсидії та компенсаційні заходи СОТ, які створюють правові перешкоди для продовження традиційної для Китаю практики надання різних преференцій при переважному укладенні контрактів з китайськими виробниками, оскільки для цілей Угоди вони охоплюють не тільки розглянуті вище експортні субсидії, а й, згідно зі ст. 3.1 (b), такі субсидії, єдиною або однією з умов одержання яких є надання переваги не імпортованому, а вітчизняному обладнанню.

Відчуваючи суттєву потребу в розвитку інфраструктури (аеропортів, автомагістралей, портових терміналів тощо), здійсненні пріоритетних природоохоронних, а також енергозберігаючих і водозберігаючих проектів, Китай запровадив, як мінімум, шестирічні податкові канікули, протягом яких передбачається звільнення від оподаткування протягом перших трьох років, починаючи з того, в якому вперше отримано прибуток, а також оподаткування у наступні три за зменшеною вдвічі ставкою податку.

З метою вирішення одного із завдань щодо забезпечення максимально можливої переробки сировини, перелік якої визначено на підзаконному рівні, підприємства, які застосовують спеціальні технології та використовують її у виробництві продукції, мають право при розрахунку суми податкових зобов'язань на зменшення на десять відсотків доходу, одержаного від її реалізації.

Одним із напрямів економічної політики Китаю є створення найбільш сприятливих економіко-правових умов для функціонування та подальшого зміцнення великих приватних та державних корпорацій, в частині, зокрема, доступу до банківських кредитів та режиму здійснення експорту капіталу, оскільки вважається, що саме вони здатні реально конкурувати з іноземними транснаціональними корпораціями як на внутрішньому, так і світових ринках. Водночас окрему увагу в ході податкової реформи 2007–2008 рр. приділено й малим підприємствам, які визнані суб'єктами оподаткування за пільговою ставкою у розмірі двадцяти відсотків та

розподілені на дві групи за такими трьома критеріями, як обсяг прибутку, що підлягає оподаткуванню, кількість найманих працівників та загальна сума активів:

1. Промислові підприємства, які отримують прибуток у розмірі до 0,3 млн. юаней, мають не більше 100-а працівників та активи, що не перевищують 30 млн. юаней.

2. Підприємства, що функціонують в інших сферах, які отримують аналогічний прибуток, але на яких працює не більше 80 працівників з активами до 10 млн. юаней.

У цілому, на думку гонконгських правознавців Е. Хокьярда, Ж. Ліноху, на сучасному етапі в Китаї здійснюється зміна економічної моделі розвитку, яка характеризується переходом від пріоритетного стимулювання виробництва та експорту продукції до забезпечення сталого розвитку, переважно, на інноваційних засадах, чому має сприяти й податкова політика, яка після вступу країни до СОТ набуває ознак відносної нейтральності, вибіркової при наданні податкових пільг та відповідності міжнародно-правовим нормам [4, с. 15–19].

Гнучкість економічної політики в Китаї забезпечується через інституційно-правові механізми, якими передбачено, зокрема, надання Державній Раді (Уряду) КНР права на запровадження преференційного режиму оподаткування ad hoc, якщо такі дії обґрунтовано вважатимуться найбільш ефективними для забезпечення гострих потреб розвитку національної економіки або за наявності загроз погіршення умов функціонування китайських підприємств на внутрішньому ринку.

Виходячи з викладеного вище, можна зробити висновки, що правовий режим пільгового оподаткування в Китаї на сучасному етапі зазнає суттєвих змін як в частині відмови від подальшого застосування дієвих на практиці механізмів, у тому числі, під тиском інших членів СОТ, дії яких спрямовано на забезпечення виконання ним міжнародно-правових зобов'язань, так і запровадження нових, орієнтованих на підтримку державою ключових галузей промисловості та реалізацію пріоритетних проектів, що зумовлено трансформацією моделі економічного розвитку КНР.

Після набуття у 2008 році членства у Світовій організації торгівлі Україна має виступати суб'єктом процесу моніторингу і аналізу характеру майнових відносин органів державної влади та суб'єктів господарювання інших країн з метою визначення того, чи є підстави для вжиття заходів правового захисту та накладання компенсаційного мита на імпортований неправомірно субсидійований товар, який завдає або може завдати шкоди вітчизняним виробникам, методологічні та практичні аспекти якого можуть бути розкриті у подальшому дослідженні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *OECD countries take new approach to fostering innovation* – OECD report. – <http://www.oecd.org/documents/8/03343,en.html>
2. *WTO – Dispute settlement: DISPUTE DS358: China – Certain Measures Granting Refunds, Reductions or Exemptions from Taxes and Other Payments.* – WT/DS358/14. – http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds358_e.htm
3. *S. Girma, Y. Gong, H. Görg, Zh. Yu.* – Can production subsidies explain China's export performance? (8 July 2008). – <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/1373>.
4. *A. Holkyard, R. Linghui.* China's tax incentives regime for foreign direct investment: an eassonian analysis, 2 February 2008. – http://www.ibls.com/internet_law_news_portal_view.aspx?s=latestnews&id=2132.

ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ДЕЛІКТНОГО ПРАВА ФРАНЦІЇ, НІМЕЧЧИНИ
ТА УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Гринько С. Д.,

кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник Лабораторії проблем адаптації
цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу
відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

Право є соціально-психологічною силою, що регулює поведінку людей, воно є тим станом суспільного пізнання і суспільної волі, що включає в себе психічний примус індивідуума до відомої поведінки. Метою такого пізнання є констатування існуючих у даному суспільстві норм і встановлення їх змісту відносно безпосередніх практичних інтересів життя. Таке констатування поступового розвитку приводить до систематизації правових норм, до встановлення більш наукових заходів їх тлумачення, тобто до догматичної юриспруденції. Так писав Й. О. Покровський, визначаючи основні ідеологічні течії в історії цивільного права [1, с. 64].

Наука цивільного права досягла високого рівня, що пояснюється розвитком цивільного права в стародавній часи. При цьому основні засади цивільного права, сформульовані римськими юристами, живуть сьогодні.

Деліктне право є лише спеціальною сферою цивільного права взагалі, тому до нього застосовуються всі його загальні закони. В континентальній Європі всі зусилля правової науки спрямовані на пошук єдиних коренів і усунення історичних відмінностей окремих деліктів. Тобто мова йде про уніфікацію деліктного права. При цьому правовим підґрунтям здійснення уніфікації є французьке та німецьке деліктне право, які увібрали головні засади римського деліктного права. Як відзначав Р. Зом, геніальне розуміння форми, що відрізняє стародавнє мистецтво, надало також і юридичній науці ту симетрію, ту прозорість, ту яскраву силу її понять, що зачарувало уми Німеччини одразу, як тільки римське право з'явилося на горизонті часу [2, с. 2].

Проведення аналізу деліктного права Франції та Німеччини має значення не лише для його уніфікації, а також для порівняння із вітчизняною цивілістичною доктриною, так як «меж для вдосконалення немає».

Порівняльне правознавство в сфері деліктного права було предметом дослідження Ю. Г. Матвеева, відносно англо-американської правової системи [3], та К. Цвайгерта і Х. Кетца – романо-германської правової системи [4].

Здійснення порівняльного аналізу деліктного права в контексті української правової доктрини є предметом цього дослідження.

Загальні тенденції розвитку німецького та французького деліктного права враховано розробниками Цивільного кодексу України, який було прийнято 16 січня 2003 року (надалі – ЦКУ). З урахуванням завдань, які вирішує Цивільний кодекс України, він ґрунтується на принципово новій – приватноправовій концепції регулювання особистих немайнових та майнових відносин, що засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників [5, с. 5]. Законодавець присвятив деліктному праву 46 статей, що становить втричі більше, ніж за Цивільним кодексом УРСР 1963 року.

Як за попередніми кодифікованими актами (ст. 403 ЦК УРСР 1922 р.; ст. 440 ЦК УРСР 1963 р.), так і за кодексом 2003 року (ч. 1, 2 ст. 1166), деліктне право покладено за єдиним загальним принципом покладення обов'язку відшкодувати майнову шкоду, завдану неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особою, а також шкоду, завдану майну фізичної або юридичної особи на особу, яка її завдала, якщо вона не доведе відсутності своєї вини. У цій нормі вбачається наслідування ідеї великого зразку ЦКФ звести деліктне право до єдиного принципу. Однак, на відміну від французького кодексу, який переклав вирішення найбільш проблемних питань щодо розробки норм і критеріїв визначення змісту окремих деліктів, а також форми і змісту деліктних позовів на суди, український законодавець намагається це питання вирішити в кодифікованому акті. Вищезазначене свідчить, з одного боку, що українське деліктне право ґрунтується на загальному принципі відшкодування завданої шкоди, а з іншого, встановлює певні межі покладення такого обов'язку щодо окремих деліктів. Тобто законодавець закріпив як загальний делікт, так і спеціальні делікти.

Для виникнення зобов'язань із відшкодування шкоди, деліктне право французької, німецької та української доктрини передбачає необхідність встановлення умов, що дозволяють кваліфікувати поведінку заподіявача шкоди як правопорушення. До таких умов німецький та український законодавець відніс наявність шкоди, протиправність, причинно-наслідковий зв'язок між шкодою і протиправністю, вину. Французька доктрина не проводить чіткої межі між «протиправністю» і «виною», тому дані поняття злилися в єдине поняття «вини» («*faute*»). Відповідно, французький законодавець та судова практика розрізняють лише три умови: наявність шкоди, вини та причинно-наслідковий зв'язок між винними діями особи і шкодою. При цьому, кожна правова доктрина має власні погляди на сутність та межі застосування кожної із названих умов делікту.

Першою умовою, необхідною для обґрунтування покладення обов'язку здійснити відшкодування, є наявність шкоди як наслідку вчинення делікту.

Узагальнивши делікти, визначивши принцип єдиного делікту в кодифікованому акті, французький законодавець не розкриває поняття шкоди, а також не вирішує питання про можливість відшкодування майнової чи немайнової шкоди, зокрема й моральної. Деліктне право Франції відоме як судове право, тому вирішити поставлені питання намагається судова практика.

Французькі юристи досить широко тлумачать поняття шкоди. Вони розрізняють як майнову, так і немайнову шкоду (*immaterielle*), зокрема моральну (*dom-*

mage morale). Однак для деліктного права не має значення, шкоди завдано особі чи її майну. Тому поняття суто економічної шкоди французькій судовій практиці та доктрині повністю не відоме [4, с. 390].

Правом на відшкодування моральної шкоди суди наділяють досить широке коло осіб. Спочатку вони надавали таке право особі у разі смерті її годувальника на підставі кровноспоріднених або сімейних зв'язків. Пізніше подати позов про відшкодування моральної шкоди мали право прийомні діти, заручені особи, співмешканці одружених чоловіків. Крім того, відшкодування моральної шкоди мала права вимагати будь-яка особа, яка здатна була довести, що зі смертю близької людини вона понесла невідворотну втрату. При цьому, такий позов можна було подати у разі завдання близькій людині тяжких тілесних ушкоджень внаслідок нещасного випадку на тій підставі, що його психічні страждання не менші ніж у разі смерті близької людини [4, с. 390]. Тобто досить було в суді довести, що шкоди завдано законним інтересам, які охороняються правом, щоб позов особи про відшкодування шкоди задовольнили.

Французькі суди надають право на відшкодування шкоди роботодавцям, якщо загинув їх працівник. Наприклад, футбольний клуб вимагав відшкодування шкоди в особи, винної у вбивстві свого гравця, тому що клуб повинен був сплатити досить значну суму за набуття за трансфером нового гравця замість померлого [4, с. 391].

Французька правова доктрина ґрунтується на принципі «некумулятивності деліктної і договірної відповідальності», тому суди не задовольняють деліктні позови про відшкодування шкоди, якщо сторони знаходяться в договірних відносинах [4, с. 390].

На відміну від деліктного права Франції, німецьке законодавство значну увагу приділяє шкоді як обов'язковій умові виникнення зобов'язання. Так шкода може бути завдана життю, здоров'ю, свободі, власності чи іншим правам іншої особи (абз. 1 § 823 ЦУН) [6]. Тобто законодавець розрізняє немайнову шкоду та майнову. Відносно майнової шкоди, то вона може полягати у знищенні чужої речі, пошкодженні чи її псуванні, позбавленні власника речі права на її володіння, користування чи розпорядження. Відносно останнього випадку завдання шкоди, то до нього слід віднести як привласнення чужої речі, так і створення власнику перешкод у користуванні річчю.

Німецький закон захищає також інтереси, які підпадають під поняття «інші права особи» (абз. 1 § 823 ЦУН). До них відносять інтереси, які захищає порядок *erga omnes* (проти всіх), зокрема речові права, такі, як сервітути (*dienstbarkeiten*) та іпотеку, володіння та «право на очікування» (*anwartschaftsrecht*) того, хто вже набув що-небудь з умовою про збереження права власності, а також право на ім'я, патентні права та інші права, що випливають із комерційної діяльності, що регулюються спеціальним законом. Однак німецька правова доктрина майно не розглядає як «інші права» у розумінні абз. 1 § 823 ЦУН. Тому, якщо внаслідок винних дій іншої особи потерпілому завдано лише економічні збитки, які не спричинили завдання шкоди його особистості, власності чи одному з його «інших

прав», то він не має права подати позов на підставі абз. 1 § 823 ЦУН. Наприклад, екскаватор будівельної фірми пошкодив кабель високої напруги, внаслідок чого підприємство було позбавлено електроенергії. Якщо внаслідок цього устаткування не працювало й тому зменшено обсяг виробленої продукції, то підприємство не має права вимагати відшкодування збитків від будівельної фірми, тому що її винні дії спричинили лише економічні збитки. А якщо відключення електроенергії стало причиною порушення процесу виведення бройлерних курчат в інкубаторі птахофабрики внаслідок зниження температури, то має місце «завдання шкоди власності». Тому будівельна фірма буде відшкодувати не лише вартість курчат, але й всі економічні збитки внаслідок псування яєць [4, с. 366].

Наступною умовою виникнення деліктних зобов'язань є протиправність поведінки її заподіювача. Німецький законодавець протиправність розглядає як посягання на одне із перерахованих в абз. 1 § 823 ЦУН чужих благ, які захищаються законом, за винятком випадків, коли особа мала право на завдання шкоди: змущена оборона, гостра потреба тощо. В німецькій доктрині існує думка про протиправність як дію, що засуджується правом порядком, тому що порушує законодавчу заборону чи імперативний припис відносно волевиявлення громадян. Тому для визнання дії протиправною у розумінні абз. 1 § 823 ЦУН недостатньо, щоб нею завдавалася шкода благам, які захищаються законом. Необхідним є те, щоб поведінка особи, внаслідок якої завдано шкоду, мала умисний характер або особа не проявила необхідної обережності та турботи [4, с. 364]. Тобто законодавець пов'язує протиправну дію із наявністю вини деліквента.

Відповідно до абз. 2 § 823 ЦУН обов'язок відшкодувати завдану шкоду виникає в особи, яка порушує закон, який направлений на захист іншої особи [6]. Тобто протиправність за даним деліктом виражається у порушенні закону, який за своїм змістом має за мету забезпечити захист окремої особи чи окремого кола осіб, а не захищати населення в цілому.

Відносно третьої частини конструкції деліктного права Німеччини, то протиправність наділена найбільшою специфікою. Так, згідно з § 826 ЦУН, особа, яка умисно завдасть іншій особі шкоди способом, що суперечить добрим звичаям, зобов'язана її відшкодувати [6]. Тобто протиправність за даним деліктом має форму дії, що суперечить добрим звичаям. Як відзначав І. Колер, дана норма встановлена для випадків недобросовісної конкуренції, тому її слід розглядати як порушення прав особи [7, с. 314].

При цьому дії, що суперечать добрим звичаям не слід ототожнювати із аморальними діями взагалі. Не будь-яка аморальність суперечить добрим звичаям. Жорстоке відношення до ближніх, жадібність, скупість не суперечать добрим звичаям, так як останні надають кожному право вибору своєї поведінки. Однак проти добрих звичаїв діє особа, яка будь-якою аморальною дією досаждає іншій, в результаті чого остання несе витрати для виправлення наслідку такої дії, а також особа, яка своїм безчинством створює необхідність поліцейського дізнання, і держава зазначає витрат на його

проведення. Також випадки, коли особа утримує свій будинок настільки брудно, що створює неможливим або неприємним сусідство з ним [7, с. 314].

За деліктним правом України протиправність поведінки заподіювача шкоди презюмується, тобто він діє протиправно, якщо не уповноважений на завдання шкоди. ЦКУ уповноважує особу на завдання шкоди іншому в наступних випадках: здійснення нею права на самозахист (ст. 1169); прийняття закону про припинення права власності на певне майно (ст. 1170 ЦКУ); у стані крайньої необхідності (ст. 1171) [8].

Суб'єктивною умовою деліктної відповідальності є вина відповідача. Французький законодавець визначає поняття вини через форми її вираження. Так у ст. 1383 ЦКФ міститься правило, що будь-яка особа несе відповідальність за шкоду, завдану нею не лише внаслідок її умисних дій, а й внаслідок її недбалості чи необережності [9]. Тобто вина може мати форми умислу та необережності. У французькій доктрині найбільш поширеною є теорія «вини» Мазо та Тунка, за якою умисне прагнення порушника завдати шкоди є деліктною виною, а «помилка у поведінці», яку розумна людина не вчинила, якщо знаходилася б за тих зовнішніх обставин як заподіювач шкоди, – не деліктною виною [4, с. 390–392]. Вищенаведені підходи до поняття вини мали наслідком її розуміння у судовій практиці як недотримання порушником загально-визнаних норм поведінки.

