

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

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 9

КИЇВ 2010

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

**Щорічний юридичний збірник наукових праць
видається з 1999 р.**

Засновник:

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України

Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип.9, 2010 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України, 2010. – 180 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 договірних правовідносин, розглядаються проблеми сучасного житлового права. Досліджуються актуальні проблеми господарського права. 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 27 січня 2010 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 14 жовтня 2009 року № 1-05/4 збірник наукових праць «Приватне право і підприємництво» Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва Академії правових наук України внесено до переліку наукових фахових видань з юридичних наук, в яких можуть публікуватися результати дисертаційних робіт на здобуття наукових ступенів доктора і кандидата 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.

www.ndippp.gov.ua

ndippp@adamant.net

© Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПРН України, 2010
© Автори статей

ЗМІСТ

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

Крупчан О. Д. Деякі питання приватного (цивільно-правового) статусу людини як найвищої соціальної цінності	3
Теплюк М. О. Введення закону України в дію: проблема правового регулювання	7
Берестова І. Е. Способи самозахисту цивільних прав: окремі аспекти	10
Скрипнюк О. В. Стратегія реформування місцевого самоврядування в Україні: організаційно-правові та інші соціальні аспекти	14
Блащук Т. В. Розвиток громадянського суспільства та його інститутів в умовах глобалізації	19
Рабінович С. П. Природно-правові принципи в європейських кодифікаціях цивільного права	21
Король В. І. Концептуально-правові засади зовнішньоекономічної політики Росії як стратегічного партнера України	25
Шевченко О. М. Приватноправові засади становлення громадянського суспільства: світоглядна сфера буття людини	29

II. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Кобецька Н. Р. Корпоративний контроль в акціонерних товариствах: суть, особливості, законодавчі обмеження	31
Саракун І. Б., Хлопан В. Б. Проблеми правового забезпечення реалізації прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про акціонерні товариства»	34
Вінник О. М. Деякі проблеми правового регулювання відносин щодо використання технологій та ноу-хау	37
Первомайський О. О. Суб'єкти публічного права в систематичі учасників цивільних відносин	41
Солтис Н. Б. Юридичні факти в процесі формування підстав спадкування на етапі відкриття спадщини	44
Гелич А. О. Відповідальність спадкоємців за вимогами, що обтяжують спадщину	49
Корнієнко Ю. І. Правова природа застави відповідно до цивільного законодавства України	51
Молодико К. Ю. Право на безоплатну медичну допомогу: європейські стандарти та їх реалізація в Україні	54
Миронова Г. А. Теоретичні аспекти проблеми правової охорони гідності особи в умовах медичного втручання	59
Зозуляк О. І. Зміст цивільної правосуб'єктності юридичної особи	64
Проценко В. В. Регулювання агентських відносин в Україні й Молдові	67
Янчук І. А. Особливості семантичної природи юридичних термінів	72
Бичкова С. С. Треті особи у цивільному процесі України: поняття, ознаки і види	75
Гарієвська М. Б. До питання активності суду в процесі доказування: порівняльно-правовий аспект	78
Гаврік Р. О. Законна сила судових рішень судів апеляційної та касаційної інстанцій у цивільних справах	81
Гринько С. Д. Протиправність як обов'язкова ознака завдання шкоди для виникнення деліктних зобов'язань: історико-правовий аспект	84

III. ПИТАННЯ РОЗВИТКУ ДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Гриняк А. Б. Місце договорів з виконання робіт у систематиці договірних зобов'язань	89
Лапечук П. І., Попович Т. Г. Окремі питання захисту прав суб'єктів договірних правовідносин при переході прав на земельну ділянку	92
Ментух Н. Ф. Окремі способи забезпечення виконання господарських зобов'язань за договором лізингу та їх особливості	95
Хашівська Н. В. Цивільно-правове регулювання строків у договорі оренди державного та комунального майна	99
Пленюк М. Д. Загальна характеристика строків у підрядних договорах	104
Оплачко Л. П. Засоби державно-правового регулювання відносин за кредитним договором	107

IV. ЖИТЛОВІ ПРАВА В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Галянтич М. К. Правові проблеми визнання права власності на самостійно збудоване житло	112
Фігель А. А. Межі здійснення права на самозахист як способу захисту житлових прав	116
Хіміч С. П. Конфіскація як спосіб примусового припинення права власності на садибу	120
Білоцький О. В. Особистий сервітут на житло	122

V. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДПРИЄМНИЦТВА В УКРАЇНІ

Безух О. В. Місце конкурентного права у системі права України	124
Лукач І. В. Правовий статус органів спеціальної компетенції у сфері захисту конкурентних відносин	129
Дем'як В. М. Про деякі напрями приведення господарського процесуального законодавства України відповідно до міжнародних стандартів	132
Скачко Д. П. Антидемпінгові, компенсаційні та спеціальні заходи як адміністративно-господарські санкції: дослідження правової природи	137
Сергійко О. В. Роль держави в конституційно-правовому забезпеченні підприємницької діяльності	141
Черненко О. А. Держава як учасник відносин у сфері господарювання	144

VI. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО: РОЗВИТОК І ГАРМОНІЗАЦІЯ

Стефанчук М. О. Підстави обмеження у дієздатності фізичної особи за цивільним законодавством України та європейських країн	148
Ліщина І. Ю. Регулювання права власності у Європейській конвенції: походження та сучасний стан	150
Нагнибіда В. І. Підстави виникнення прав користування чужими речами: зарубіжний досвід	155
Посикалюк О. О. Right to privacy в Сполучених Штатах Америки	158
Крупчан О. О. Законодавство Європейського Союзу про механізми охорони і захисту авторських прав	161
Бондаренко-Зелінська Н. Л. Впровадження способів альтернативного вирішення правових спорів (ADR - Alternative Dispute Resolution)	165
Черних Ю. С. Режим найбільшого сприяння та процесуальні права інвесторів в інвестиційному арбітражі	169
Черняк О. Ю. Проблеми правового регулювання таймшеру	171
Шупінська О. В. Правове регулювання відносин власності в міжнародних договорах України з країнами СНД	175

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРИВАТНОГО (ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО) СТАТУСУ ЛЮДИНИ ЯК НАЙВИЩОЇ СОЦІАЛЬНОЇ ЦІННОСТІ

Крупчан О. Д.,

директор НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

Статтю присвячено важливим крокам у реалізації питання розвитку прав і свобод людини – визначенню цивільно-правового статусу людини як найвищої соціальної цінності, значенню категорії «цінність» в усвідомленні людини найвищою соціальною цінністю. Крім того, акцентується увага на проблемі розвитку загальної поваги до приватного життя людини та ефективного правового механізму охорони приватного (особистого) життя.

Ключові слова: людина, соціальна цінність, фізична особа, цивільно-правовий статус, приватне життя, безпідставне втручання.

Закріплення в Конституції України демократичного напрямку розвитку політичної системи і проголошення України правовою державою передбачає, що українська спільнота нині стоїть на межі засвоєння та впровадження у соціальне життя основних засад громадянського суспільства, тому особливої уваги заслуговує питання всебічної реалізації прав і свобод людини [1, с. 9].

Важливими кроками у реалізації прав і свобод людини стало прийняття Конституції України та Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), оскільки цивільне право є таким же, не менш важливим, як конституційне право, охоплюючи і регулюючи інтереси людини в суспільстві.

Уже безпосередньо у змісті ст. 1 ЦК України зазначається, що «цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини)...» [2]. Таке викладення предмета регулювання цивільного законодавства є не випадковим і свідчить про те, що розробники ЦК України підтримали і втілили у текст кодексу ідею, яка була проголошена ще Загальною декларацією прав людини, про примат особистих немайнових прав, їх першооснову та новий погляд на людину і її ціннісний світ.

Цим самим ЦК 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) [3]. Найповніше положення Декларації втілено у Книзі другій та третій ЦК України.

Звідси метою цієї статті є необхідність дослідження особливостей приватного (цивільно-правового) статусу людини в Україні з огляду на відповідність положень новітнього цивільного та цивільного процесуального законодавства України і Декларації.

Насамперед, слід розпочати із дослідження цивільно-правового статусу людини як найвищої соціальної цінності, яке вбачається у самому розумінні людини як первісної категорії щодо 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 формального дефініювання [4, с. 5]. При цьому, як відомо, 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 певного її аспекту.

Це призводить до того, що, на жаль, жодна із сучасних наук ніколи не відображала і не відображає повністю сутності значення поняття людини. З огляду на це слід зауважити, що наука філософії накопичила чимало підходів до проблеми людини, аналізуючи які, можна в цілому дійти висновку, що у найбільш загальному сенсі під поняттям «людина» потрібно розуміти певний результат розвитку природи, етап та форму цього розвитку [5, с. 7]. Але крім певних форми та етапу розвитку людини останнім часом все частіше у доктринальній літературі домінує думка, що наявність вказаних складових загального поняття людини є необхідною, але недостатньою. Природа людини повинна, на переконання представників такої думки, включати ще одну, надзвичайно важливу складову – юридичну [6, с. 61]. Цю позицію було схвалено багатьма вченими, які погодились, що людина наділена правовими почуттями, природними правами та свободами та може сприймати юридичну справедливість та несправедливість.

Визнання людини найвищою соціальною цінністю у ст. 3 Конституції України стало важливим кроком до розбудови 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 [7, с. 19]. Водночас визнання людини найвищою соціальною цінністю має не лише певне виключно корпоративне значення. Воно на сьогодні справедливо вважається одним із основних (базових) принципів правового статусу людини.