Особливу увагу французька судова практика приділяє випадкам, коли вина порушника полягає в «зловживанні правом» (*abus d'un droit*). До цієї групи деліктів відносяться випадки як навмисного використання власного права з метою завдання шкоди іншій особі, так і недотримання необхідної обережності, що вимагається за даних обставин. Наприклад, сусід саджає гігантську папороть для того, щоб зменшити потрапляння світла на ділянку позивача; партнер за правочинном при використанні своїх прав за договором завдає з необережності шкоду іншому партнеру; розірвано заручини або не зареєстровано шлюб за обставин, які слід розглядати як зловживання правом тощо [4, с. 390–392].

Досить часто у судовій практиці зустрічається зловживання процесуальними правами, внаслідок чого завдається шкода. Загально-визнаним є правило, що «право на судовий захист» застосовується в певних межах. Відповідно, зловживання таким правом за ст. 1382 ЦКФ є підставою для покладення обов'язку відшкодувати завдану шкоду. Якщо відповідач застосовує процесуальні процедури для завдання умисної шкоди позивачу, то ніяких труднощів із відшкодуванням шкоди не виникає. А якщо особа діє добросовісно, але з грубої необережності, так як вважає рішення суду першої інстанції неправильним і тому оскаржує його, то суди не вбачають вини в поданій апеляції чи клопотанні про відмову від позову. Однак, суди покладають обов'язок відшкодувати шкоду на особу, яка поспіхом виконала судові рішення, яке не вступило в силу і було пізніше відмінено [4, с. 393–394].

Поряд із принципом вини французький законодавець встановив відповідальність за шкоду незалежно від наявності вини. Так, згідно зі ст. 53 закону від 31 травня 1934 року про повітряного перевізника, особа, яка ек-

сплуатує повітряне судно, несе відповідальність за законом за шкоду, завдану особам і майну [4, с. 392].

Як вірно відзначають К. Цвайгерт і Х. Кетц, за фасадом загального принципу деліктного права, закріпленого в ст. 1382 ЦКФ, очевидним є те, що кожна з груп деліктів починає жити власним життям, зі своїм особливим фактичним складом, для якого важливо лише правильно встановити наявність «вини» в кожному конкретному випадку [4, с. 394].

Цивільне право Німеччини визначає вину як вільне волевиявлення особи, що виражається через умисел і необережність (абз. 1 § 823 ЦУН). При цьому законодавець визначає необережність як прояв недостатньої розумної обережності та турботи (абз. 2 § 276 ЦУН). Тобто застосовується фікція відносно способу дій розумної та добросовісної людини в подібній ситуації. Відповідно, якщо шкоди завдано особою певної професії, то суд з'ясовує, чи дотримано такою особою необхідних заходів обережності, які характерні для представників такої професії [4, с. 364].

Тобто недозволені дії передбачають етичний порок волі – наявність вини деліквента. Якщо має місце порушення прав, то порок волі має виражатися у формі умислу чи необережності. Якщо порушується постанова, спрямована на охорону суспільної безпеки, то досить умислу або необережності, так як кримінальний закон карає, навіть, необережність. Якщо кримінальний закон передбачає покарання лише за умисел, то шкода відшкодується також за умисел, зокрема, для відповідальності за дії, що суперечать добрим звичаям, необхідним є умисел [7, с. 314–316].

Законодавець передбачає можливість покладення відповідальності за відсутності вини деліквента. Наприклад, якщо при експлуатації залізниці загинула чи поранена людина, то залізниця відповідає завжди, крім випадків завдання шкоди дією непереборної сили або за наявності вини потерпілого. Про це було прийнято окремий закон від 7 червня 1871 року. При цьому, під непереборною силою розуміють зовнішній вплив, настільки сильний, що навіть спеціальна передбачувальність не могла б його уникнути [7, с. 316–317].

Етична вина завжди передбачає передбачуваність, тому відсутність вільного волевиявлення особи свідчить про відсутність її вини, тому особа не несе відповідальності, якщо вона: а) знаходилася в непритомному стані або в стані хворобливого розладу психічної діяльності (§ 827 ЦУН); б) не досягла 7 років (абз. 1 § 828 ЦУН); в) віком від 7 до 10 років за шкоду, завдану іншій особі внаслідок аварії на автотранспортному засобі, рельсовому транспортному засобі чи на підвісній дорозі (абз. 2 § 828 ЦУН); г) не досягла 18 років, якщо при завданні шкоди у неї було відсутнє розуміння усвідомлення своєї відповідальності (абз. 3 § 828 ЦУН) [6].

За французьким правом останньою обов'язковою умовою деліктної відповідальності є причинно-наслідковий зв'язок (*lien de causalite*), тобто зв'язок між винними діями відповідача і завданою шкодою позивачу. Відповідно такий зв'язок відсутній, якщо завдання шкоди спричинено не винними діями відповідача, а «сторонньою причиною», що не має ніякого відношення до справи (*cause etrangere*). До таких «сторонніх

причин» судова практика відносить форс-мажорні обставини, тобто невідворотні і непередбачувані події, невідконтрольні відповідачу. При цьому до «сторонніх причин» вона відносить також власну вину потерпілого та дії третьої особи, які відповідач не міг передбачити за звичайних положень речей. Якщо на думку судді, форс-мажор, власна вина потерпілого чи дії третіх осіб не можуть обірвати причинно-наслідковий зв'язок, то їх слід розглядати як підставу для зменшення розміру відшкодування. Відносно непрямих збитків, то французька судова практика займає позицію, що відшкодуванню підлягає лише та шкода, яка є безпосереднім і прямим наслідком даної події (за аналогією із договірним правом, ст. 1151 ЦКФ) [4, с. 394-395].

Відповідно до абз. 1 § 823 ЦУН потерпілому буде надано відшкодування лише за наявності причинно-наслідкового зв'язку між протиправними діями відповідача і завданою шкодою. Практика Верховного імперського суду займає позицію, що такий зв'язок наявний, якщо мета, якої досягнув відповідач, є наслідком його поведінки, а не лише особливих і незвичайних обставин, які розумна людина в повсякденному житті не приймає до уваги (доктрина причинно-наслідкових зв'язків). Цим положенням керуються також тоді, коли обов'язок відшкодувати шкоду за завдання тілесних ушкоджень поширюється на наслідки завдання шкоди, які проявилися пізніше внаслідок неправильного лікування. При цьому враховуються наслідки, що настали через помилки досвідченого лікаря, а не у зв'язку з грубим порушенням елементарних принципів медичного мистецтва. Наприклад, якщо особа, яка стала інвалідом з вини відповідача, після виповнення 22 років, упаде в своїй кімнаті внаслідок нестійкості свого протезу і одержить нові ушкодження, то останній повинен буде відшкодувати йому шкоду [4, с. 367].

Таким чином, аналіз деліктного права Франції, Німеччини та України дозволяє провести порівняльний аналіз загальних засад їх правових доктрин:

якщо деліктне право Франції та України ґрунтується на єдиному загальному принципі покладення обов'язку відшкодувати шкоду на особу, яка її завдала, то німецьке право характеризує наявність трьох принципів відшкодування шкоди, залежно від видів шкоди і протиправної дії;

підставою виникнення деліктних зобов'язань Німеччини та України є делікт, а деліктні зобов'язання Франції можуть виникати як із делікту, так і з квазі-делікту;

умовами виникнення деліктних зобов'язань за правом Німеччини та України є наявність шкоди, протиправності, причинно-наслідкового зв'язку та вини, а цивільне право Франції розглядає протиправність як ознаку вини, а не умову відповідальності, тому визнає лише наявність шкоди, вини та причинно-наслідковий зв'язок між шкодою і виною;

німецька та українська правова доктрина розмежовує поняття майнової та немайнової шкоди (зокрема

моральної), а для французької не має значення, шкоди завдано майну чи особі;

німецький і український законодавець надає право на відшкодування моральної шкоди особам лише у випадках, передбачених законом, а за цивільним правом Франції право на відшкодування моральної шкоди надається широкому колу осіб, яким достатньо довести, що завдано шкоди їх законним інтересам;

протиправна поведінка заподіювача шкоди за німецьким і французьким законодавством може виражатися лише у формі дії, при цьому ЦКФ виділяє деліктні та квазі-деліктні дії, а цивільне законодавство України, як у активній формі (дії), так і в пасивній (бездіяльності);

якщо за німецьким і українським законодавством з деліктним позовом можна звернутися до суду, якщо особи перебували у договірних відносинах, то французьке законодавство виключає таке право;

за французьким і українським правом форма вини заподіювача шкоди не має значення для покладення на нього обов'язку відшкодувати завдану шкоду, тобто досить встановити факт вини, а за німецьким – відповідальність за окремі делікти настає за наявності умисної дії деліквента;

за трьома правовими доктринами: вина визначається через умисел і необережність; встановлюються випадки деліктної відповідальності за відсутності вини; підставами звільнення від обов'язку відшкодувати шкоду визнаються непереборна сила, вина потерпілого і третіх осіб.

Незважаючи на деякі розбіжності в підходах цивільно-деліктної доктрини трьох держав, загальні засади їх деліктного права мають багато спільного. Це пояснюється спільним корінням їх правових доктрин – римським приватним правом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М.: «Статут», 2003. – 351 с.
2. Зом Р. Институции. Учебник истории и системы римского гражданского права. Выпуск II (Система) / Р. Зом. – С.-Петербург, 1910. – 495 с.
3. Матвеев Ю. Г. Англо-американское деликтное право / Ю. Г. Матвеев. – М.: Юридическая литература, 1973. – 176 с.
4. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. – М.: Международные отношения, 1998. – Т. 2. – 512 с.
5. Гражданское уложение Германской империи. – С.-Петербург: Типография Правительственного Сената, 1898. – 503 с.
6. Гражданское уложение Германии / Науч. ред. А. Л. Маковский и др. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – 816 с.
7. Бернгефт Ф., Колеръ И. Гражданское право Германии / Пер. с нем. Б. М. Брамсона, С. О. Добринина, Е. Е. Карасова и В. В. Нечаева; Под ред. В. М. Нечаева / Ф. Бернгефт, И. Колеръ. – С.-Петербург, 1910. – 320 с.
8. Цивільний кодекс України: Коментар. – Х.: ТОВ «Одіссея», 2003. – 856 с.
9. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с франц. В. Захватаев / Отв. ред. А. Довгерт. – К.: Истина, 2006. – 1008 с.

АНАЛІЗ ТРАНСКОРДОННОЇ НЕПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ КРЕДИТНОЇ УСТАНОВИ

Новосельцев І. І.,

науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

У цій статті наданий короткий аналіз судової справи: транскордонна неплатоспроможність кредитної установи. Стаття присвячена детальному висвітленню ходу судової справи і процесуальним документам сторін. Ця стаття присвячена аналізу цієї справи, оскільки саме вона і стала відправною точкою для всіх інших, і саме на базі рішення суду в цій справі були прийняті рішення інших судів, що стали прецедентами в майбутньому. Метою статті є аналіз рішення, прийнятого в рамках даної справи, і його вплив на подальший розвиток законодавства про транскордонну неплатоспроможність у США.

У третій чверті 20-го сторіччя судові справи з транскордонної неплатоспроможності траплялись дуже рідко. Можна сказати, що перші провісники того, що кількість подібних справ зростає, з'явилися у 30-ті роки минулого сторіччя. Не вистоявши під час великої депресії 30-х років, збанкрутувала велика транснаціональна компанія Kreuger & Toll [1] (більш відома під іншим своїм найменуванням «Міжнародна сірникова корпорація»).

Компанія Kreuger & Toll була заснована Айваром Кройгером та була холдинговою компанією міжнародного сірникового трасту із штаб-квартирою у Швеції, чії акції були доволі популярні у 1920-х роках. Компанія була за своєю суттю визнана фінансовою пірамідою та була оголошена банкрутом у 1932 р. Бухгалтерські та юридичні документи компанії Kreuger & Toll переконливо доводять, що мали місце фінансові махінації та підтасовки, як і у справі Enron, яка розвивалась за схожим сценарієм, але вже у 1990-х роках. У 1930 р. з 630 мільйонів доларів активів Компанії близько 200 мільйонів доларів були доходами від сірникового бізнесу, 30 мільйонів доларів на банківських рахунках, а 400 мільйонів доларів проходили по документах як «інші інвестиції». Коли наприкінці 1932 р. компанія збанкрутувала, виявилось, що фактично не вистачило приблизно 250 мільйонів доларів США.

Після Другої Світової війни справи щодо транскордонної неплатоспроможності стали розглядатися частіше внаслідок глобалізації світової економіки. Однією із вагомих справ стала справа з транскордонної неплатоспроможності міжнародного банку Bankhaus ID. Herstatt K.G.a.A (далі «Herstatt») із штаб-квартирою в м. Кельні (ФРН). Справа з транскордонної неплатоспроможності банку Herstatt у 1974 р. стала першою справою з транскордонної неплатоспроможності кредитної установи і трапилась внаслідок енергетичної кризи, яка мала місце в середині 70-х років XX сторіччя практично у всьому світі.

В іншій справі з транскордонної неплатоспроможності іншого великого банку – Finabank,[2] вже у 1976 р. суддя не зміг знайти нічого сучаснішого, ніж 68-літньої давності судовий прецедент Верховного Суду США у справі Disconto Gesellschaft[3] для того, щоб вирішити,

чи можуть бути активи в Нью-Йорку, підприємства, оголошеного банкрутом у Швейцарії, передані в управління ліквідатору в Швейцарії, або ж вказані активи потрібно розподілити між кредиторами боржника в США? Згідно з вказаним прецедентом Верховного Суду США суддя виніс рішення на користь кредитора – резидента штату Вісконсин (США), суть якого полягала в тому, що американські кредитори можуть самостійно стягнути заборгованість за рахунок активів, що знаходяться у США і мають право повністю ігнорувати рішення суду Швейцарії, компетентного в цьому випадку вести справу про неплатоспроможність. Потрібно зазначити, що згодом рішення було повністю скасоване.

Справи з транскордонної неплатоспроможності досить складні навіть для фахівців. Судова справа Herstatt може послужити новим прикладом справи з транскордонної неплатоспроможності.

26 червня 1974 р. у 15.30 за Кельнським часом Німецький Федеральний орган з контролю за кредитними установами (Das Bundesavf-sichtsamt für das Kreditwesen) виніс рішення про початок процедури ліквідації Bankhaus ID. Herstatt K.G.a.A. Новина досягла Нью-Йорка о 10.30 ранку того ж дня. У той час, як у Німеччині це був кінець робочого дня, в США банківський день тільки почався.

Herstatt не вів ділових операцій у Нью-Йорку, зокрема банк не мав представництва, відділення або філіалу на території Сполучених Штатів. Але банк Chase Manhattan був основним банком для клірингових розрахунків для Herstatt у Нью-Йорку. Chase Manhattan акумулював кошти, які надходили на кореспондентський рахунок Herstatt для майбутнього виконання грошових зобов'язань Herstatt в іноземній валюті і саме тих зобов'язань, які вимагали здійснення розрахунків в Нью-Йорку.

Chase Manhattan вирішив заморозити платежі, здійснювані з кореспондентського рахунку Herstatt. Кошти продовжували надходити на рахунок, але не відправлялися до ФРН і не перераховувалися контрагентам. Мета, що визначалась Chase Manhattan, була простою – акумулювати як можна більше коштів на кореспондентському рахунку в банку Chase Manhattan для задоволення вимог кредиторів-резидентів США. Кошти, які перераховувались з банків усього світу на користь Herstatt через його кореспондентський рахунок в Chase Manhattan, «заморожувалися» у нью-йоркському банку, а платіжні документи, які виставлялися іншими банками до погашення, не оплачувалися банком Chase Manhattan.

Наступного дня, 27 червня 1974 р., Окружним судом м. Кельна був призначений офіційний ліквідатор згідно з німецьким законом стосовно врегулювання заборгованості від 1935 р. [4], а також були зроблені інші невідкладні заходи з ініціювання провадження у справі про транскордонну неплатоспроможність.

Призначений судом ліквідатор не залишив без уваги кореспондентський рахунок Herstatt в Chase Manha-

тан. Усього на той момент на вказаному кореспондентському рахунку накопичилось близько 150 мільйонів доларів США. Негайно було потрібно накласти заборону суду на задоволення вимог місцевих кредиторів за рахунок коштів на кореспондентському рахунку. Однак, будь-які судові заходи забезпечення суперечили б положенням Акта про банкрутство США в старій редакції [5] (далі – Акт про банкрутство). Згідно з Актом про банкрутство установі, уповноваженій вести справи з банкрутства, було дозволено порушувати провадження у справі про банкрутство проти нерезидентів на підставі їх встановленої неплатоспроможності, але за умов наявності активів на території Сполучених Штатів. Всі забезпечувальні заходи, призначені судом в рамках такого провадження протягом 4-х місяців з моменту подачі заяви про порушення справи про неплатоспроможність, можуть бути відмінені вищестоящим судом. Акт про банкрутство містив також виключення для банківських корпорацій, але були підстави вважати, що виключення застосовується тільки до банків-резидентів.