Отже, усвідомлення людини найвищою соціальною цінністю, в першу чергу, залежить від того, що ж ми вкладаємо в поняття «цінність». Узагальнюючи розмаїття дефініцій категорії «цінність», А. Ручка виділяє кілька груп, визначень, що відповідають баченню явища цінності під різними кутами зору. Ці визначення: а) роблять наголос на здатність речей, явищ, процесів, ідей, ідеалів тощо виступати засобом задоволення потреб і інтересів людей, слугувати суспільному прогресу і всебічному розвитку особистості; б) акцентують увагу на значущості речей, явищ, ідей, важливих для життєдіяльності соціальних суб'єктів; в) наголошують на цінності як специфічній формі прояву відносин між суб'єктом і об'єктом стосовно задоволення потреб і інтересів суб'єкта; г) підкреслюють сутність цінностей як специфічних утворень загальної чи індивідуальної свідомості, що виступають у їх структурі узагальненими уявленнями

про прийнятні блага і можливі способи їх одержання, ідеальними критеріями оцінки й орієнтації особистості у суспільстві [8, с. 36].

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

Як вказувалося раніше, поняття фізичної особи рівнозначне поняттю людини. Так як людина – це соціальна істота, яка не може бути незалежною від суспільства, то вона діє і як особа, як суб'єкт приватних (цивільно-правових) відносин. На цьому ґрунтується 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.

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 людини бути суб'єктом права.

Правоздатність фізичної особи виступає складовою частиною правосуб'єктності. Правоздатність – це невід'ємна властивість кожної фізичної особи, яка притаманна їй протягом всього життя незалежно від віку та стану здоров'я. Отже, з моменту народження людини, за загальним правилом, і виникає цивільно-правовий (приватний) статус фізичної особи, який триває протягом усього життя та припиняється у момент смерті фізичної особи.

Однак з цього правила є деякі винятки. Інколи цивільні права виникають у особи, яка ще не народилась, хоча в такому випадку і не слід говорити про правосуб'єктність, але при цьому 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, коли на момент смерті фізичної особи зачата за життя спадкодавця його дитина ще не народилася, час прийняття спадщини продовжується до моменту народження дитини, оскільки ст. 1222 ЦК України чітко зазначає, що спадкоємцем може бути лише особа, яка 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 вже у правовому полі на нього поширюються цивільні права та обов'язки, які можуть бути реалізовані з моменту його народження.

Усвідомлюючи широкий спектр прав, що належать людині як найвищій соціальній цінності, зупинимось на найбільш проблемному та менш дослідженому, на нашу думку, питанні, а саме, на проблемі розвитку загальної поваги до приватного життя людини та ефективного правового механізму охорони приватного (особистого) життя.

Однією з важливих рис демократичного суспільства високого рівня розвитку є загальна повага до приватного життя людини. Однак рівень такого розвитку в сучасному українському суспільстві є недостатнім, про що свідчать чисельні неправомірні втручання у сферу приватного (особистого) життя («касетні» скандали, публікації приватних паперів, фотографій і подробиць інтимного життя осіб без їх дозволу, свавільні проникнення в житло тощо).

Одним з ефективних засобів підвищення поваги до приватності є правова охорона особистого життя людини від неправомірних втручань. Відповідні правові норми, виконуючи свою ідеологічну функцію, виховують у людей цінну увагу до свого особистого життя та повагу до особистого життя інших і обов'язок невтручання в нього.

Зміст ст. 12 Декларації доводить, що ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, таємницю його кореспонденції або на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання або таких посягань.

Таке важливе право людини має своє самостійне закріплення у ст. 32 Конституції України та ст. 301–307 ЦК України і становить важливу складову приватного (цивільно-правового) статусу фізичної особи, тому зупинимось на його аналізі детальніше.

Відомий вітчизняний науковець М. Й. Штефан наголошував: «Особисте життя – особиста справа громадянина, зміст і форми його визначає він сам» [9, с. 45]. Такий підхід до визначення сутності особистого життя, на нашу думку, можна назвати вольовим. Вольовий підхід до визначення поняття особистого життя сприйняли і розробники Цивільного кодексу України, в ст. 301 якого зазначається: «Фізична особа сама визначає своє особисте життя і можливість ознайомлення з ним інших осіб». У сучасній науці цивільного права України таке формулювання правової норми вважається достатнім і таким, що не потребує більш детальної регламентації відповідальних суспільних відносин [10, с. 271–272].

Проте забезпечити ефективність правового механізму охорони приватного (особистого) життя можна лише тоді, коли межі особистого життя будуть визначені чіткіше. Оскільки 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 прямих інтересів колективу, групи, громади, держави, суспільства і охороняються різноманітними публічними інституціями. Тому, якщо певна обставина 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 правовій літературі, відповідно до якого особисте життя

визначається як поведінка особи поза межами виконання будь-яких суспільних обов'язків, тобто життєдіяльність людини в сфері сімейних, побутових, особистих, інтимних та інших стосунків, що звільнені від «тягаря суспільних інтересів» [11, с. 158; 12, с. 201]. При цьому багатьма дослідниками не називаються і не досліджуються 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 тощо), тобто мають елемент публічності, але внаслідок їхнього виключного значення для особистості, тісного зв'язку з нею, переважання в них приватного змісту над публічним, мають розглядатися і розглядаються законодавцем як частина особистого життя. Так, спілкування між людьми за допомогою 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 (ст. 31 Конституції України, ст. 306 ЦК України).

На підтвердження цієї тези наводимо висновок, до якого дійшов Європейський Суд з прав людини розглядаючи поняття приватного життя: «... було б надмірним обмеженням зводити це поняття до «внутрішнього кола», в якому окрема особа могла б жити своїм особистим життям на власний вибір, і повністю виключати з нього зовнішній світ, не охоплений цим колом... Крім того, здається, немає принципових підстав сприймати це розуміння поняття «приватного життя» як таке, що виключає діяльність професійного і ділового характеру, оскільки, зрештою, саме у ході свого трудового життя більшість людей має значну, якщо не найбільшу, можливість розвивати відносини із зовнішнім світом» [13, с. 294].

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» [13, с. 294]. Подібні погляди висловлювалися і в спеціальній літературі радянського періоду [14, с. 155; 15, с. 50], 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 юридичною наукою даного поняття.

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 видається доцільним 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 [16, с. 235], тому інтимне життя являє собою ніби особисте в особистому. Воно складає найглибші шари особистого життя людини. По відношенню одне до одного особисте життя й інтимне життя виступають відповідно як родові і видові поняття, тому не всі прояви особистого життя є інтимними. У спеціальній літературі під інтимним життям розуміють найбільш таємне, затаєне, суто особисте у відносинах між людьми [17, с. 22]. Термін «інтимна сфера» вперше в юридичній науковій літературі було вжито в праці К. А. Флейшиц «Личные неимущественные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических странах» (М., 1941 р.), де під цим терміном автор розуміла загальне поняття особистого життя [18, с. 51]. У законодавстві України, зокрема, в ст. 20 КПК України та ст. 6 ЦПК України, вживається словосполучення «інтимні сторони життя», але його значення не розкривається. Тому його тлумачення здійснюють суди залежно від конкретних обставин справ, які перебувають в їх провадженні.

Також у структурі загального поняття особистого життя дещо відокремлено постає поняття сімейного життя, що знаходить своє підтвердження в літературі. Так, І. Л. Петрухін вважає, що сімейне життя є дещо відокремленою частиною особистого (приватного) життя людини [19, с. 23]. Із загальнонаукової точки зору сімейне життя – це складне поєднання психологічних, моральних, фізичних і господарсько-побутових відносин між невеликим колом осіб, що породжує спільність їх інтересів.

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 [20, с. 602]. У соціологічному значенні під сім'єю розуміють союз осіб, який заснований на шлюбі, спорідненості, прийнятті дітей на виховання, що характеризується спільністю життя, інтересів, взаємною турботою [20, с. 602]. Слід зауважити, що філософське і соціологічне значення сім'ї майже тотожні.

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, не може йтися про сімейне життя. Особистісні елементи в такому випадку необхідно розглядати з соціологічної і юридичної точок зору лише як прояви особистого 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 сімейні (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 друківаних 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 «рiвасу», що вживається в текстах міжнародно-правових актів англійською мовою та в джерелах права англословних країн. «Privacy» у буквальному перекладі означає: усамітнення, зберігання в таємниці, особиста справа [22, с. 563].

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 є найціннішою з демократичних свобод [23, с. 220]. Поняття приватності не можна ототожнювати з поняттям особистого життя, але, безперечно, ці поняття за своїм змістом близькі. Приватність, на нашу думку, 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 людини розголосити.

Поняття приватності вказує більше не на межі особистого життя, а на межі 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 цього поняття: 1) це особлива частина приватної сфери людської життєдіяльності; 2) його зміст визначає сама людина на основі соціальних детермінант; 3) воно включає в себе різноманітні прояви, які не мають публічного значення; 4) особисте життя регулюється людиною на власний розсуд; 5) право не регулює відносини в особистому житті, але охороняє його від неправомірних втручань; 6) особисте життя є особистим немайновим благом, що гарантується кожній людині.