Внаслідок ситуації, що склалася, почалася справжня гонка із застосуванням забезпечувальних заходів судом. Хоча до банку Chase Manhattan висувалися претензії в притриманні тільки 156 мільйонів доларів США, насправді, на середину серпня 1974 р. на кореспондентському рахунку Herstatt накопичилось близько 200 мільйонів доларів США. У відповідь Chase Manhattan подав федеральний позов про порушення провадження з вимогами щодо визначення прав ліквідаційної комісії на грошові суми, які знаходились на кореспондентському рахунку. Даний процес, ініційований Chase Manhattan, залучив на його сторону більш, ніж тридцять банків з претензіями на кошти Herstatt, які знаходились на кореспондентському рахунку Chase Manhattan. Все було б добре, але при цьому був відсутній один важливий учасник процесу – ліквідатор Herstatt, призначений німецьким уповноваженим органом. Однак цьому є пояснення: якби він з'явився в судовому засіданні, то цілком можливо, що і справа (і можливо Кельнські активи банку Herstatt) могли б бути віднесені до компетенції судів Сполучених Штатів.

Дана загроза стала зовсім реальною, коли 6 серпня 1974 р. Citibank та інші кредитори без клопотання про застосування забезпечувальних заходів подали заяву про ініціювання провадження у справі про банкрутство до Федерального суду Манхеттена про звернення стягнення на кошти Herstatt. Забезпечувальні заходи, вжиті судом на підставі німецької сторони, мали б бути скасовані в рамках провадження, що було ініційоване, як такі, що надають безпідставні переваги окремій групі кредиторів.

Німецькі кредитори, які відстоювали позицію застосування забезпечувальних заходів до винесення рішення по суті у справі, оспорювали заяву про порушення провадження у справах про банкрутство банку Herstatt на підставі положень Акта про банкрутство, згідно з якими з дії Акта виключаються «всі банківські корпорації», таким чином, будучи такою корпорацією – банк Herstatt, як і його грошові активи в Нью-Йорку не можуть бути предметом судового розгляду.

Зрештою, питання про компетентність юрисдикції США звелось до питання, чи був Bankhaus Herstatt

корпорацією? Herstatt був K.G.a.A., Kommandit-gesellschaft auf Aktien viz., тобто командитним товариством з обмеженою відповідальністю. Отже головне питання, навколо якого точилися дискусії, чи мають бути виключені зі сфери застосування Акта про банкрутство іноземні банківські корпорації? Суддя, який вів справу про банкрутство, виніс 4-го листопада 1974 р. неоднозначне за своєю суттю і неординарне в судовій практиці рішення.

Для всіх учасників судового процесу було ясно, що можуть пройти роки, перш ніж кредитори отримають кошти на свій рахунок. Правові питання, які потрібно було вирішити, були по своїй суті новими і важкими, ставки в даній справі були високими, і сторони були рішучими в своїх намірах і володіли достатніми коштами для тривалого спору. Незалежно від рішення суду, можна було чекати апеляцій. Почалися переговори з укладення мирової угоди сторін.

Мирові угоди в Акті про банкрутство це terra incognita, тобто в суду в процесі укладення мирової угоди повна свобода дій відносно прийняття доводів позову, поданого в Нью-Йорку, або ж прийняття доводів німецької сторони. Американські кредитори були абсолютно не впевнені в результатах розгляду доводів сторін і їх оцінках.

Також були побоювання відносно значення положення Акта про банкрутство, згідно з яким американський арбітражний керуючий наділявся повноваженнями управління і розпорядження відносно майна неплатоспроможного боржника, де б воно не знаходилося. Подібне правове положення міститься і в німецькому нормативно-правовому акті щодо врегулювання аспектів неплатоспроможності; передбачувана «війна» між арбітражними управляючими, призначеними в рамках справи про транскордонну неплатоспроможність у Кельні і в Нью-Йорку, не задовільняла жодну з сторін.

Бажання частини кредиторів (німецької сторони), які відстоювали позицію застосування забезпечувальних заходів, зокрема, накладення арешту на майно боржника в Нью-Йорку, укласти мирову угоду посилювало після того, як в іншій схожій справі рішенням суду з банкрутств в Нью-Йорку було накладено арешт на грошову масу Israel-British Bank of London [6].

19 грудня 1974 р. суддя, який вів вказану справу, при наявності тих же суперечливих норм, як і в справі Herstatt, виніс рішення про правомочність юрисдикції Американського суду над нью-йоркськими активами вказаного іноземного банку, який ніколи не вів ділових операцій у Сполучених Штатах. Дана справа пройшла численні інстанції, доки в ній не було поставлено точку [7].

Подальші події в Кельні прискорили укладення мирової угоди. Наприкінці грудня Кельнським окружним судом був відхилений план ліквідації боржника, згідно з яким всі кредитори були класифіковані в залежності від своєї національної приналежності і типу вимог. Вказаний план був запропонований декількома американськими банками. Згідно з планом німецькі кредитори повинні були б відділені від ненімецьких кредиторів; потім вказані групи були б ще розділені на підгрупи в залежності від правового характеру операцій, які проводились між банком-боржником та кредитором (разові операції/операції, здійснювані на постійній основі), і як третій критерій – це наявність відпові-

дальності в угоді про співпрацю між боржником та певним кредитором. Американці запропонували, щоб найбільший процент вимог у розмірі 86 % повинен бути розподілений на користь німецьких кредиторів, що здійснювали разові операції і що передбачали відповідальність за невиконання зобов'язань. У другій черзі повинні бути німецькі кредитори, які здійснювали разові операції і які не передбачали відповідальності, 80,5% вимог яких повинні бути погашені. Третя черга кредиторів для погашення 70% своїх вимог повинна включати в себе німецьких кредиторів, які передбачали відповідальність і що здійснювали разові операції. І так далі до дев'ятої черги кредиторів, яка б складалась з німецьких кредиторів, що здійснювали операції на постійній основі і що не передбачали ніякої відповідальності і які мали б погасити 1 % своїх вимог відносно активів, що знаходяться в Нью-Йорку.

Однією із основних вимог мирової угоди була умова, згідно з якою кредитори перших шести черг можуть вимагати погашення своїх вимог тільки за рахунок ліквідаційної маси активів, що знаходяться в Нью-Йорку, тобто з коштів, що накопичились на кореспондентському рахунку банку Chase Manhattan. Американськими банками правильно був зроблений підрахунок, що вказані кошти будуть швидко розподілені. Кредитори, ті, що знаходилися в більш низьких чергах могли звернутися за стягненням заборгованості в Кельн, звичайно за умов дотримання ними місцевого законодавства і місцевої черговості кредиторів, встановленої місцевим судом.

Американський план був запропонований німецьким банкам на початку січня 1975 р. і відкинтий останніми як дискримінаційний. Низка німецьких банків вважали запропонований план як небезпечний прецедент на майбутнє і відмовилися від закладеного в йому принципу розділення кредиторів за національною приналежністю.

Німецькі банки підготували свій власний план. Їхній план передбачав, що кредитори повинні бути згруповані відповідно до звичайних стандартів, і, відповідно, найвищі квоти отримали ті, хто здійснював разові операції і передбачав відповідальність, але критерій національної приналежності було повністю проігноровано. Таким чином, німецькі кредитори, які здійснювали разові операції, і які передбачали відповідальність у своїй співпраці із банком-боржником отримали ті ж квоти, що і німецькі кредитори, які здійснювали разові операції і які також передбачали відповідальність у своїх угодах. Американці ж наполягали на тому, щоб план не передбачав обов'язковості звернення американських банків до Кельнського окружного суду для задоволення своїх вимог. Зрештою вимоги американських банків були враховані, але при цьому представники німецьких кредиторів погодились знизити свої квоти в Нью-Йорку і збільшити їх відповідно в Кельні.

Наприкінці лютого 1975 р. план був прийнятий всіма сторонами. Квоти тепер зросли від 58,78 до 86 %. Мирова угода була підписана в Нью-Йорку 24 лютого 1975 р. 34-а банківськими кредиторами. Ліквідатор, призначений Кельнським окружним судом, також підписав вказану мирову угоду в очікуванні, що він тим самим позбудеться майже 200 мільйонів доларів США вимог в Кельнському суді.

Угода була надана в розпорядження комітету кредиторів для здійснення виплат. Комітет, по суті невелика група нью-йоркських юристів підготувала накази для окружного судді і судді, який вів справу за позовом Chase Manhattan, про дозвіл на розподіл коштів з кореспондентського рахунку боржника в банку Chase Manhattan відповідно до мирової угоди. Оскільки згідно з Актом про банкрутство необхідно було дати повідомлення невизначеному колу осіб через пресу про майбутній розподіл коштів, комітет кредиторів сповістив всіх відомих кредиторів адресним поштовим повідомленням і опублікував відповідні оголошення в німецьких і американських газетах. Вказані послання і публікації містили інформацію про майбутні слухання справи 7 травня 1975 р., куди запрошувались всі зацікавлені особи для участі. Могли з'явитися ще нові кредитори і оспорити мирову угоду, але ніхто не прийшов. 9 червня 1975 р. після закінчення терміну на подання апеляції все майно боржника-банку Herstatt в Нью-Йорку, приблизно 176,5 мільйонів доларів, було розподілено між 34 банківськими кредиторами.

Головним чинником, що вплинув на досягнення такого результату, була мирова угода, положення якої задовольнили більшість сторін, було розуміння того, що в рамках правового порядку, що існував, проблема розподілу коштів не могла бути вирішена досить швидко і без великих фінансових витрат для всіх сторін.

Відтоді з 1975 р. значною мірою здатність компетентних установ до ефективного вирішення справ, подібних Herstatt, допомогла звернути увагу законодавчих органів на вказану проблему, результатом чого стало значне розширення правових інструментів для розв'язання подібних проблем, принаймні, в Сполучених Штатах. Судові прецеденти, новий Кодекс про банкрутство [8] і діючий договір з Канадою [9] значно удосконалили можливості для співпраці компетентних органів у разі виникнення справ про транскордонну неплатоспроможність.

Що стосується судової практики, то дана справа не пройшла безслідно і для них. Варто пригадати неоднозначне рішення суду в справі Finabank [10], яке було оспорене в апеляції. Також, як і в справі Herstatt, суддя виніс рішення у справі Cornfeld v. Investors Overseas Services, Ltd [11].

Кодекс про банкрутство від 1978 р. [12] відображає, насамперед, досвід Herstatt і потім вже інших справ. Питання компетенції юрисдикції над іноземним банком було врегульоване повністю: до іноземного банку, який здійснює ділові операції на території Сполучених Штатів, не може застосовуватися процедура добровільного або примусового банкрутства, згідно з Кодексом США про банкрутство повноважними для цього роду справ є федеральні органи нагляду за банківською діяльністю у відповідній державі; іноземний банк, який не здійснює ділових операцій на території Сполучених Штатів, але який має майно в США (подібно Herstatt), може подати заяву згідно з Кодексом і відповідно до нього може бути застосована ліквідаційна або реорганізаційна процедури; однак примусова процедура банкрутства проти такого банку може бути ініційована тільки у випадку, якщо мова йде про ліквідацію банку як кредитної установи.

Іноземним представникам в справах про неплатоспроможність були надані значні права за Кодексом США про банкрутство. Вони, іноземні представники, можуть подавати клопотання про підпорядкування провадження у справі про транскордонну неплатоспроможність, порушену у США, іноземному провадженню і навпаки. Таким чином, завдяки одній маленькій судовій справі судова система США і весь світ зробив великий крок вперед у врегулюванні проваджень у справах про транскордонну неплатоспроможність.

Список використаної літератури:

1. *In re Aktiebolaget Kreuger & Toll*, 20 F. Supp. 964 (S.D.N.Y. 1937), аJT'd, 96 F.2d 768 (2d Cir. 1938).
2. *In re Banque de Financement, S.A.*, 2 Bankr. Ct Dec. 83 (S.D.N.Y. 1976), aff'd. No 75 B764 (S.D.N.Y. 28 July 1976), sub rev'd. *not. Banque de Financement v First National Bank of Boston*, 568 F.2d 911 (2d Cir. 1977).
3. *Disconto Gesellschaft v. Urabreit*, 208 U.S. 570, 52 L.Ed. 625 (1908).
4. *Philipp Jostarndt, Bernd Rudolph*. Financial distress, corporate restructuring and firm survival: an empirical analysis of German panel data. DUV, 2007 ISBN 3835005901, 9783835005907 -198 p. (p. 74).
5. *US Code of Bankruptcy, Title 11, Chapter 5 (old version)* // http://www.law.comell.edu/uscode/uscode11/uscode11_usc_sec_11_00000523---000.html

6. *In re Israel-British Bank (London) Ltd.*, 1 Bankr. Ct. Dec. 528 (S.D.N.Y. 1974), rev'd 401 P. Supp. 1158 (S.D.N.Y. 1975), mv'dsub. *not. Israel-British Bank (London) Ltd. v. F.D.L.C.*, §36 F.2d 509 (2d Cir. 1970).
7. *In the Matter of Israel-British Bank (London) Limited, S. Corp. Israel-British Bank (London) Limited, Appellant, v. Federal Deposit Insurance Corporation, as Successor in Interest To Franklinnational Bank, and Bank of the Commonwealth, Appellees.*, 536 F.2d 509 (2nd Cir. 1976) // <http://vlex.com/vid/36822596>
8. <http://www.uscourts.gov/bankruptcycourts/bankruptcybasics.html>
9. *David C. Cook*, *Prospects for a North American Bankruptcy Agreement; Les Prospects pour une Convention de la Faillite en Americque due Nord; Los Prospectos para un Convenio de Quiebra de Norte America*, 2 SW. J. OF L. & TRADE AM. 81, 81 (1995).
10. *In the Matter of Banque de Financement, S. A., Debtor. Banque de Financement, S. A., Appellant, and Firestone Tire and Rubber Company, Intervenor in Support of Appellant, v. the First National Bank of Boston, and the Chase Manhattan Bank, N. A., Appellees.*, 568 F.2d 911 (2nd Cir. 1977) // <http://vlex.com/vid/36874220>
11. *Cornfeld v. Investors Overseas Services, Ltd.*, 614 F.2d 1286 (2nd Cir. 1979)
12. http://en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy_in_the_United_States

**БАНКІВСЬКІ ПОСЛУГИ:
ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ТА ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ СТАНДАРТІВ ЄС**

Молодик К. Ю.,

*кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник відділу міжнародного
приватного права і порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

Втілення євроінтеграційних прагнень України є неможливим без імплементації нормативних стандартів, що напрацьовані в праві ЄС. Повною мірою це стосується сфери фінансових послуг, у тому числі такої її складової, як послуги комерційних банків. У межах роботи над цією загальною темою автор має на меті, за результатами відповідного порівняльно-правового аналізу, з'ясувати, чи визначено коло відповідних послуг у вітчизняному праві та праві ЄС аналогічним чином, якщо ні – встановити відповідні розбіжності та пояснити причини їх виникнення.

Перед тим, як провести безпосередньо порівняльний аналіз «банківських послуг» у праві України та ЄС, слід приділити певну увагу з'ясуванню обсягу самого цього терміна. Дійсно, терміни «послуги», «банківські послуги», «банківські операції», «банківські продукти» достатньо активно вживаються у ЗМІ, однак, розрізнити їх є не такою простою справою, як це здається на перший погляд. Серед фахівців точиться суперечка з приводу того, чим розрізняються між собою зазначені поняття, точиться вже протягом достатньо тривалого часу.

Це питання було предметом дослідження науковців Ю. А. Мещерякова [1, с. 70–89], О. Папаїки спільно з С. Арбузовим [2, с. 13–15] та О. Дзюблюка [3, с. 23–27]. Узагальнено суть їхніх позицій полягає в тому, що банківський продукт – це спосіб надання послуг клієнтові банку, регламент взаємодії службовців банку з клієнтом за умови надання послуги, тобто комплекс взаємопов'язаних організаційних, інформаційних, фінансових і юридичних заходів, поєднаних єдиною технологією

обслуговування клієнта. Банківська операція – система узгодження за цілями, місцем і часом дій, спрямованих на вирішення завдань, пов'язаних з обслуговуванням клієнта. У той же час під банківською послугою зазначені фахівці розуміють форму задоволення потреби клієнта банку (у кредиті, розрахунково-касовому обслуговуванні, гарантіях, купівлі-продажу та зберіганні цінних паперів, іноземної валюти тощо).

При цьому О. Папаїка та С. Арбузов також звернули увагу на колізію між нормами Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.01 р. № 2664-III [4] та Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III [5]. Зазначена колізія, на їх думку, полягає в тому, що перший із зазначених законів оперує як базовим терміном «фінансові послуги», включаючи до них і банківські послуги. У Законі ж «Про банки і банківську діяльність» щодо визначення тієї же самої по суті діяльності банків вживається, як правило, термін «банківські операції» (наприклад, у статтях 47, 49, 51), але при цьому стаття 53 цього ж закону забороняє встановлювати процентні ставки і комісійні винагороди на рівні нижче собівартості «банківських послуг». Одночасно О. Папаїка та С. Арбузов визначають, зокрема, іпотечну послугу банку як інтегрований товар іпотечного ринку та говорять про його «купівлю-продаж».

З такими позиціями повністю погодитися не можна. Так зазначені автори не враховують, що банківські операції бувають «зовнішніми» та «внутрішніми», до

числа останніх належать, зокрема, такі, що пов'язані з формуванням банком обов'язкових резервів та наступними змінами в їх обсязі, операції з перерозподілу грошей між підрозділами всередині юридичної особи тощо. Навряд чи всі такі операції можна вважати «системою узгоджених за цілями, місцем і часом дій, спрямованих на вирішення завдань, пов'язаних з обслуговуванням клієнта», принаймні безпосередньо. Немовливо зрозуміти також, в чому полягає принципова різниця між способом надання послуги, яким автори характеризують термін «банківський продукт» та зовнішньою формою її надання (характеристика терміна «банківська послуга»). Невже послуга надається не у певний спосіб? Якщо користуватися логікою зазначених авторів, то виходить, що «продуктом» є будь-який ринковий товар (у формі продукції, роботи чи послуги). На нашу думку, спосіб, в який надається банківська послуга, і є її зовнішньою формою. Тому так кардинально розмежовувати поняття «банківська послуга» та «банківський продукт» не слід. По суті вони характеризують одне й те ж саме явище, але перший з них є більш формальним (легальним), другий – частіше вживається для внутрішніх потреб банківського середовища.

Більш складним є завдання розмежувати терміни «банківська операція» та «банківська послуга». Процес надання кожної банківської послуги в аспекті безпосереднього обслуговування клієнта розкладається на декілька технологічних операцій. Наприклад, якщо мова йде про відправлення звичайного міжнародного SWIFT-переказу, такими технологічними операціями (узагальнено) є: прийняття платіжного доручення, перевірка його за формальними ознаками, перевірка документів, що підтверджують операцію (за необхідності), стягнення з клієнта винагороди за переказ, формування переказу в системі SWIFT та його проведення. Також на окремі дії – банківські операції – можна розкласти й виконання банком кожної з публічних функцій перед державою (в якості прикладу можна навести такі функції, як формування резервів у бухгалтерському обліку, формування резервів у податковому обліку, повідомлення податкових органів про відкриття/закриття рахунків клієнтів-суб'єктів підприємницької діяльності тощо). Отже фактично банківські операції – це є складові або банківської послуги, або виконання банком публічних обов'язків перед державою. Таким чином, можна зробити висновок, що терміни «банківська операція» та «банківська послуга» частково збігаються за змістом, але не є тотожними.

Певною мірою це підтверджується і змістом п. 26.4 статті 26, статті 40 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» [6], в яких йдеться мова про договірне регулювання різноманітних «банківських послуг». Проте, коли підкреслюється суто технічний аспект банківської діяльності, тобто певна дія, використовується термін «операція» (наприклад, у підпункті 3 пункту 39.2 статті 39 цього ж Закону - щодо несанкціонованих операцій з компонентами платіжних систем).

Поряд з тим, не можна не визнати, що термін «банківська операція» вже настільки активно знаходиться в обігу, що у на практиці часто використовується як синонім терміна «банківська послуга».

На сьогоднішній день на рівні Законів України банківська діяльність в Україні врегульована в основному Цивільним кодексом України [7], Законами України «Про банки і банківську діяльність» (далі – Закон про банки), «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», «Про Національний банк України» [8], а також Декретом Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання та валютного контролю» [9]. З наведених нормативно-правових актів перші три врегульовують ті ж самі по суті відносини в їх економічних, юридичних та технологічних аспектах, при цьому перший з них робить це більше під «юридичним» кутом зору, другий – під «економічним», третій – під «технологічним». Фактично банківська діяльність і є синтезом юридичних, економічних та технологічних її аспектів. А тому така законодавча «тріада», хоч не є завжди зручною у використанні (наприклад, складові цивільної відповідальності щодо одного порушення договору про надання банківської послуги можуть міститися у різних законах), але певною мірою зрозумілою.

Слід звернути увагу на те, що положеннями частини 6 статті 47 Закону про банки передбачено, що «банк має право здійснювати інші угоди згідно із законодавством України». При цьому існує вкрай неоднозначна проблема, пов'язана з тим, чи слід вважати банківську діяльність винятковим видом діяльності саме в аспекті сфери послуг. Відповідно до ч. 1 ст. 48 цього ж Закону банкам забороняється діяльність у сфері матеріального виробництва, торгівлі (за винятком реалізації пам'ятних, ювілейних і інвестиційних монет) та страхування, крім виконання функцій страхового посередника. Отже, як ми бачимо, прямої заборони банкам надавати взагалі будь-які послуги, крім деяких страхових, у Законі немає. Так, авторів доводилося брати участь у дискусії, коли в одному з вітчизняних комерційних банків виникло суперечливе питання з приводу того, чи вправі банк відкрити власну їдальню для своїх працівників та клієнтів. На нашу думку, таке питання є вкрай неоднозначним. З одного боку, надання послуг з громадського харчування банку законодавчо прямо не заборонене, і важко уявити, щоб це створювало для банку істотні економічні ризики. З іншого боку, така діяльність не є природною для банку, а реалізацію відповідних продовольчих товарів та послуг неможливо навіть здійснювати через банківський баланс з огляду на специфіку вимог до бухгалтерського обліку в банках. Якщо дозволити банку «годувати» населення, то тоді слід визнати, що банки можуть надавати й інші послуги, наприклад, перукарські, демонструвати кінофільми, проводити дискотеки тощо, адже юридично це послуги, що в цілому аналогічні громадському харчуванню. Така об'єктивна ситуація, в якій відсутній єдиний підхід до визначення дозволених банку кола послуг, вкрай потребує законодавчого вирішення.

Повертаючись до питання про загальне коло банківських послуг, слід зазначити, що в статті 47 Закону про банки, де перераховуються банківські послуги, вони названі «банківськими операціями», хоча, на нашу думку, це невірно, виходячи з зазначених вище підстав. Хоча коректно говорити саме про «банківські послуги»,

в якості певного компромісу можна запропонувати використувати термін «види діяльності» («activities»), адже саме він застосований у додатку 1 до ключового акта європейського права, який регулює банківські операції – Директиви Європейського парламенту та Ради 2006/48/ЄС щодо започаткування діяльності кредитних установ та її ведення [10]. Оскільки цей додаток без жодних змін фактично замінив додаток 1 до раніше чинної Директиви Європейського парламенту та Ради 2000/12, можна зробити висновок, що зазначений в ньому перелік видів діяльності кредитних установ, визна-

ється у ЄС вдалим та достатнім. При цьому слід зробити важливі застереження про те, що зазначена Директива ЄС стосується банків лише як одного з видів кредитних установ (тобто під її дію потрапляють не лише банки), а терміни «кредитна установа» та «фінансова установа» в актах ЄС не є тотожними [11, с. 43].

Разом з необхідністю застосовувати правильну термінологію, не менш важливо розглянути питання по суті щодо того, а що саме можуть робити банки як кредитні установи? Відповідне порівняння між ст. 47 Закону про банки та Додатком 1 до Директиви 2006/48/ЄС наведено у таблиці.

Таблиця. Порівняльна характеристика видів банківської діяльності в Законі України «Про банки і банківську діяльність» та праві ЄС:

ст.47 Закону України «Про банки і банківську діяльність»	Додаток 1 до Директиви Європейського парламенту та Ради 2006/48/ЄС
приймання вкладів (депозитів) від юридичних і фізичних осіб	прийняття депозитів та інших коштів на зворотній основі
відкриття та ведення поточних рахунків клієнтів і банків-кореспондентів, у тому числі переказ грошових коштів з цих рахунків за допомогою платіжних інструментів та зарахування коштів на них	послуги з переказу грошей
розміщення залучених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик	надання кредитів (споживчих, іпотечних, факторингових з правом або без права регресу, фінансування комерційних операцій (форфейтинг)
операції з валютними цінностями	торгівля за власний рахунок або за рахунок клієнтів (операції за дорученням клієнтів або від свого імені): а) інструментами грошового ринку (чеки, векселі, депозитні сертифікати тощо); б) валютою; в) фінансовими ф'ючерсами та опціонами; г) інструментами, що базуються на обмінних курсах та відсотках; д) цінними паперами, що підлягають обігу
емісія власних цінних паперів	–
організація купівлі та продажу цінних паперів за дорученням клієнтів	торгівля за власний рахунок або за рахунок клієнтів (операції за дорученням клієнтів або від свого імені) цінними паперами, що підлягають обігу
здійснення операцій на ринку цінних паперів від свого імені (включаючи андеррайтинг)	участь у випуску цінних паперів та надання послуг, пов'язаних з таким випуском
надання гарантій і поручительств та інших зобов'язань від третіх осіб, які передбачають їх виконання у грошовій формі	надання гарантій та поручительств
придбання права вимоги на виконання зобов'язань у грошовій формі за поставлені товари чи надані послуги, приймаючи на себе ризик виконання таких вимог та прийом платежів (факторинг)	надання кредитів (споживчих, іпотечних, факторингових з правом або без права регресу, фінансування комерційних операцій (форфейтинг)
лізинг	фінансовий лізинг
послуги з відповідального зберігання та надання в оренду сейфів для зберігання цінностей та документів	послуги зі зберігання у сейфі
випуск, купівля, продаж і обслуговування чеків, векселів та інших оборотних платіжних інструментів	випуск та обслуговування платіжних засобів (наприклад, кредитних карток, дорожніх та банківських чеків)
випуск банківських платіжних карток і здійснення операцій з використанням цих карток	випуск та обслуговування платіжних засобів (наприклад, кредитних карток, дорожніх та банківських чеків)
надання консультаційних та інформаційних послуг щодо банківських операцій	надання довідкової інформації (надання консультативних та інформаційних послуг)
здійснення інвестицій у статутні фонди та акції інших юридичних осіб	зберігання та управління цінними паперами
здійснення випуску, обігу, погашення (розповсюдження) державної та іншої грошової лотереї	–

перевезення валютних цінностей та інкасація коштів	–
операції за дорученням клієнтів або від свого імені: з інструментами грошового ринку; з інструментами, що базуються на обмінних курсах та відсотках; з фінансовими ф'ючерсами та опціонами	торгівля за власний рахунок або за рахунок клієнтів (операції за дорученням клієнтів або від свого імені): а) інструментами грошового ринку (чеки, векселі, депозитні сертифікати тощо); б) валютою; в) фінансовими ф'ючерсами та опціонами; г) інструментами, що базуються на обмінних курсах та відсотках; д) цінними паперами, що підлягають обігу
довірче управління коштами та цінними паперами за договорами з юридичними та фізичними особами	управління портфелем цінних паперів та надання консультацій щодо такого управління
депозитарна діяльність і діяльність з ведення реєстрів власників іменних цінних паперів	зберігання та управління цінними паперами
–	посередництво на міжбанківських ринках
–	надання підприємствам консультацій щодо структури капіталу, промислової стратегії та пов'язаних з цим питань, а також надання консультацій та послуг стосовно злиття та придбання підприємств

Як ми бачимо, зазначені види діяльності переважно збігаються. Проте нам хотілося би звернути особливу увагу на деякі з відмінностей у таблиці.

Так, у Директиві ЄС відокремлена діяльність з торгівлі, у тому числі за дорученням клієнтів, інструментами, що базуються на обмінних курсах та відсотках. У вітчизняному законі такої норми немає, і така різниця не є випадковою. Адже навіть на сьогоднішній день здійснення валютних операцій ф'ючерсного характеру вітчизняним банкам заборонено, а на момент прийняття вітчизняного закону (2000 рік) НБУ не дозволяв банкам здійснювати навіть валютні форвардні операції. Відсутність у Законі пор банки таких операцій пояснюється, на нашу думку, бажанням НБУ регулювати їх у «ручному» режимі, адже в разі їх прямої наявності в Законі робити це регулятору було б набагато складніше.

Хоча сучасна світова фінансова криза спричинена, у тому числі, надмірними фінансовими операціями з похідними фінансовими інструментами, все ж, на нашу думку, в розумних межах такі операції можуть принести реальну користь вітчизняним підприємствам з точки зору хеджування їх валютних ризиків в умовах нестабільного валютного курсу національної грошової одиниці – гривні. Зловживання та недостатній контроль з боку державних органів при використанні похідних фінансових інструментів у світі не заперечують користі та привабливості таких інструментів по суті.

Схожими, на нашу думку, є і причини відсутності у вітчизняному законі прямої вказівки на посередництво на міжбанківських ринках як на вид діяльності банків. Звісно, фактично воно і так відбувається в обмеженому вигляді у вигляді купівлі/продажу вітчизняними банками для їх клієнтів іноземної валюти на міжбанківському валютному ринку України та (в межах лімітів валютних позицій) на міжнародних валютних ринках. Проте «звичайні» особи не виступають на валютному ринку безпосередньо як суб'єкти, зокрема, не можуть наказати своєму банку, наприклад, обміняти одну валюту на іншу у певного контрагента в певній країні. Отже, посередництво банку має тут дуже відносний та знеособлений характер, адже банки мають право задоволь-

няти відповідні потреби клієнтів на консолідованій основі та виключно у спосіб, який визначив НБУ. Хоча Національний банк України і обговорював проект постанови про надання дозволу великим експортерам відкрити брокерські контори на Українській міжбанківській валютній біржі, але він поки що не прийнятий та невідомо, чи буде прийнятий взагалі. Фактично реальне посередництво банків на валютних ринках (особливо міжнародних) в аспекті хеджування валютних ризиків клієнтів є ще справою майбутнього.

Наступна відмінність, на яку не можна не звернути увагу, стосується діяльності зі здійснення випуску, обігу, погашення (розповсюдження) державної та іншої грошової лотереї. Слід зазначити, що норма про «інші грошові лотереї» дещо застаріла, оскільки посилення державного контролю за лотерейною діяльністю призвело до того, що зараз в Україні існують лише державні лотереї. Відносно активним гравцем на цьому ринку є Ощадбанк України, який є навіть емітентом державної лотереї. Діяльність з розповсюдження квитків державних лотерей (щоправда, без їх емісії) здійснюють і інші комерційні банки. Проте діяльність з торгівлі лотерейними квитками в цілому не можна вважати традиційно банківською і такою, що здійснюється банками в рамках ЄС в істотних масштабах. Тому, на нашу думку, і було визнано недоцільним вносити її до загальноєвропейського уніфікованого переліку видів банківської діяльності, право на здійснення яких на підставі ліцензії, отриманої в будь-якій країні ЄС, має визнаватися на всій території ЄС.

Ще однією відмінністю, на яку хотілося би звернути увагу, є різний перелік видів діяльності інвестиційного характеру. Так український банківський закон розглядає об'єктом довірчого управління з боку банків виключно цінні папери клієнтів, хоча Директива ЄС говорить про довірче управління як портфелями цінних паперів, так і грошима клієнтів. Більше того, у 2003 році частина 2 статті 1030 Цивільного кодексу України підтвердила відповідну заборону, зауваживши, що «не можуть бути предметом договору управління майном грошові кошти, крім випадків, коли право здійснювати уп-

равління грошовими коштами прямо встановлено законом». Таким чином, обсяг прав вітчизняних банків у цьому аспекті також є меншим, ніж у банків країн-членів ЄС.

Що стосується відсутності в Директиві ЄС послуг з інкасації, то поясненням цьому може бути поширення у західних країнах інкасаторських служб, які за своїм правовим статусом не є банками. Загалом така діяльність поряд, зокрема, з діяльністю з обміну валют входить до так званих «money service businesses» [12, с. 57], які не вважаються послугами суто банків чи не банківських кредитних установ, та широко надаються й іншими компаніями. Цим, на нашу думку, і пояснюється недоцільність їх включення до Директиви як таких, що можуть здійснюватися в усіх країнах ЄС на підставі єдиних ліцензій, які видаються кредитним установам. Зазначені послуги, що характеризуються як неторговельні, є для кредитних установ дещо побічними.

Нарешті, український закон говорить лише про надання консультацій щодо банківських послуг, а Директива ЄС – також і про діяльність банків з надання підприємствам консультацій щодо структури капіталу, промислової стратегії та пов'язаних з цим питань, а також надання консультацій та послуг стосовно злиття та придбання підприємств. Особливих причин не включати зазначене коло послуг, які насправді надаються вітчизняними банками, не було. Тому причиною їх відсутності у Законі, на нашу думку, була їх відносна непоширеність в Україні на час прийняття Закону.

Висновки

Терміни «банківська послуга» та «вид банківської діяльності» слід застосовувати як синоніми. Значення терміна «банківська операція» частково збігається з ними, але не є тотожним. Банківські операції є складовими частинами або банківських послуг, або виконання банком публічних обов'язків перед державою.

У законодавчому регулюванні банківської діяльності спостерігається серйозна нормативно-правова прогалина в питанні щодо загального кола послуг, які можуть надавати вітчизняні банки, і яку доцільно якомога оперативніше усунути.

Перелік видів банківської діяльності у вітчизняному праві та праві ЄС переважно збігається. Різницю

можна пояснити намаганням вітчизняного законодавця дещо обмежити коло банківських послуг порівняно з правом ЄС, більш жорстко контролювати їх, а також невключенням у правове регулювання у межах ЄС щодо кредитних установ кола послуг, які широко надаються в ЄС не лише кредитними установами.

Цікавим та корисним напрямком подальших наукових розробок є, на думку автора, дослідження проблем правового регулювання «електронних грошей» у праві ЄС та доцільності чи недоцільності імплементації такого регулювання у вітчизняне законодавство.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Мецержков А. А.* Організація діяльності комерційного банку: навчальний посібник. – К., 2007. – 604 с.
2. *Панаїка О., Арбузов С.* Іпотечна послуга як похідна іпотечного ринку // Вісник Національного банку України. – 2008. – № 2. – С. 13–15.
3. *Дзюблюк О.* Ринок банківських послуг : теоретичні аспекти організації і стратегія розвитку в Україні // Банківська справа. – 2006. № 5 – 6. – С. 23–35.
4. *Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»* // Офіційний вісник України. – 2001. – № 32. – Ст. 1457.
5. *Закон України «Про банки і банківську діяльність»* від 7 грудня 2000 року // Відомості Верховної Ради України. – 2001 р. – № 5–6. – Ст. 30.
6. *Закон України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні»* від 05.04.2001 р. // Урядовий кур'єр. – 2001. – № 84. – 16.05.2001 р.
7. *Цивільний кодекс України* від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.
8. *Закон України «Про Національний банк України»* від 20.05.1999 р. // Урядовий кур'єр. – 1999. – № 120–121.
9. *Декрет Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю»* від 19.02.1993 р. // Урядовий кур'єр. – 1993. – № 35.
10. *Directive 2006/48/EC of EC the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions (recast)* // Official Journal L 177/1, 30.06.2006 р.
11. *Юрків В.* Правове регулювання діяльності кредитних установ у законодавствах України та Європейського Союзу : порівняльно-правовий аспект // Вісник Національного банку України. – 2006. – № 11. – С. 42–44.
12. *Махасва О.* Ринок електронних грошей у Сполучених Штатах Америки та його регулювання // Вісник Національного банку України. – 2007. – № 1. – С. 56–60.