Таким чином, цивільне право покликане, поряд з іншим, забезпечувати правильну організацію особистих немайнових зв'язків між учасниками цивільного обороту. Саме цей організуючий момент був і залишається основним змістом норм цивільного законодавства. Ця творча функція, на протипагу колишньому вітчизняному законодавству, яке недооцінювало, а часом і прямо заперечувало важливість чи необхідність забезпечення прав особистості, знайшла своє вдале відображення в ЦК України. Розташування у ЦК України книг, які містять норми, окремо присвячені особистим немайновим та майновим правам фізичних осіб, ще раз підкреслює намір України гармонізувати своє законодавство до європейських стандартів.

Для того, щоб в Україні відбувався подальший розвиток засад захисту суб'єктивних приватних (цивільних) прав людини, необхідно, на нашу думку, продовжити роботу щодо адаптації та гармонізації національного законодавства у цій сфері. Для цього видається доцільним здійснити найнеобхідніший мінімум завдань, а саме: 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» тощо; 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 та організувати широку суспільну інформованість про стан захисту прав людини в Європейському Союзі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. 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-во Хмельницького університету управління та права, 2007. – 626 с.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 363.
3. Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року. (Док.ООН/PES/217 А).
4. Фролов И.Т., Боренков В.Г. Познание человека // Человек. Философско-энциклопедический словарь. – М.: Наука, 2000. – С. 5.
5. Дроздов А.В. Человек и общественные отношения. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1966. – С. 7.
6. Карбонье Ж. Юридическая социология. – М.: Прогресс, 1986. – С. 61.
7. Конституція України: науково-практичний коментар / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін. / Голова ред. кол. В.Я. Тацій. – Х.: Право, 2003. – С. 19.
8. Ручка А.А. Ценностный поход в системе социологического знания. АН УССР, Ин-т философии. – К.: Наук. думка, 1987. – С. 36.
9. Штефан М. Й. Цивільний процес: Підручник. – К.: Ін Юре, 1997. – С. 45.
10. 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. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – Кн. 1. – С. 271–272.
11. 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.
12. Цивільний кодекс України: Коментар / За заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. – Х.: Одиссей, 2003. – С. 201.
13. Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е. Європейське право у галузі прав людини: джерела та практика застосування / Пер. з англ. – К.: АртЕк, 1997. – С. 294.
14. Малєин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР. – М.: Юрид. лит., 1981. – С. 155.
15. Малєин Н. С. Охрана прав личности советским законодательством. – М.: Наука, 1985. – С. 50.
16. Словник іношомовних слів / Уклад.: С. М. Морозов, Л. М. Шкарапута. – К.: Наук. думка, 2000. – С. 235.

17. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – С. 22.

18. Флейшиц Е. А. Личные неимущественные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран // Ученые записки ВШУОН. – Вып. 4. – М.: Юриздат, 1941. – С. 51.

19. Петрухин И. Л. Личные тайны (человек и власть). – М.: Ин-т гос. и права Российской Академии наук, 1998. – С. 23.

20. *Философский энциклопедический словарь* / Глав. ред.

Л. Ф. Ильичев и др. – М.: Сов. энцикл., 1983. – С. 602.

21. *Индиченко С. П., Гонанчук В. С., Дзера О. В., Савченко Л. А.* Сімейне право України: Навч. посібник. – К.: Вентурі, 1997. – С. 34.

22. *Новый большой англо-русский словарь = New english-russian dictionary: В 3-х т. / Под общ. рук. Ю. Д. Апресяна и Э. М. Медниковой.* – М.: Рус. яз., 2002. – Т. 2: G-Q. – С. 563.

23. *Warren S., Brandeis L.* The right to privacy // *Harvard Law Review.* – № 4. – 1890. – P. 220.

The article is devoted important steps in realization of question of development of rights and freedoms of man – to determination of civil legal status of man as a higher social value, to the meaning of category «value» in the awareness of man by a higher social value. In addition, attention is accented on the problem of development of common respect to private life of man and effective legal mechanism of guard of private (personal) life.

Стаття посвящена важним шагам в реализации вопроса развития прав и свобод человека – определению гражданско-правового статуса человека как высшей социальной ценности, значению категории «ценность» в осознании человека самой высшей социальной ценностью. Кроме того, акцентируется внимание на проблеме развития общего уважения к частной жизни человека и эффективному правовому механизму охраны частной (личной) жизни.

ВВЕДЕННЯ ЗАКОНУ УКРАЇНИ В ДІЮ: ПРОБЛЕМА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Теплюк М. О.,

кандидат юридичних наук,

заступник Керівника Апарату Верховної Ради України,

керівник Головного юридичного управління

Статтю присвячено дослідженню проблем правового регулювання введення закону в дію. Визначено поняття введення закону в дію, з'ясовано точне і чітке визначення моменту набрання законом чинності, сформульовано поняття чинності закону та розкрито особливості процедури введення закону в дію.