РЕЧОВІ ПРАВА У СФЕРІ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА УКРАЇНИ ТА РОСІЇ: ПРОЦЕСУАЛЬНІ ТА КОЛІЗІЙНІ АСПЕКТИ

Шупінська О. В.,

науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

В умовах переходу багатьох держав до принципів відкритості в організації суспільства, інтернаціоналізації комерційних відносин і закономірного внаслідок цього розширення географічної сфери взаємовпливу, речовому праву, центральним інститутом якого є право власності, в міжнародних відносинах приділяється більше уваги. Цивільне право різних країн може по-різному класифікувати об'єкти речових прав, визначати правовий статус речі згідно з її приналежністю до певного виду, встановлювати зміст права власності та інших речових прав, по-

рядок виникнення, зміни і припинення цих прав. Внаслідок цього при виникненні майнового спору постає проблема визначення компетентного правопорядку, яка вирішується за допомогою колізійних норм, що закріплюються в національних законодавчих актах. Крім того, певні відмінності в законодавстві економічно розвинених країн характерні і для регулювання процесуальних відносин за участю іноземних осіб.

Не залишилися осторонь цього процесу і пострадянські країни, які на теперішній час вже реформували

своє колізійне законодавство, хоча різними шляхами. Так, зокрема, Росія, Вірменія, Білорусь, Казахстан, Киргизія, Молдова, Узбекистан – шляхом включення в національні цивільні кодекси розділів з міжнародного приватного права за схемою, близькою до Моделі Цивільного кодексу для країн СНД, в той час як Азербайджан, Грузія, Україна, Естонія – через прийняття окремих комплексних законів з міжнародного приватного права.

Враховуючи той факт, що Росія є стратегічним партнером України, а також й те, що ці країни обрали різні форми кодифікації законодавства з міжнародного приватного права, метою цієї статті є проведення порівняльного аналізу змісту загальних положень колізійних норм щодо права, яке підлягає застосуванню до речових прав, закріплених в частині третій розділу VI Цивільного Кодексу Російської Федерації від 26 листопада 2001 р. № 146-ФЗ (далі – ЦК РФ) та в Законі України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709-IV (далі – Закон про МПРП), а також деяких процесуальних норм, що містяться в Арбітражному процесуальному кодексі Російської Федерації від 24 липня 2002 р. № 95-ФЗ (далі – АПК РФ) та Законі про МПРП.

Передусім слід зазначити, що суттєвою відмінністю Закону про МПРП від ЦК РФ є те, що в цьому Законі вміщено норми не тільки міжнародного приватного права, а й міжнародного цивільного процесу (розділ XI, XII, XIII). Такий підхід українського законодавця є виправданим і має низку безсумнівних переваг, зокрема: враховується тісний взаємозв'язок цих норм, використовуються загальні поняття, об'єднується регулювання всіх процесуальних відносин за участю іноземних осіб незалежно від того, про які спори йдеться – господарські або інші, що повинно було б забезпечити уникнення відмінностей при вирішенні одних і тих же суттєвих питань міжнародного цивільного процесу в Цивільному процесуальному та Господарському процесуальному кодексах України. Але, не вдаючись до детального обговорення цього питання, лише звернемо увагу на таке.

Однією із підстав визначення підсудності справ судам України є наявність у відповідача на території України рухомого чи нерухомого майна, на яке можна накласти стягнення, або знаходиться філія або представництво іноземної юридичної особи – відповідача (п. 1 п.п. 2 ст. 76 Закону про МПРП).

До виключної підсудності судам віднесено, зокрема, справи з іноземним елементом, якщо нерухоме майно, щодо якого виник спір, знаходиться на території України (п.1 п.п.1 ст. 77 Закону про МПРП). Це правило поширюється на справи, що стосуються як речових, так і зобов'язальних прав на нерухоме майно і можуть бути, наприклад, справи за позовом про визнання права власності, про відновлення володіння, про усунення перешкод у здійсненні сервітуту, про витребування майна з чужого незаконного володіння, про повернення речі, переданої у користування за договором тощо. Також зазначимо, що таке правило міжнародної виключної підсудності справ з приводу нерухомості судам держави її місцезнаходження має на меті забезпечити повний, всебічний і швидкий розгляд спору. Як правило, розгляд таких спорів передбачає витребування і проведення аналізу виписок з реєстрів нерухомого

майна та ін. Близькість суду до нерухомості, щодо якої виник спір, може сприяти суттєвому зменшенню строку розгляду справи і оперативній перевірці всіх поданих доказів, оскільки відпадає необхідність одержання доказів з-за кордону і перекладу іноземної документації [1, с. 317].

Звернемо увагу на те, що український законодавець, на відміну від російського, не відніс до виключної підсудності українських судів справи щодо майна, що знаходиться в державній власності України. В Росії справи щодо майна, що знаходиться в державній Власності РФ, включаючи й спори стосовно приватизації державного майна та примусового відчуження майна для державних потреб, згідно із п. 1 ч. 1 ст. 248 АПК РФ повинні розглядатися виключно російськими судами. З цього приводу розділяємо думку російських правознавців В. Звєкова та Н. Маришевої, які вважають, що «позиція українського Закону вигідно відрізняється від підходу російського законодавства, що занадто розширює в цьому випадку межі виключної підсудності російських судів, що в кінцевому підсумку не сприяє розвитку міжнародного співробітництва» [2, с. 128].

Попри переваги щодо включення до Закону про МПРП норм міжнародного цивільного процесу слід звернути увагу на деякі недоліки, зокрема на те, що в цьому Законі окремо не розглядаються питання визнання та виконання іноземних рішень щодо майнових спорів і вирішення цих питань здійснюється в загальному порядку із врахуванням особливостей міжнародного цивільного процесу. В цьому контексті слушною є позиція А. С. Довгерта, який вважає, що в Законі так і не вдалося провести відносно повну кодифікацію норм міжнародного цивільного процесу, у зв'язку з чим він опинився «розірваним» між трьома актами: Законом про МПРП, Цивільним процесуальним кодексом України та Господарським процесуальним кодексом, які до того ж «містять дублюючі, але різні у формулюваннях, норми, що породжує численні колізії» [3, с. 43].

Але незважаючи на згадані недоліки, включення в Закон про МПРП норм не тільки міжнародного приватного права, а й міжнародного цивільного процесу є кроком вперед.

Пристаюючи до аналізу змісту загальних положень колізійних норм щодо права, яке підлягає застосуванню до речових прав, слід звернути увагу на відмінності, що існують в структурі розташування цих норм. В ЦК РФ ці норми розміщені в ст.ст. 1205 – 1207 глави 68 ЦК РФ «Право, що підлягає застосуванню до майнових і особистих немайнових відносин», а в Законі про МПРП в ст. 38–42 розділу V «Колізійні норми речового права». Тобто, в главі 68 ЦК РФ вміщено колізійні норми, що регулюють як речові відносини, так і зобов'язальні, включаючи договірні і не договірні, а в Законі про МПРП регулюванню колізійних норм зобов'язального права та колізійних норм не договірних зобов'язань присвячено розділи VI та VII. Але такі структурні відмінності згаданих законодавчих актів не створюють перешкод для вибору судовими органами компетентного правопорядку при вирішенні майнових спорів.

Розглядаючи загальні положення про право, що підлягає застосуванню до речових прав, які закріплені в ст. 1205 ЦК РФ, зазначимо, що зміст права власності та

інших речових прав на нерухоме та рухоме майно, їх здійснення та захист визначаються за правом країни, де це майно знаходиться (п.1). Належність майна до нерухомих або рухомих речей також визначається за правом країни, де це майно знаходиться (п. 2 ст. 1205 ЦК РФ). Подібне правило закріплено й в п. 1, 2 ст. 38 українського Закону про МПрП, відрізняючись тим, що при формулюванні п.1 залишено поза межами регулювання «зміст» у праві власності та інших речових правах, їх «здійснення та захист» та наприкінці цього пункту міститься додаткове застереження «якщо інше не передбачено законом».

Розкриваючи сутність та значення наведених особливостей слід зауважити, що питанням здійснення та захисту речових прав присвячена окрема ст. 42 Закону про МПрП. Аналіз її змісту дозволяє зробити висновок, що український законодавець, на відміну від російського, приділяє особливу увагу цим питанням, оскільки в першій частині цієї статті закріплено загальні засади щодо захисту права власності та інших речових прав, а заявнику надано можливість обрати право або за законом місця знаходження майна – *lex rei sitae*, або згідно з правом держави суду – *lex fori*, що свідчить про використання принципу автономії волі. Дана альтернативна колізійна норма поширюється виключно на речово-правові засоби захисту права власності та інших речових прав, насамперед віндикаційного та негаторного позовів, хоча у випадку обрання для застосування позивачем, який звернувся за захистом до українського суду, права країни місцезнаходження майна суд може застосовувати і невідомі українському законодавству спориби захисту речових прав. Однак, при цьому слід наголосити на тому, що в імперативному порядку підлягає застосуванню виключне право України щодо майна, внесеного до державного реєстру України та *lex rei sitae* щодо захисту права власності на нерухоме майно. Тобто, власник нерухомого майна або суб'єкт інших речових прав на таке майно, який звертається за захистом, позбавлений можливості вибору права держави суду і застосовуватиметься виключно право держави місцезнаходження нерухомого майна. Імперативне застосування принципу *lex rei sitae* в цьому випадку пояснюється тим, що реєстрація нерухомості та прав на неї завжди здійснюється за місцем її розташування, а тому даний колізійний принцип має найбільші підстави для застосування [1, с. 193–194].

Наявність застереження «якщо інше не передбачено законом» свідчить про очевидну диспозитивність положень п. 1 ст. 38 українського Закону МПрП і дає змогу «встановлювати спеціальні режими колізійного регулювання для певних категорій власності або для певних категорій правовідносин щодо власності» [4, с. 260–261]. Тобто, вказана норма містить загальну колізійну прив'язку, яка застосовується до речових прав взагалі, тоді як норми ст. 39–42 Закону МПрП формулюють спеціальні правила визначення права, яке застосовується до визначення та припинення права власності та інших речових прав на майно, визначення права Власності та інших речових прав, відомості про які підлягають внесенню до державних реєстрів, права власності та інших речових прав на рухоме майно, що перебуває

в дорозі, а також до захисту права власності та інших речових прав [1, с. 179].

Питання набуття та втрати права власності на речі врегульовані ст. 1206 ЦК РФ та ст. 39 Закону про МПрП. Аналіз колізійного регулювання цих питань спонукає звернути увагу на такі моменти.

Зміст перших пунктів, як ст. 1206 ЦК РФ, так й ст. 39 Закону про МПрП, майже збігається і йдеться про те, що виникнення та припинення права власності визначається правом держави, в якій відповідне майно перебувало в момент, коли мала місце дія або інша обставина, яка стала підставою для виникнення або припинення права власності та інших речових прав, якщо інше не передбачено законом.

Хоча при переміщенні майна обсяг правомочностей його власника визначатиметься законом нового місцезнаходження, такий закон не може ігнорувати певні юридичні факти, які виникли на підставі закону попередньої юрисдикції. Вказана колізійна норма забезпечує визнання речових прав на майно, що виникли за кордоном на підставі норм іноземного права. Це означає, що майно, яке було правомірно набуто в одній державі, буде вважатися таким і в інших державах, навіть якщо законодавство цих держав і не передбачає такої підстави набуття права власності, за якою фактично відбувся перехід права власності.

У свою чергу, зміст інших пунктів згаданих статей має певні відмінності. Так, в п. 2 ст. 1206 ЦК РФ закріплено, що виникнення і припинення права Власності та інших речових прав за угодою, що укладається щодо рухомого майна, яке перебуває в дорозі, визначається за правом країни, із якої це майно відправлено, якщо інше не передбачено законом [5, с. 151]. А в п. 2 ст. 39 Закону про МПрП встановлено, що право, яке застосовується до виникнення та припинення права власності та інших речових прав, що є предметом правочину, визначається відповідно до частини першої цієї статті, якщо інше не встановлено за згодою сторін. Вибір права сторонами правочину не торкається прав третіх осіб [6].

Розглядаючи наведені вище норми, слід зазначити, що положення п.2 ст. 1206 ЦК РФ відповідає окремій статті 41 Закону про МПрП, відрізняючись лише змістом застереження, а саме: «якщо інше не встановлено за згодою сторін» [6]. Це дозволяє зробити висновок про те, що положення Закону про МПрП щодо права власності не обминула тенденція поширення сфери застосування одного із визначальних принципів міжнародного приватного права – автономії волі (*lex voluntatis*).

Зміст третіх пунктів як ст. 1206 ЦК РФ, так і ст. 39 Закону про МПрП є ідентичним і наголошує, що виникнення права власності внаслідок набувальної давності визначається правом держави, в якій майно знаходилося на момент спливу строку набувальної давності.

Проведений порівняльний аналіз дає підстави зробити висновки, що загальні положення колізійних норм, закріплених в ЦК РФ та Законі про МПрП, щодо права, яке підлягає застосуванню до відносин власності, відповідають сучасним тенденціям колізійного регулювання у сфері речових прав і є платформою для подальшого розвитку двосторонніх відносин між Укра-

іною та Росією. Так сприйнято загально визнаний у світі основний колізійний принцип *lex rei sitae*, здійснено поділ речей на нерухомі та рухомі. При цьому слід зазначити, що спільною рисою, що водночас об'єднує більшість положень щодо права власності, закріплених в Законі про МПрП, і виявляє особливості, притаманні цьому Закону, є:

- значна кількість диспозитивних норм, які дають можливість для встановлення спеціального регулювання відповідно до закону або погодження сторін;
- широке застосування принципу автономії волі сторін;
- приділення особливої уваги питанням, пов'язаним із здійсненням захисту права власності.

Враховуючи той позитивний факт, що в Закон про МПрП увійшли норми міжнародного цивільного процесу, але залишено поза увагою питання визнання та виконання іноземних рішень щодо майнових спорів, які по-різному вирішуються Цивільним процесуальним і Господарським процесуальним кодексами України, доціль-

но в подальшому зосередити увагу на цих питаннях з метою внесення пропозицій щодо усунення існуючих колізій.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. доктора юридичних наук, проф. А. Довгерта.* – Х.: ТОВ «Одісей», 2008. – 352 с.
2. *Зевков В., Марышева Н.* Закон України 2005 года «О международном частном праве» // *Хозяйство и право.* – 2006. – № 5 – С. 118–129.
3. *Довгерт А. С.* Реформа колізійного права в Україні // *Проблеми правового регулювання комерційних відносин в умовах їх інтернаціоналізації: Колективна монографія / За заг. ред. О. Д. Крупчана.* – Тернопіль: Підручники і посібники, 2007. – 240 с.
4. *Кисіль В. І.* Міжнародне приватне право: питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – 430 с.
5. *Дмитрієва Г. К.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей, разделу VI «Международное частное право». – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА·М), 2002. – 256 с.
6. *Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. № 2709-IV* // *Відомості Верховної Ради України.* – 2005. – № 32. – Ст. 422.

ГАРМОНІЗАЦІЯ НОРМ ВІТЧИЗНЯНОГО СПАДКОВОГО ПРАВА ДО НОРМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРАВА

Солтис Н. Б.,

науковий співробітник

відділу проблем приватного права

НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

Важливим напрямом інтеграції України в європейські структури є співробітництво України з Європейським Союзом, що має мету вступу України до Європейського Союзу. Основним напрямом інтеграційного процесу є гармонізація законодавства України до законодавства ЄС, яка полягає у зближенні із сучасною європейською системою права (*acquis communautaire* (*acquis*)) [1], що сприятиме поступовому зростанню добробуту громадян, приведенню його до рівня, що склався у державах – членах ЄС. Термін гармонізація на законодавчому рівні залишається не визначеним. У юридичному розумінні гармонізація законодавства – процес цілеспрямованого зближення та узгодження нормативно-правових приписів з метою досягнення несуперечливості законодавства, усунення юридичних колізій, дотримання міжнародних, європейських та національних правових стандартів [2, с. 125]. Як зауважує професор Н. С. Кузнецова, гармонізація законодавства – це усунення проблематичних невідповідностей між національними законодавствами. В свою чергу, це не обов'язково означає створення абсолютно однакових законодавчих положень, мова йде перш за все про те, що їх зміст має бути достатньо схожим, з тим, щоб вони (ці закони) органічно поєднувалися один з одним, так би мовити, «вписувалися» в єдині рамки, в єдині стандарти [3, с. 67].

Тому, гармонізація законодавства України передбачає реформування її правової системи та поступове приведення у відповідність із європейськими стандартами, яка, зокрема, охоплює і спадкове право, оскільки найбільш поширеним об'єктом спадкування є право власності.

Дана проблематика досліджувалася вітчизняними і зарубіжними фахівцями з цивільного та міжнародного права. У межах цієї проблематики питанням загальної

характеристики норм спадкового права зарубіжних країн приділяли увагу такі фахівці з цивільного права: В. В. Безбах, В. Л. Виноградов, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, Ю. О. Заїка, В. В. Васильченко, В. А. Савельєв, В. Ю. Чуйкова, С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, Я. М. Шевченко.

Колізійні питання спадкування були досліджені фахівцями з міжнародного приватного права, зокрема: Г. К. Дмитрієвою, В. П. Зевковим, Л. А. Лунцом, Е. Р. Кибенко, В. І. Кисілем, Г. С. Фединак, Л. С. Фединак та безпосередньо у дисертаціях: О. О. Кармази «Спадкування у сучасному міжнародному приватному праві», А. А. Степанюк «Застосування колізійних норм щодо спадкування в міжнародному приватному праві».

Розвиток українського цивільного права здійснюється у напрямі спільності її з романо-германською правовою сім'єю, і тому чинний Цивільний кодекс України був підготовлений з урахуванням гармонізації приватного права в Європі. Тим не менш залишається низка не досліджених питань у спадковому праві, вивчення яких неможливе без використання порівняльно-правового методу дослідження, який дозволяє виявити еволюційну послідовність розвитку правових систем різних держав, зв'язки між ними та рецепцію елементів спадкового права (понять, принципів) однієї правової системи в іншу.

Традиційно правові норми країн континентальної Європи формувалися в рамках норм цивільних кодексів як єдиного консолідуючого акта цивільного законодавства країн-учасниць, але на сьогодні є ідея створення Європейського цивільного кодексу, єдиного для країн ЄС. Щодо доцільності та необхідності створення такого кодексу існують різні думки. Так прийняття єдиного кодифікованого цивільного акта може призвести до заміни існуючих національних цивільних кодексів, які

вже адаптовані до певних суспільних та економічних особливостей кожної країни. Опоненти такої точки зору, навпаки, наполягають на стабільному кодексі для всіх держав-учасниць ЄС, оскільки вважають, що вже минув той час, коли можна було провести логічну межу між «внутрішніми» і «зовнішніми» питаннями в країнах ЄС. Вони підкреслюють, що її практичне втілення може привести до появи двох паралельно співіснуючих цивільно-правових структур – однієї загальносоюзної у вигляді Європейського цивільного кодексу (далі – ЄЦК), другої – національної у вигляді національних цивільних кодексів і систем приватного права [4, с. 43–44]. Питання, які можуть виникнути з приводу їх розмежування у процесі застосування, можуть спричинити виникнення ще більших проблем, ніж ті, які обумовили виникнення ЄЦК в цілому.

Спільність правового регулювання спадкових норм країн-учасниць ЄС зумовлюється єдиним предметом регулювання – це спадщина, яка складається з майнових прав і обов'язків і визначає єдині вимоги для регулювання їх у країнах ЄС. Спадкове право у країнах Європейського Союзу розглядається як підгалузь приватного права. Правовим механізмом спадкових відносин є наступництво стосовно прав на майно спадкодавця, тобто сукупність майнових прав та обов'язків спадкодавця, що не припиняються смертю останнього і переходять до його правонаступників. Основною відмінністю спадкового права України та країн континентальної Європи – є те, що спадкування розглядається як універсальне правонаступництво (спадкоємець успадковує всі права і обов'язки спадкодавця), тоді як у Великій Британії має місце не спадкування прав і обов'язків спадкодавця, а ліквідація його майна.

Спадкове право країн континентальної Європи (романо-германська правова система) має низку принципових відмінностей від країн англо-саксонської правової системи. Для європейського права характерні два основні принципи: свобода заповіту і охорона інтересів сім'ї як суб'єкта приватної власності. При цьому вони еволюційно змінювалися. Так, принцип свободи заповіту, який притаманний спадковому праву всіх правових систем, на сучасному етапі поступається принципу охорони інтересів сім'ї, що пов'язано із втручанням держави в сімейні справи.

У країнах континентальної Європи спадкові відносини регулюються нормами цивільних кодексів (Франція, Німеччина, Італія) або спеціальними законами (Іспанія). Підзаконні акти у цій галузі відносин застосовуються для регламентації порядку здійснення і оформлення прав на спадкування. В країнах англо-саксонської системи у спадковому праві разом із законами суттєва роль належить судовому прецеденту. Хотілося також відзначити, що розвиток спадкового права в Україні та країнах ЄС має певні відмінності.

Всі правові системи встановлюють однакові підстави спадкування за заповітом і спадкування за законом. У такий спосіб забезпечується поєднання принципів волі заповіту та охорони інтересів родини спадкодавця. ЦК України визначає заповіт як особисте розпорядження фізичної особи на випадок своєї смерті. Не дивлячись на те, що саме визначення поняття за своєю суттю

у всіх правових системах збігається – це правочин, який вчиняється в установленому законом порядку, але саме цей порядок суттєво і відрізняється, що вказує на деякі не звичні для нашого законодавства розбіжності. Крім того, що заповіт може бути складений особою особисто, законодавство деяких країн передбачає можливість вкладання спільних та взаємних заповітів. Щодо спільних заповітів подружжя, то українське законодавство (ст. 1243 ЦК України) близьке за своїм змістом до норм законодавства Німеччини. Англійське ж право, крім визначення поняття спільних заповітів подружжя, має ще одну цікаву форму – взаємні заповіти, в яких кілька осіб беруть на себе зустрічні обов'язки по відношенню один до одного. Насправді, це вже не односторонній правочин, а дво- або багатосторонній договір, який суперечить суті призначення заповіту як одностороннього правочину, що містить у собі волевиявлення лише однієї особи. Цивільне законодавство Франції не містить поняття спільних заповітів подружжя, ні взаємних заповітів.

Метою будь-якого законодавства про спадкування є встановлення такої процедури щодо здійснення заповіту, за якою виключаються будь-які сумніви щодо дійсності останньої волі заповідача. Тому за законодавством країн-учасниць ЄС, як і за законодавством України (ст. 1257 ЦК України), заповіт, який складений із порушенням вимог щодо його форми та посвідчення, є нікчемним.

Законодавство країн континентальної Європи передбачає наступні основні форми заповітів. Власноручний заповіт, який повністю написаний самим спадкодавцем, що передбачає можливість зменшення підробок, простоту у складенні і можливість дотримання таємності заповіту. Наступна форма – це заповіт у формі публічного акта, який складається відповідно до встановленої законом процедури за участі офіційної посадової особи (як правило, нотаріуса або особи, яка має за законом право виконувати його обов'язки). У Франції заповіт складається у присутності двох нотаріусів (або одного, але в присутності двох свідків). У Болгарії, Італії нотаріус складає і записує розпорядження спадкодавця. Перевага цієї форми в тому, що вона дає гарантію дійсності заповіту і відповідності його змісту дійсній волі спадкодавця.

Існує ще одна форма заповіту – це таємний заповіт (секретний заповіт за ЦК України), який складений заповідачем і у закритому вигляді переданий на збереження нотаріусу, як правило, у присутності свідків. Така форма дозволяє забезпечити секретність заповіту, і його зберігання прямо передбачене Цивільним кодексом Франції (ст. 969, 1007 ЦК Франції) [5], Німеччини (§ 2232 Німецького цивільного уложення) [6], України (ст. 1249, 1250 ЦК України).

На відміну від країн континентальної системи права у Великій Британії закон передбачає лише одну основну форму заповіту, не залишаючи при цьому заповідачу свободи вибору [7, с. 26]. Заповіт складається у письмовій формі, підписується заповідачем (або іншою особою за його вказівкою) і завіряється не менше ніж двома особами у його присутності. Англійський закон не вимагає, щоб заповіт був написаний власноручно заповідачем, за нього це може зробити інша особа. Заповіт може також бути надрукований і навіть оформлений у вигляді криптограми.

У цивільних кодексах країн-учасниць ЄС також існують розбіжності щодо кола осіб, на користь яких може бути складений заповіт. Зокрема, за ЦК Франції не мають сили заповідальні розпорядження на користь лікарів, іншого медичного персоналу та аптекарів, пацієнтом яких заповідач був під час хвороби, що стала причиною його смерті, якщо ці заповідальні розпорядження були зроблені під час цієї ж хвороби, або вони складені на користь духовних наставників і сповідачів. Можливо, такі норми і є доцільними для запобігання зловживань безпорадним станом спадкодавця. Тоді як в ЦК України таких обмежень немає, тому заповідач може призначити своїми спадкоємцями будь-яких учасників цивільних відносин, незалежно від наявності з цими особами родинних чи сімейних стосунків (ст.1235 ЦК України). Заповідачем за ЦК України може бути особа з повною цивільною дієздатністю (ст. 1234 ЦК). Термін «повна цивільна дієздатність» визначений у статтях 34, 35 ЦК України, відповідно до яких право складати заповіт мають особи, які: досягли повноліття (18 років); у разі реєстрації шлюбу неповнолітніми особами; особа, яка досягла 16 років і працює за трудовим договором; неповнолітня особа, яка записана матір'ю або батьком дитини; з 16 років, якщо особа бажає займатися підприємницькою діяльністю. Дещо схожі норми передбачає ЦК Франції. Так право скласти заповіт має особа, яка досягла повноліття або емансипована неповнолітня особа (особа, якій може бути надана повна цивільна дієздатність до досягнення нею повноліття: у разі реєстрації шлюбу або в судовому порядку після виповнення їй 16 років) (ст. 477 ЦК Франції). Неемансиповані неповнолітні, що досягли 16 років, можуть скласти заповіт на $\frac{1}{2}$ частину майна, яке належить їм на праві власності, і яким вони могли б розпорядитися, якби були повнолітніми. Тому норми ЦК України, що стосуються осіб, які мають право на заповіт, більше наближені до ЦК Франції, за винятком того, що французький законодавець вводить поняття «емансиповані особи» до тієї категорії неповнолітніх осіб, які за ЦК України можуть набувати повноліття. Але ці особи дещо втрачають по відношенню до осіб за ЦК України, оскільки французький законодавець з однієї сторони надає їм рівні права на складання заповіту з повнолітніми особами, а з другої – обмежує у їх праві власності на це майно.

Зарубіжному законодавству притаманні й інші форми заповідальних розпоряджень, як наприклад, спадковий договір, виникнення якого відносять до німецького права. Спадкові договори в Німеччині спочатку охоплювали три види договорів: договір про призначення спадкоємця, договір про встановлення легату та договір про відмову від права спадкування. В сучасному німецькому праві договір про призначення спадкоємця трансформувався в спадковий договір, який відповідно до ч. 1 § 1941 Німецького цивільного уложення визначає, що спадкодавець за допомогою договору може назначити спадкоємця, а також встановити заповідальні відкази і покладення (спадковий договір). Договір про встановлення легату як самостійний договір в сучасному німецькому праві втратив своє значення і став одним із розпоряджень, а договір про відмову від права спадкування став самостійним видом договору, але в рамках спадкового права.

Для українського цивільного права поява спадкового договору – це нова форма спадкування. Відповідно до ст. 1302 ЦК України суть спадкового договору полягає в тому, що за спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача. Якщо порівняти з поняттям спадкового договору за законодавством Німеччини, то за своєю правовою природою він більше наближений до спадкового права, ніж український спадковий договір. По-перше, він містить розпорядження на випадок смерті (призначення спадкоємця, встановлення заповідального відказу або покладення), а, по-друге, є договором, в якому передбачені підстави спадкування. Триває полеміка щодо місця спадкового договору у спадковому праві, яка була розпочата такими вченими-цивілістами, як: З. В. Ромовська, С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, Т. П. Коваленко, Ю. О. Заїка, В. В. Васильченко, С. В. Мазуренко та ін. Серед останніх досліджень помітно виділяється дисертація Н. П. Шама [8, с. 6, 12], в якій підтримується така позиція, що спадковий договір за вітчизняними нормами законодавства є інститутом договірної права, а не спадкового, незважаючи на його розміщення у Книзі шостій ЦК України «Спадкове право», в силу відсутності в ньому юридичного складу спадкового правонаступництва, тому до спадкового договору не застосовуються норми спадкового права. Крім того, залишається не повністю з'ясованим питання змісту спадкового договору.

Спадковий договір разом з іншими формами заповідальних розпоряджень передбачає і ЦК Угорщини: спадковий договір і дарування на випадок смерті (ст. 655–659) та договір по відношенню до очікуваної спадщини.

Законодавству країн як континентальної, так і англо-саксонської системи права притаманні обмеження свободи заповідальних розпоряджень. Так відповідно до болгарського законодавства обмеження свободи спадкування існує тільки в інтересах необхідних спадкоємців, яким у будь-якому випадку передбачається обов'язкова частка спадкового майна, яка закріплена за дітьми спадкодавця, його батьками та тим з подружжя, який його пережив.

Угорським цивільним правом передбачена широка можливість робити заповідальні розпорядження. Разом з тим, закон охороняє і спадкові права найближчих родичів спадкодавця. Прикладом такої охорони є положення про обов'язкову частку (статті 661–672 ЦК Угорщини), відповідно до яких визначені спадкоємці отримують частину спадкового майна незалежно від змісту заповіту.

Стаття 959 ЦК Польщі дає право спадкоємцю заповідати своє майно одній або більше осіб. Але, як і в інших країнах ЄС, в ЦК Польщі передбачені обмеження свободи заповідальних розпоряджень на користь необхідних спадкоємців, тобто тих осіб, без яких неможливо обійтися при відкритті і розподілі спадщини. Відповідно до ст. 991 ЦК Польщі до кола необхідних спадкоємців відносяться: непрацездатні низхідні (у тому числі малолітні діти), той непрацездатний із подружжя, який його пережив та непрацездатні батьки спадкодавця. Незалежно від змісту заповіту, кожному із них належить $\frac{2}{3}$ тієї частини, яку б вони отримали при спадкуванні за законом. Відповідно до принципу свободи заповіту за

Німецьким цивільним уложенням спадкоємець може: призначити розпорядженням спадкоємця на випадок смерті (§ 1937) і відсторонити від спадкування за законом родича або свого чоловіка (дружину) (§ 1938).

Свобода заповідального розпорядження має все ж такі певні обмеження в інтересах найближчих родичів спадкодавця у будь-якому законодавстві. Суттєво обмежується свобода заповідального розпорядження статтею 913 ЦК Франції, відповідно до якої, заповідач має право вільно розпорядитися не більше, ніж половиною свого майна, якщо є один необхідний спадкоємець, і тільки четвертою частиною, якщо є три та більше таких спадкоємців. Охороняючи економічні інтереси законних, спадкоємців Німецьке цивільне уложення також на законодавчому рівні встановило обмеження заповідальної свободи розпорядження – це обов'язкова частка.

За своєю юридичною природою «обов'язкова» або «невід'ємна» частка німецького та українського спадкового права суттєво відрізняються від французького «необхідного спадкування». Так, за ЦК Франції особа, яка має право на частину спадщини за ст. 913 – є рівноправним спадкоємцем. Тоді як за Німецьким Цивільним уложенням, особа, яка має право на обов'язкову частку – не є спадкоємцем, оскільки вона відсторонена від спадкування за волею спадкодавця. Але така особа відповідно до § 2303 має право вимагати обов'язкову частку, яка дорівнює половині вартості його частки при спадкуванні за законом. Щодо спадкування обов'язкової частки за ЦК України, то ст. 1241 встановлює наступні умови для спадкування: 1) за колом осіб: неповнолітні, повнолітні непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки; 2) розмір дорівнює половині частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом; 3) перелічені особи мають право на обов'язкову частку незалежно від змісту заповіту.

Таким чином, встановлені наступні особливості спадкування обов'язкової частки: 1) розмір обов'язкової частки за Німецьким цивільним уложенням та ЦК України, як правило, менше частки необхідної спадщини за ФЦК; 2) до кола осіб, які мають право на обов'язкову частку за Німецьким цивільним уложенням та ЦК України, входить менше осіб, ніж необхідних спадкоємців за ЦК Франції; 3) обов'язкова частка – як законодавчо встановлене обмеження заповідального розпорядження, притаманне всім законодавчим системам. Цілком можна погодитися з думкою В.А. Савельєва, що принцип свободи заповіту, який втілений у ФЦК та НЦУ, все таки більш послідовно і пряомлінійно проведено в НЦУ та нормах ЦК України [9, с. 61].

Отже, аналіз спадкових норм законодавства України та деяких держав-учасниць ЄС, які є представниками романо-германської (континентальної) та англо-саксонської правових систем світу, виявив певні відмінності. Так країнам континентальної Європи притаманні такі форми заповіту: власноручний, таємний, заповіт у формі публічного акта. Тоді як спадкування за заповітом у системі загального права передбачає тільки одну

форму заповіту – письмову. Але не зважаючи на розбіжності у нормах країн як континентальної, так і англо-саксонської системи права, інститут спадкування спрямований на захист майнових прав та збереження майна у родині.

Таким чином, здійснений аналіз свідчить, що українське законодавство деякою мірою адаптоване до європейського законодавства і ввібрало в себе прогресивні ідеї країн-учасниць ЄС. Не дивлячись на те, що країни ЄС є представниками різних правових систем світу (романо-германської, англо-саксонської тощо), їх законодавство відповідає загальним нормам європейського та міжнародного права.