Ключові слова: закон, правове регулювання, введення закону в дію, чинність закону, набрання законом чинності.

Питання ефективності національного законодавства набуває додаткової актуальності в умовах, коли існуюча система суспільних відносин ще не має достатньої стабільності і потребує упорядкування державою. Воно є особливо актуальним для України, яка перебуває на перехідному етапі розвитку, що супроводжується реформами суспільних і державних інститутів.

Одним із важливих чинників забезпечення ефективності законодавства є якість закону України, як головного, найбільш важливого джерела права в системі законодавства. Якість закону значною мірою залежить від того, наскільки зміст закону враховує необхідність регулювання відповідних суспільних відносин, наскільки правильно цей зміст визначений з позицій юридичної техніки.

Зазначений аспект якості закону неодноразово характеризувався в юридичній літературі. Проте існує ще один аспект, який істотно впливає на ефективність дії закону, але часто залишається поза увагою дослідників. Йдеться про *введення закону в дію*, тобто про механізм втілення закону в життя, забезпечення його реального впливу на суспільні відносини.

Проблематика введення закону в дію є багатогранною і багатоаспектною, оскільки цей процес пов'язаний з багатьма чинниками соціально-економічного, політичного, юридичного, суспільно-психологічного, національно-культурного, історичного, міжнародного та іншого характеру. Необхідно зазначити, що практично усі ці чинники залишаються недостатньо дослідженими у теоретичному плані, так само як є малодослідженою взагалі проблема введення закону в дію, що не дає змоги поглибити уявлення про ефективність закону, шляхи і способи її підвищення.

У цій статті передбачається зосередити увагу на одному з цих аспектів, а саме, на юридичному аспекті забезпечення дії закону. Враховуючи, що вказаний аспект також є досить значним для висвітлення його в межах обсягу однієї статті, вбачається доцільним обмежитися розглядом проблеми *правового визначення* тих нормативних положень, якими регулюється процес введення закону України в дію.

Насамперед визначимо, що слід розуміти під введенням закону в дію.

В юридичній літературі поняття «введення закону в дію» визначається як «завершальна стадія законодавчого процесу, яка включає визначення порядку і умов набрання чинності законом, порядку і умов його впровадження в систему законодавства, а також порядку і умов застосування закону в цілому чи окремих його положень».

Введення закону в дію пов'язане з організаційними, кадровими, інформаційними, фінансовими, матеріально-технічними та юридико-технічними заходами, без яких закон не може діяти належним чином. Такі заходи і є умовами введення закону в дію, яке у широкому розумінні включає також і практичне здійснення цих заходів. Визначення умов введення закону в дію здійснюється в самому законі одночасно з його прийняттям або окремим законом про введення відповідного закону в дію. Складні і масштабні закони (конституційні закони, кодекси тощо), які потребують перехідних положень, повинні вводитися в дію окремим законом.

Введення закону в дію потребує насамперед точного і чіткого визначення моменту *набрання законом чинності*, тобто набуття законом обов'язкового характеру в системі законодавства, що є необхідною юридичною передумовою

дії закону. При цьому, якщо набрання законом чинності є одномоментним актом, тобто закон стає чинним одночасно у цілому, то в дію закон може бути введений як одразу у повному обсязі, так і частинами.

Закони, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у встановленому законом порядку, відповідно до статті 57 Конституції України є нечинними і не мають діяти [1].

Як впливає з даного визначення, введення закону в дію залежить насамперед від чинності закону, що є головною передумовою дії закону. Тому варто з'ясувати також поняття чинності закону.

Чинність закону, зазначено в тому ж виданні, – це юридична передумова дії закону, яка означає наявність у закону *юридичної сили*. Чинність закону надає йому нормативної обов'язковості в системі законодавства, юридичної властивості підпорядковувати дію відповідних нормативно-правових актів нижчого рівня та індивідуальних правових актів.

Закон може набувати чинності *безпосередньо*, одночасно з прийняттям закону. Так набула чинності Конституція України (стаття 160 Конституції). Моментом набуття чинності Конституцією України – зазначається в рішенні Конституційного Суду України у справі про набуття чинності Конституцією України від 3 жовтня 1997 року №4-зп – є момент оголошення результатів голосування за проектом Конституції України в цілому на пленарному засіданні Верховної Ради України [2]. Проте найчастіше чинність закону набувається шляхом опосередкування юридичними фактами, тобто через *процес набрання* законом чинності. При цьому до обов'язкових юридичних фактів, з якими Конституція України пов'язує набрання законом чинності, належать: підписання закону Президентом України; офіційне опублікування закону; настання обставин, з якими пов'язується момент набрання чинності даним законом (офіційного опублікування закону, точно визначеної календарної дати, дати набрання чинності чи введення в дію іншого закону, настання певної події тощо). Виняток встановлено для випадків, коли Президент України протягом десяти днів не підписує і офіційно не опубліковує закон, вето на який подолано Верховною Радою України; такий закон опубліковується за підписом Голови Верховної Ради України (стаття 94 Конституції України).