Однак не можна при цьому забувати і про вітчизняні традиції спадкового права, які склалися еволюційно. Крім цього, ЦК України, який набув чинності 1 січня 2004 р., використав досвід представників провідних континентальних цивільно-правових шкіл. Тому українське цивільне право за своєю природою має більше спільних рис з романо-германською правовою системою, аніж з англо-американською, якій притаманний деякий консерватизм. Тому, визначаючи орієнтири на шляху гармонізації українського цивільного законодавства із законодавством ЄС, варто враховувати досягнення вітчизняних досліджень цивільного права, які втілені в нормах ЦК України та уособлюють високий фаховий рівень тих приватноправових положень, який має відповідати вимогам ЄС.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Угода* про партнерство і співробітництво між Європейськими співтовариствами та їх державами-членами і Україною (УПС) від 14 червня 1994 р.– адресне посилання: <http://www.eclg.gov.ua/new/html/ukr/7/ups.html>.
2. *Великий* енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. – 992 с.
3. *Кузнєцова Н. С.* Проблема відповідності цивільного законодавства України стандартам європейського права // *Університетські наукові записки*. – 2005. – № 1–2 (13–14). – С. 66–69.
4. *Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие* / Под общей ред. В. В. Безбаха и В. К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – 896 с.
5. *Французский гражданский кодекс* / Науч. ред. Лаврова Д. Г.; пер. с франц. Жуковой А. А., Пашковской Г. А. – СПб, 2004. – 1101 с.
6. *Гражданское уложение Германии = Deutsches Burgerliches Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz: ввод. закон к Гражд. уложению*; пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]; науч. редакторы – В. Бергманн (и др.). – 3-е изд., перераб. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 896 с.
7. *Гуцин В. В., Дмитриев Ю. А.* Наследственное право и процесс. – М.: ЭКСМО, 2004. – С. 26.
8. *Шама Н. П.* Спадковий договір в цивільному праві України: Автореф. дис. на здобуття ступеню к.ю.н. зі спец. 12.00.03; Львівський національний у-т ім. Івана Франка. – Львів, 2008. – 16 с.
9. *Савельєв В. А.* Гражданский кодекс Германии (история, система, институты): Учеб. пособие. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: Юрист, 1994. – 96 с.
10. *Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд.*: Наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко, С. Я. Рабовська, О. О. Кармаза та ін.; За заг. ред. С. Я. Фурси. – К., 2008. – 1216 с.

ІНВЕСТИЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ: НА ПЕРЕТИНІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО ПУБЛІЧНОГО ТА ПРИВАТНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Черних Ю. С.,

здобувач відділу міжнародного
приватного права та порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва АПРн України

Інвестиційний арбітраж внаслідок певних міжнародних економічних процесів став достатньо «популярним» способом розв'язання спорів іноземним інвестором та державою-реципієнтом інвестиції. Ці спори, як правило, стосуються вимог інвесторів щодо отримання ними значної компенсації за порушення державою двосторонніх або багатосторонніх угод про захист інвестицій (у даній статті використовується словосполучення «двосторонні угоди про захист інвестицій» на позначення усіх двосторонніх угод, що стосуються захисту інвестицій, помри різноманітність назв, що вони можуть мати). Найчастіше державу звинувачують у незаконній експропріації, порушенні стандарту рівного та справедливого ставлення до інвестицій тощо. Інвестиційні спори можуть розглядатися в Міжнародному центрі з вирішення інвестиційних спорів (ІКСІД), *ad hoc* арбітражах за регламентом ЮНСІТРАЛ, в Арбітражному інституті Стокгольмської торгової палати, Міжнародній торговій палаті тощо. Україну не минула зазначена тенденція, і хоча загальнодоступної статистики усіх справ проти України в різних арбітражних органах немає, відомо, що лише за останні десять років в ІКСІД і було зареєстровано 9 справ проти України (за офіційним сайтом ІКСІДу станом на 14 квітня 2009 р.).

В Україні загальній проблематиці інвестиційного арбітражу присвячені лише окремі публікації (С. А. Войтович, М. М. Мальський, Т. В. Сліпачук), а також праці, що носять передусім практичний характер («Міжнародний центр по урегулюванню инвестиционных спорів (ІКСІД): Некоторые вопросы юрисдикции и арбитражного производства», 2005 р. – коментар, створений юристами-практиками С. Войтовичем, Д. Грищенко, А. Алексеевим, О. Шевчуком, які тривалий час успішно представляють інтереси держави України в інвестиційному арбітражі). Водночас, на заході інвестиційний арбітраж став предметом дослідження багатьох авторів (Р. Дольцер, К. Шроер, Р. Д. Бішоп, Д. Кройфорд, Н. Рубінс, Н. Кінзела, Т. Вайлер, Гус Ван Гартен, М. Сорнарайях, Л. Рід, Я. Паулссон, Н. Блекебі, Ж.-К. Хонлет, Д. Борг, З. Дуглас). Щоправда, лише окремі автори, зокрема, професор Національного Університету Сингапуру М. Сорнарайях та професор Віденського університету Кристоф Шроер аналізують проблематику публічно-приватної природи інвестиційного арбітражу, причому здебільшого у контексті приватно-правового механізму формування арбітражної угоди.

Інвестиційний арбітраж бере свій початок з джерел міжнародного комерційного арбітражу (інституту міжнародного приватного права), а тому успадкував більшість рис останнього, але водночас особливий статус відповідача (публічна особа – держава) зумовив наявність певних специфічних ознак і елементів саме міжнародного публічного права. В рамках інвестиційного арбітражу дуже часто здійснюється перегляд публічно-

правових доктрин з точки зору приватноправових принципів договірної права. Такий гібрид здійснення прав та обов'язків ставить нові питання перед наукою та практикою.

Ця стаття має на меті окреслити основні проблемні моменти в інвестиційному арбітражі, які знаходяться на межі міжнародного приватноправового та публічно-правового регулювання. Такими проблемними моментами є, зокрема, приватно-публічний механізм формування арбітражної угоди, можливість віднесення контрактних зобов'язань держави до зобов'язань на підставі двоісторонніх угод про захист інвестицій (так звана «парасолькова клаузула» або *umbrella clause*), а також певне обмеження принципу конфіденційності в інвестиційному арбітражі.

Приватно-публічний механізм формування арбітражної угоди

Як відомо, міжнародний комерційний арбітраж традиційно базується на договірній основі: сторони домовляються про певний арбітражним інституційний орган або *ad hoc* арбітраж для розв'язання спору, що виник, або такого, що можливо виникне у майбутньому. Така домовленість, як правило, фіксується в арбітражному застереженні або в окремій арбітражній угоді.

Формування арбітражної угоди в інвестиційному арбітражі відбувається дещо іншим чином. Пропозиція на звернення до певного арбітражного органу для розв'язання інвестиційного спору міститься в двосторонніх або багатосторонніх угодах про захист інвестицій, укладених на міждержавному рівні. Коли державна компанія порушує умови контракту з іноземним інвестором або коли держава – реципієнт інвестиції порушує договірні передумови контракту, який підписано з іноземним інвестором, інвестори, як правило, мають можливість здійснити захист своїх прав як за контрактом, так і за інвестиційною угодою між державами. Іншими словами оферта держави щодо способу розв'язання інвестиційного спору міститься в джерелі міжнародного публічного права. Ця оферта є, як правило, безумовною. Проте поодинокі угоди містять певні умови, як-то: вичерпання національних засобів захисту або виключення певної категорії спорів тощо [1]. При цьому об'єм оферти держави підлягає тлумаченню згідно з Віденською конвенцією про право міжнародних договорів 1969 р. (ст. 31).

Акцепт оферти держави відбувається конклюдентними діями конкретного інвестора, який звертається до певного арбітражного органу. Саме через відсутність традиційної для міжнародного комерційного арбітражу договірної основи інвестиційний арбітраж інколи ще називається *арбітраж без договору* (уперше термін запропонував Президент Лондонського Міжнародного Арбітражного Суду Я. Паулссон) [2].

Подібна публічно-приватна основа інвестиційного арбітражу відображає еволюцію міжнародних механізмів

захисту інвестицій. Саме після Другої світової війни постала потреба в розбудові зруйнованих економік, зробити це було можливо виключно через заохочення іноземних приватних інвестицій. Зрозуміло, що інвестори потребували додаткових гарантій, включаючи гарантії щодо можливості розв'язання спорів в незаангажованих міжнародних органах. Саме двосторонні угоди про захист інвестицій пропонували такі механізми вирішення спорів.

З часів першої угоди 1959 р. (між Німеччиною та Пакистаном) дотепер кількість двосторонніх угод про захист інвестицій стрімко зростає і становить близько 2500, кожна з цих угод містить згоду держави на передання спору до певних арбітражних органів. До часів перших двосторонніх угод про захист інвестицій інвестор міг захищати свої права хіба що у національних судах. Право на звернення до міжнародних судових органів виникало виключно у разі вичерпання усіх засобів національного захисту [3]. Окрім двосторонніх угод про захист інвестицій, особливе значення у розвитку інвестиційного арбітражу мало також створення Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів (ІКСІД), що завершилось із набуттям чинності Конвенції про вирішення інвестиційних спорів між державою та іноземними особами (Вашингтонська конвенція) у 1966 р. Спочатку ІКСІД користувався особливою популярністю. Проте із часом кількість справ ІКСІДі, а також в інших арбітражних органах, суттєво зростає.

Віднесення контрактних зобов'язань держави до зобов'язань на підставі двосторонніх угод про захист інвестицій

Найчастіше іноземний інвестор звертається до інвестиційного арбітражу через порушення державою стандартів двосторонніх угод про захист інвестицій, а саме через пряму та непряму експропріацію та відсутність рівного та справедливого ставлення до інвестицій. Тобто через порушення міжнародних зобов'язань держави. Водночас за певних умов інвестиційні арбітражі можуть розглядати спори, що виникають з порушенням державою окремих контрактів з іноземним інвестором. Це відбувається через включення до двосторонніх угод про захист інвестицій положень про обов'язкове дотримання державою будь-яких контрактних зобов'язань перед іноземним інвестором, так званої «парасолькової клаузули» (*umbrella clause*).

У цілому, «парасолькова клаузула» може розглядатись як своєрідний міст між приватним контрактом, національним законодавством держави, що приймає інвестиції, та міжнародним публічним правом. Одним з основних ефектів цієї клаузули є розмивання кордону між міжнародним комерційним арбітражем та міжнародним інвестиційним арбітражем, що в свою чергу ставить, актуальне питання співвідношення компетенції узгодженого у договорі форуму та форуму, «запропонованого» у двохсторонніх угодах про захист інвестицій. З одного боку, арбітражне застереження контракту залишається дійсним, з іншого – арбітраж, вказаний у двосторонній угоді про захист інвестицій, може прийняти спір до розгляду, у разі обрання цього форуму інвестором та за умови, що спір базується на двосторонній угоді про захист інвестицій. Тривалий час розрізнення йшло у

співставленні так званого контрактного позову (*contract claim*) із позовом на підставі міжнародної угоди (*treaty claim*), що, в принципі, відображало роль держави відповідно як договірному партнера або регулятора договірних відносин. Якщо позивач при подачі позову спирався виключно на положення контракту та національного права, то позов вважався контрактним і, відповідно, арбітражне застереження у договорі мало пріоритет. Якщо позивач у позові вказував, що порушення контракту є одночасно порушенням міжнародного договору про захист інвестицій, то спір вважався таким, що впливає з міжнародного договору і, відповідно, інвестиційний арбітраж мав пріоритет. Хоча таке розділення і виглядало достатньо обґрунтованим у теорії арбітражного процесу, розділення на практиці викликало масу проблем (*SGS Société Générale de Surveillance-v-Philippines, SGS Société Générale de Surveillance-v-Pakistan*).

Майже 40 % з 2500 двосторонніх угод про захист інвестицій містять «парасолькову клаузулу», яка має різне формулювання та розташована в різних частинах двосторонніх угод. При найбільш широкому тлумаченні вона робить будь-яке порушення державою контрактних зобов'язань порушенням міжнародно-публічних зобов'язань за двосторонніми угодами про захист інвестицій та надає додатковий захист інвестору порівняно з традиційними міжнародними стандартами захисту інвестицій. При вузькому – «парасолькова клаузула» не має прямого імперативного застосування і лише відображає загальний режим сприяння інвестиціям.

Неоднозначність та невирішеність питання щодо правової природи «парасолькової клаузули» викликало певну тенденцію щодо обмеження об'єму «парасолькової клаузули» (модельний договір про захист інвестицій США 2004 р.) або навіть виключення «парасолькової клаузули» з переліку стандартів захисту інвестицій (Додаток 7 до Енергетичної Хартії щодо незастосування «парасолькової клаузули» щодо Австралії, Канади, Угорщини та Норвегії).

Обмеження принципу конфіденційності

Поза згаданим, ще однією особливістю інвестиційного арбітражу запозиченого з міжнародного публічного права, є наявність публічного інтересу і, як наслідок, обмеження принципу конфіденційності. Слід зазначити, що реалізація публічного інтересу в інвестиційному арбітражі є досить проблемним і наразі дискусійним питанням, оскільки запозичений із традицій міжнародного комерційного арбітражу принцип конфіденційності досі зберігає свій вплив.

При цьому певні елементи прозорості інвестиційного арбітражу (порушення принципу конфіденційності) все ж таки існують. Так, ІКСІД запровадив практику публікації короткої інформації про всі зареєстровані в Центрі справи, ІКСІД заохочує сторони надавати згоду на публікації арбітражних рішень. Цим же шляхом іде Постійний Арбітражний Суд в Гаазі, що виступає органом, уповноваженим призначати арбітрів в *ad hoc арбітражах*, за Арбітражними регламентами ЮНСІТРАЛ 1976 р., а також самостійно адмініструє справи.

Реалізація публічного інтересу також відображається в можливому допуску свідчень/висновків третіх осіб, які можуть виступати як *amicus curiae* («друзі суду»).

Участь *amicus curiae* було привнесено до інвестиційного арбітражу з американської правової традиції, що допускає участь неурядових організацій для захисту порушень, на їх думку, прав людини чи захист довкілля тощо.

Таким чином, інвестиційний арбітраж через особливий статус відповідача (держави – суб'єкта владних повноважень) запозичив певні елементи міжнародного публічного права, які відображаються перш за все в особливому приватно-публічному механізмі формування арбітражної угоди та певному обмеженні принципу конфіденційності. З іншого боку, певні доктрини міжнародного публічного права знаходять свій перегляд з точки зору приватноправових принципів, що передусім виражається в можливості віднесення контрактних зобов'язань держави до міжнародних на підставі «парасолькової клаузули» та зумовлює відповідальність держави за приватноправові зобов'язання на міжнародному рівні (і, як наслідок компетенцію міжнародних інвестиційних арбітражів у спорах, що, передусім ви-

пливають з приватноправових зобов'язань).

Внаслідок постійно зростаючої кількості справ в інвестиційному арбітражі та суперечливості вже ухвалених арбітражних рішень, з'ясування кожної з вказаних вище проблем потребує подальшого детального дослідження на науковому рівні. Саме чітке наукове з'ясування приватно-публічної основи інвестиційного арбітражу зніме невизначеність на практиці та слугуватиме належним орієнтиром для України в погодженні та підписанні нових двосторонніх угод про захист інвестицій.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *The New World of Unilateral Offers to Arbitrate: Investment Arbitration and EC Merger Control* by Gordon Blanke and Borzu Sabahi // *The International Journal of Arbitration: Mediation and Dispute Management*. – Vol. 74. – 2008. – August. – № 3. – P. 211–224.
2. *Jan Paulsson Arbitration Without Privity*. – 10 ICSID Rev.-FILS 232 (1995).
3. *Affidavit of M.Somarajah in Council of Canadians, CUPV and the Charter Committee on Poverty Issues v. Canada* – P. 4 at http://ita.law.uvic.ca/documents/somarajah_affidavit.pdf.

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ПРИМИРНОЇ ПРОЦЕДУРИ (МЕДІАЦІЇ) В УКРАЇНІ

Задорожна С. Ф.,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

У той час як у світі спостерігається зростання захищеності учасників комерційних відносин до альтернативних способів вирішення спорів, сторони договорів, що укладаються в Україні за участю українських сторін, зазвичай розглядають дві можливості для вирішення спорів між собою: державний суд або третейський суд (у т. ч. міжнародний комерційний арбітраж). Якщо сума зовнішньоекономічного договору є незначною, такий договір може передбачати звернення до державного суду за вирішенням спорів, що виникають між сторонами. Це пояснюється здебільшого дешевизною судового розгляду в Україні. Зважаючи на складність виконання іноземних судових рішень в Україні, деякі юристи радять використовувати українські державні суди незалежно від суми договору. Зокрема, ч. 2 статті 4 Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності [1], надає можливість сторонам обрати державний суд, який буде здійснювати розгляд спору між сторонами.

Незважаючи на той факт, що більшість договорів містять положення, відповідно до якого усі спори мають вирішуватися шляхом переговорів, зазначене положення у більшості випадків є декларативним, і сторони звертаються безпосередньо до судового розгляду або передають спір на вирішення арбітражу залежно від того, який саме спосіб вирішення спорів передбачено угодою сторін.

Насправді значна кількість спорів перед тим, як передавати їх до суду чи арбітражу, могли б бути вирішені сторонами самостійно, якби вони дійсно вдавалися до намагань вирішити спір шляхом дружніх переговорів. Існує велика кількість причин того, що навіть при бажанні (принаймні на початковій стадії) сторін вирішити спір шляхом переговорів їм це не вдається. Найбільш поширеними причинами є: відсутність у осіб, за-

лучених до вирішення спору, відповідних повноважень; надання помічниками неповної або недостовірної інформації; неправильна оцінка суті справи та імовірності досягнення сприятливого результату.

Законодавство України на сьогодні містить норми щодо альтернативного вирішення спорів. Також питанням альтернативного вирішення спорів присвячено ряд наукових праць, в тому числі цим питанням почали присвячувати праці українські автори. Так, зокрема, даній проблематиці присвячена публікація Діани Проценко «Медіація в Україні зайшла, і це – факт. Тепер їй треба дати можливість проявитися» [2].

Розділ II Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК) [3] «Досудове врегулювання господарських спорів» передбачає, що сторони застосовують заходи досудового врегулювання господарського спору за домовленістю між собою. Порядок досудового врегулювання спорів визначається Господарським процесуальним кодексом України, якщо інший порядок не встановлено діючим на території України законодавством, яке регулює конкретний вид господарських відносин. Таким документом, що визначає правила досудового вирішення спорів, є Господарський кодекс України. Зокрема, стаття 222 «Досудовий порядок реалізації господарсько-правової відповідальності» [4] встановлює такі правила досудового вирішення спорів. Учасники господарських відносин, що порушили майнові права або законні інтереси інших суб'єктів, зобов'язані поновити їх, не чекаючи пред'явлення їм претензії чи звернення до суду. У разі необхідності відшкодування збитків або застосування інших санкцій, суб'єкт господарювання чи інша юридична особа – учасник господарських відносин, чий права або законні інтереси порушено, з метою безпосереднього врегулювання спо-

ру з порушником цих прав або інтересів має право звернутися до нього з письмовою претензією, якщо інше не встановлено законом.

У претензії мають зазначатися:

- повне найменування і поштові реквізити заявника претензії та особи (осіб), якій претензія пред'являється;
- дата пред'явлення і номер претензії;
- обставини, на підставі яких пред'явлено претензію;
- докази, що підтверджують ці обставини;
- вимоги заявника з посиланням на нормативні акти;
- сума претензії та її розрахунок, якщо претензія підлягає грошовій оцінці;
- платіжні реквізити заявника претензії;
- перелік документів, що додаються до претензії.

Документи, що підтверджують вимоги заявника, додаються в оригіналах чи належним чином засвідчених копіях. Документи, які є у другої сторони, можуть не додаватися до претензії.

Претензія розглядається у місячний строк з дня її одержання, якщо інший строк не встановлено Господарським кодексом або іншими законодавчими актами України. Обгрунтовані вимоги заявника одержувач претензії зобов'язаний задовольнити.

При цьому вважаємо, що саме норми Господарського процесуального кодексу України мають бути орієнтиром для сторін, які бажають спробувати вирішити спір між собою без звернення до суду. Зокрема, лише цей документ містить перелік категорій спорів, що можуть бути вирішені у позасудовому порядку. Так варто зауважити, що порядок досудового вирішення спорів, передбачений Господарським процесуальним кодексом, формально поширюється лише на певну категорію спорів, тобто частину спорів, визначених у статті 12 Кодексу (спори підвідомчі господарським судам), що включають:

- справи у спорах, що виникають при укладанні, зміні, розірванні і виконанні господарських договорів, у тому числі щодо приватизації майна, та з інших підстав, крім: (1) спорів про приватизацію державного житлового фонду; (2) спорів, що виникають при погодженні стандартів та технічних умов; (3) спорів про встановлення цін на продукцію (товари), а також тарифів на послуги (виконання робіт), якщо ці ціни і тарифи відпо-відно до законодавства не можуть бути встановлені за угодою сторін; (4) спорів, що виникають із публічно-правових відносин та віднесені до компетенції Конституційного Суду України та адміністративних судів; (5) інших спорів, вирішення яких відповідно до законів України та міжнародних договорів України віднесено до відання інших органів;

– справи про банкрутство;

– справи за заявами органів Антимонопольного комітету України, Рахункової палати з питань, віднесених законодавчими актами до їх компетенції;

– справи, що виникають з корпоративних відносин у спорах між господарським товариством та його учасником (засновником, акціонером), у тому числі учасником, який вибув, а також між учасниками (засновниками, акціонерами) господарських товариств, що пов'язані із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності цього товариства, крім трудових спорів.

Відповідно до статті 5 ГПК порядок досудового врегулювання господарських спорів не поширюється на

спори про визнання договорів недійсними, спори про визнання недійсними актів державних та інших органів, підприємств та організацій, які не відповідають законодавству і порушують права та охоронювані законом інтереси підприємств та організацій, спори про стягнення заборгованості за опротестованими векселями, спори про стягнення штрафів Національним банком України з банків та інших фінансово-кредитних установ, а також на спори про звернення стягнення на заставлене майно. Якщо проаналізувати разом норми процитованих статей 5 та 12 ГПК, то приходимо до висновку, що перелік спорів, що не можуть вирішуватися в досудовому порядку відповідно до статті 5 ГПК, не є вичерпним. Зокрема вважаємо, що справи про банкрутство та справи за заявами органів Антимонопольного комітету України, Рахункової палати (зазначені в статті 12 ГПК) не можуть розглядатися в досудовому порядку, як, втім, не можуть передаватися на розгляд арбітражу чи на вирішення посередника.

Хоча чинне законодавство України не містить відповідних норм, одним з альтернативних методів вирішення спорів є примирна процедура. Її можна визначити як метод мирного вирішення спорів за допомогою незалежної третьої особи або установи, що використовується сторонами.

Слід зазначити, що крім терміна «примирна процедура» на практиці використовуються також інші: «посередництво», «нейтральна оцінка» та «медіація». Часто вони використовуються як взаємозамінні без будь-якого явного розмежування у значеннях. У інших випадках розмежування проводиться в залежності від стилів процедури чи використовуваних методів. Однак, якщо навіть якому-небудь терміну надається особливе значення, його вживання не є послідовним. Наприклад, відповідно до однієї з відмінностей посередництво означає активну участь третьої особи в процесі приведення сторін до примирного врегулювання, тоді як погоджувальна процедура розглядається як процес в межах якого посередник в примирній процедурі є звичайним посередником в діалозі між сторонами спору. Відповідно до іншої відмінності посередник у примирній процедурі повинен відігравати активну роль, в тому числі висловлювати думку про порівняльні переваги та недоліки справ, наданих сторонами, і робити пропозиції чи рекомендації щодо змісту можливого врегулювання, тоді як звичайний посередник, як бачимо, має утримуватись від використання оціночних методів та швидше сприяти діалогу між сторонами так, щоб це було прийнятно для сторін, які самостійно розробляють та досягають згоди. Ці різні процедури чи підходи, навіть якщо концептуально вони можуть відрізнятися один від одного, на практиці є спектром багатьох методів, які можуть бути вибрані, скомпоновані та пристосовані до очікувань сторін [5].

Щоб визначитися з тим, чи є можливим розвиток примирної процедури в Україні, спершу слід встановити, якими є характеристики спорів та ті чинники, які сприяють або перешкоджають запровадженню примирної процедури в Україні.

Чинники, що перешкоджають поширенню примирної процедури на теренах України, є очевидними. По-

перше, це необізнаність сторін спору про існування можливості вирішення спору без участі суду. По-друге, навіть якщо сторонам відомі такі способи, вони не мають упевненості в їх дієвості, ефективності, перш за все в тому, що буде досягнуто і, головне, де-факто реалізований компроміс, що задовольняє інтереси обох сторін.

Однак вирішальною перепоною, що багато в чому обумовлює існування зазначених стримуючих факторів, є відсутність адекватного законодавчого регулювання як приватноправових і приватно-процесуальних питань посередництва, так і публічно-правової оцінки факту застосування примирних процедур і публічно-правових наслідків угод, досягнутих як результат примирення.

При цьому, хоча Україна перебуває лише на етапі формування вітчизняної моделі відновного правосуддя, варто зазначити, що ідея запровадження інституту примирення (медіації) у вітчизняній системі права підтримується широким колом спеціалістів. Таке зацікавлення відповідає прагненню України до гармонізації національного законодавства із законодавством Європейського Союзу, на теренах якого примирній процедурі приділено значної уваги.

Варто зазначити, що, незважаючи на відсутність спеціального законодавства, в Україні діють спеціальні групи та центри, які активно займаються запровадженням програм примирення та просвітницькою діяльністю у цій сфері [6].

Саме цим пояснюється той факт, що наприкінці січня Міністерством юстиції України на виконання пункту 20 Орієнтовного плану законопроектної роботи на 2007 рік на сайті було розміщено проект Закону України «Про медіацію (примирення)» (далі – Проект або Проект Закону) та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо процедури медіації (примирення)». За словами міністра юстиції Миколи Онищука, вказані законопроекти розроблені з метою приведення національного законодавства до вимог Європейського Союзу та Ради Європи. Дані законопроекти передбачають запровадження в українському судочинстві конкретного механізму забезпечення права сторін на примирення. Зокрема, пропонується впровадити процедуру медіації, яка спрямована на примирення сторін з метою досягнення між ними згоди щодо спірних питань за допомогою посередника (медіатора).

Передбачається, що запровадження інституту примирення в кримінальне, цивільне та господарське законодавство забезпечить більш ефективне вирішення питань вшкодування моральної та матеріальної шкоди [7].

Проект Закону дає визначення медіації (примирення). Так, під медіацією (примиренням) Проект закону розуміє процедуру, спрямовану на примирення сторін, а також досягнення згоди (прийнятного рішення) щодо спірних питань за допомогою медіатора (посередника). Примирна процедура повинна закінчуватися підписанням договору про примирення. Договір про примирення – це договір, який укладається сторонами з метою врегулювання спірних питань на основі взаємних поступок і може стосуватися лише прав та обов'язків сторін та предмета спору.

Проект українського закону має значні відмінності від правил, які визначаються на міжнародному рівні

(що регулюється наступними актами):

Типовий Закон ЮНСІТРАЛ про міжнародну примирну процедуру [8];

Рекомендації Ради Європи щодо посередництва у цивільних справах.

Типовий закон дає визначення примирної процедури, при цьому охоплюючи цим терміном погоджувальну/примирну процедуру та посередництво. Типовий закон розроблено таким чином, щоб він міг застосовуватися як до міжнародної, так і до внутрішньої (державної) примирної процедури.

Обмеження, зроблене законом, полягає у тому, що вказаний закон не застосовується до випадків, коли суддя чи арбітр у ході судового, арбітражного розгляду намагається сприяти врегулюванню спору між сторонами, тобто закон чітко виокремлює примирну процедуру серед інших способів альтернативного вирішення спорів.

У той же час сторонам надається право передбачити строк, протягом якого вони мають дійти згоди та визначити умови. Якщо згоди не вдалося дійти, то спір передається до суду чи арбітражу. При цьому сторони можуть погодити, щоб посередник надалі виступав як арбітр, звичайно за умови дотримання процесуальних правил порушення арбітражної справи. Таким чином, після виникнення спору сторони можуть перейти від примирної процедури до звернення до державного суду. Адже, наприклад, примирний регламент ЮНСІТРАЛ передбачає, що сторони можуть перейти до арбітражного вирішення спору, якщо примирення сторін не можна досягнути. У той же час виконання арбітражного рішення відбувається через звернення до судової системи відповідної держави.

У той же час Проект, розроблений в Україні, застосовується лише щодо спорів, які вже передані на розгляд до компетентного суду. Так процедура медіації (примирення) допускається на будь-якому етапі Проведення у кримінальних, цивільних та господарських справах до видалення суду в нарадчу кімнату для ухвалення рішення (стаття 9 Проекту). Отже, говоримо, що суд застосовує (призначає) примирну процедуру, а не сторони. Також варто зауважити, що Проект закону не містить жодного положення про угоду про звернення до примирення, тобто Проект не передбачає можливості сторін самостійно, на власний розсуд звернутися до примирення замість звернення до суду за вирішенням спору між сторонами.

Таким чином, законодавець України не планує наразі запровадження примирної процедури в її класичному вигляді (як альтернативу державному судовому розгляду), а розглядає лише можливість додаткового способу вирішення спорів, що передані на вирішення державного суду.

Разом з тим, незважаючи на деякі переваги, притаманні примирній процедурі, слід зазначити, що цінність примирної процедури найбільше проявляється в межах довгострокових контрактів, коли виникають питання технічного характеру, невизначеність щодо тлумачення положень договору [9].

Щодо можливості поширення звернення до примирної процедури суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України, то основною перешкодою (поряд з менталі-

тетом) залишається Закон України «Про порядок здійснення розрахунків в іноземній валюті», який змушує сторони звертатися до суду чи арбітражу щоразу, як їм загрожує застосування санкції в «180 днів».

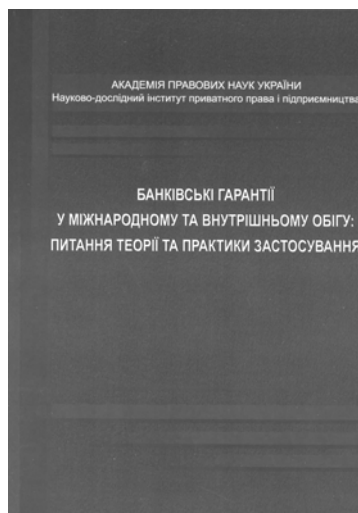
Вважаємо, що підвищення ефективності примирних процедур, забезпечення їхнього гармонійного співіснування з іншими способами вирішення спорів належить до завдань, що мають вирішуватися, перш за все, на законодавчому рівні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Угода* про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності від 20.03.1992 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 12. – Ст. 587.
2. *Проценко Д.* Медіація в Україну зайшла, і це – факт. Тепер їй треба дати можливість проявитися // Юридична газета. – 2008. – № 6 (141), 12 лют. // <http://www.yur-gazeta.com/article/1496/>
3. *Господарський* процесуальний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.
4. *Господарський* кодекс України // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.

5. *Урегулирование* торговых сборов. Возможные единообразные положения по некоторым вопросам, касающимся урегулирования торговых споров: письменная форма арбитражного соглашения, обеспечительные меры, согласительная процедура. Записка Генерального секретаря / Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. Рабочая группа по арбитражу. Тридцать третья сессия (Вена, 20 ноября – 1 декабря 2000 года). – С. 30–31. (A/CN.9/WG.II/ WP.110)

6. *Жмудь В.* Запровадження процедури медіації (примирення) у законодавстві України // <http://www.minjust.gov.ua/0/11347>
7. *Обговорення* законопроектів «Про медіацію (примирення)» та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо процедури медіації (примирення)» // <http://www.rj.org.ua/node/121>
8. *Доклад* Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее тридцать пятой сессии // Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят седьмая (A/57/562); Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей ООН (A/RES/57/18).
9. Див: *Доклад* Генерального секретаря: комментарии к пересмотренному проекту Согласительного регламента ЮНСИТРАЛ (A/CN.9/180) 27 февраля 1980 // Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. – 1980. – Т. XII. – С. 216–252.



Молодіко Кирило Юрійович

Банківські гарантії у міжнародному та внутрішньому обігу: питання теорії та практики застосування: Монографія. – Київ – Тернопіль: Підручники і посібники. – 2008. – 176 с.

У монографії на підставі аналізу широкого кола актів вітчизняного законодавства, міжнародного права, наукових монографій та дисертаційних досліджень узагальнені наукові підходи до змісту банківських гарантій, їх практичного застосування. Вперше у вітчизняній науці проаналізовані законодавчі тенденції у розвитку відповідних правовідносин вже після набуття чинності новим ЦК України, а також проведено комплексне дослідження судової практики щодо гарантій, які видавалися протягом останніх років вітчизняними комерційними банками. Робота має економіко-правовий характер з урахуванням комплексного характеру надання відповідних банківських послуг, в яких юридична складова не може бути відірвана від економічної.

Видання розраховано на науковців, аспірантів і студентів юридичних та економічних навчальних закладів, всіх, хто цікавиться актуальними проблемами цивільного та міжнародного приватного права.



Крупчан Олександр, Луць Володимир, Берестова Ірина

Методологічні засади охорони та захисту майнових прав осіб в Україні та ЄС: Монографія / За заг. ред. О. Д. Крупчана. — Тернопіль: Підручники і посібники, 2008. — 160 с.

У монографії розкрито методологічні засади охорони і захисту майнових прав у правових системах України та Європейського Союзу, матеріально-правові та процесуальні форми захисту майнових (виключних) прав інтелектуальної власності на об'єкти авторського права в Україні та ЄС з урахуванням вимог Світової організації торгівлі, правову природу, підстави виникнення і види кондикційних зобов'язань, особливості їх здійснення і звернення з кондикційними позовами при захисті майнових прав, подібні та відмінні риси інституту безпідставного збагачення і практичні проблеми його застосування в Україні та деяких країнах ЄС. Результати дослідження можуть сприяти підвищенню рівня охорони та захисту майнових прав суб'єктів приватного права у відповідних сферах, ефективності нормотворчої та правозастосовчої діяльності в Україні у контексті реалізації євроінтеграційної політики держави.

НАУКОВЕ ВИДАННЯ

**ПРИВАТНЕ ПРАВО
І ПІДПРИЄМНИЦТВО**

Збірник наукових праць

Випуск 8

2009

Редактор **А. М. Шадріна**

Оригінал-макет **Т. Г. Попович**

Художнє оформлення обкладинки **І. М. Корнієнко**

Технічний редактор **С. П. Хіміч**

Підписано до друку 27.02.2009. Формат 60x84/8. Гарн. Times New Roman.
Офс. друк. Папір офс. № 1. Умовн. друк. арк. 23,62. Тираж 300 прим.

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції,
серія ДК № 2233 від 05.07.2005