Чинність закону безпосередньо не тягне виникнення, зміни чи припинення прав та обов'язків суб'єктів правовідносин, передбачених законом; безпосередньо вони пов'язуються з *дією* закону, початок якої може збігатися з набранням законом чинності, а може бути віддалений у часі (наприклад, закон може набирати чинності з дня його офіційного опублікування і вводиться в дію з точно визначеної календарної дати, а окремі його положення можуть вводиться в дію значно пізніше цієї дати). Так, прийнятий Верховною Радою України 21 квітня 1999 року Закон України «Про виконавче провадження» набрав чинності з дня його опублікування – 3 червня 1999 року, а введений в дію з 1 липня 1999 року [3].

У зв'язку з цим слід вважати, що чинність, як юридична *передумова* дії закону, лише зобов'язує відповідні державні органи та інших суб'єктів здійснити

заходи, необхідні для забезпечення належної дії закону починаючи з визначеного в ньому моменту: привести у відповідність із законом, що набрав чинності, інші закони та підзаконні нормативно-правові акти, довести зміст даного закону до його виконавців, прийняти певні підзаконні акти, провести навчання з питань застосування даного закону органами виконавчої влади, судами тощо. Без чинності закону такі дії не мали б юридичних підстав. Саме в період між часом набрання чинності і введення в дію Закону України «Про виконавче провадження» пунктом третім глави «Прикінцеві положення» цього Закону запропоновано Кабінету Міністрів України подати у місячний строк (після опублікування цього Закону) на розгляд Верховної Ради України необхідні законопроекти щодо внесення змін до чинного законодавства з метою приведення його у відповідність з цим Законом; забезпечити прийняття нормативно-правових актів, необхідних для реалізації цього Закону [4].

Чинність закону іноді пов'язують із чітким визначенням часових, просторових (територіальних) і суб'єктних меж дії закону. Однак це не означає, що закон є чинним лише на час його дії, в межах території його дії і лише для кола суб'єктів, на яких поширюється його дія. Закон є чинним, доки він не втрачає чинності або вона не припиняється в установленому порядку. Юридична обов'язковість закону повинна визнаватися на всій території держави усіма суб'єктами, в тому числі тими, на яких не поширюється його дія, наприклад, органами правосуддя, які зобов'язані вирішувати справи на підставі чинного закону, дія якого поширюється на відповідні суспільні відносини.

Чинність закону припиняється повністю або в окремій частині: а) законодавчим органом, шляхом прийняття відповідного закону; б) автоматично, у зв'язку із закінченням строку, на який розрахована дія закону (закони про Державний бюджет України на відповідний рік тощо); в) за рішенням Конституційного Суду України у разі визнання неконституційним закону або окремих його положень (стаття 152 Конституції України). Визнання закону таким, що втратив чинність, припиняє його дію в повному обсязі; а у разі, коли закон визнано неконституційним до початку його дії, втрата чинності виключає взагалі дію закону. Припинення чинності окремих положень закону не тягне за собою припинення чинності закону в цілому і не припиняє його дії в чинній частині.

Тимчасове зупинення дії закону чи окремих його положень не припиняє чинності закону; після закінчення строку, на який зупинено їх дію, ця дія поновлюється автоматично. У разі якщо дію закону чи окремих його положень зупинено на невизначений строк, законодавчий орган повинен при відновленні їх дії прийняти відповідне рішення, зазначивши момент, з якого відновлюється дія зупинених положень чи закону в цілому [5].

Варто зазначити, що вироблені наукою поняття чинності та дії закону, співвідношення цих понять не завжди послідовно й однозначно застосовуються в юридичній практиці та в законотворчості, про що свідчать непоодинокі юридичні колізії й конфлікти. На жаль, вони досі не знайшли чіткого нормативного закріплення в

законодавстві України, не стали стійким надбанням законодавчої техніки. Через це проблема правового регулювання процесу введення закону в дію потребує як теоретичного осмислення, так і невідкладного вирішення.

Передусім потрібне належне конституційне регулювання цього процесу. Тим часом аналіз Конституції України не дає достатніх підстав стверджувати, що її відповідні положення, присвячені чинності або дії закону, певно і однозначно визначають вказаний процес. Зокрема, можна вказати лише чотири статті Конституції України, в яких згадується про дію або чинність закону. Це статті 8, 57, 94 та 152 Конституції. Так, у частині другій статті 8 встановлено, що «норми Конституції України є нормами прямої дії». Частина третя статті 57 встановлює правило, згідно з яким «закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними». Основні положення, якими визначено загальний порядок введення закону в дію, викладені у статті 94 Конституції. До цього порядку належать: підписання прийнятого Верховною Радою України закону Головою Верховної Ради України та невідкладне направлення його Президентові України; підписання закону Президентом України протягом п'ятнадцяти днів після його отримання (а у разі подолання вето на закон – протягом десяти днів) та офіційне оприлюднення ним закону (або невідкладне офіційне оприлюднення Головою Верховної Ради України і опублікування за його підписом закону, щодо якого подолано вето, однак його не підписав Президент України у десятиденний строк); набрання законом чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування; опублікування закону (що прямо не встановлено, однак впливає зі змісту частини п'ятої статті 94 Конституції).

Нарешті, у частинах першій і другій статті 152 Конституції визначено умови втрати чинності законами або їх окремими положеннями, які визнані Конституційним Судом України неконституційними. Цими умовами є: рішення Конституційного Суду України про визнання неконституційними закону чи окремих його положень, якщо вони не відповідають Конституції України або якщо була порушена встановлена Конституцією процедура їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності; момент втрати чинності – день ухвалення рішення про неконституційність закону чи окремих його положень.

Якщо системно розглянути всі згадані конституційні положення та порівняти їх з виробленими юридичною наукою поняттями чинності й дії закону та з їх співвідношенням, які були наведені вище, то одразу стане помітною непослідовність, суперечливість і безсистемність конституційного регулювання процесу введення в дію закону, на що в літературі уже зверталася увага [6]. Поділяючи загалом слушні та обгрунтовані критичні зауваження з даного питання, висловлені у згаданій роботі, є підстави вважати, що є потреба у більш поглибленому комплексному аналізі тих конституційних положень щодо чинності та дії закону, які містяться у чотирьох згаданих статтях Конституції України, з урахуванням практики застосування цих положень.

Насамперед викликає зауваження формулювання частини третьої статті 57 Конституції України. Якщо звернутися до пункту 1 частини першої статті 92 Конституції, то в ньому міститься категорична вимога, згідно з якою права і обов'язки громадян визначаються *виключно законом*. Тому виникає питання, про які «інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян», йдеться у статті 57 Конституції України. А зважаючи на відсутність до цього часу закону, який би встановлював порядок доведення законів, що визначають права і обов'язки громадян, до відома населення, постає питання щодо правового механізму визначення чинних і нечинних законів цієї категорії. Крім того, постає питання про співвідношення даного положення з останньою частиною статті 94 Конституції, яка визначає загальний порядок набрання чинності законом.

У статті 152 Конституції сказано про порушення встановленої Конституцією України *процедури набрання чинності* законами або їх окремими положеннями. Проте в Конституції, як уже сказано, не визначена чітко така процедура, а крім того тут має місце, на нашу думку, теоретична помилка, яка зумовлена нерозумінням відмінності між чинністю та дією закону. Закон не може бути «частково чинним», оскільки, як було зазначено, припинення чинності окремих положень закону не тягне за собою припинення чинності закону в цілому і не припиняє його дії в чинній частині.

Аналіз законів України, що прийняті парламентом в період після набуття чинності Конституцією України, свідчить про відсутність єдиного, перш за все в методологічному плані підходу до вирішення питань набрання ними чинності та введення їх в дію. Так, у прийнятому 16 травня 2008 року Законі України «Про Кабінет Міністрів України» передбачено, що цей Закон набирає чинності з дня його опублікування. Окремо питання про введення його в дію парламентом не було вирішено. Відтак, цей Закон вводиться в дію (підлягає застосуванню) з дня його опублікування. При цьому Кабінету Міністрів України було доручено протягом трьох місяців з дня опублікування Закону, зокрема, привести свої нормативно-правові акти у відповідність з цим Законом та прийняти нормативно-правові акти, що впливають з нього [7].

Тобто Закон, визначаючи необхідність прийняття Урядом України у розвиток його окремих положень відповідних нормативно-правових актів, не встановив спеціальний порядок введення його в дію. Як наслідок, цей Закон застосовувався впродовж принаймні трьох місяців за відсутності необхідних для забезпечення його ефективної дії нормативно-правових актів. При цьому, очевидно, впродовж зазначеного строку діяли нормативно-правові акти, що йому суперечили.

Водночас на практиці є непоодинокими випадки, коли у законах відсутній механізм введення їх у дію. Однак законодавець передбачає положення, згідно з яким, зокрема, «закони України та інші нормативно-правові акти, прийняті до набрання чинності цим Законом, до приведення їх у відповідність із цим Законом діють у частині, що не суперечить цьому Закону» [8], або «до приведення виданих органами виконавчої влади нормативно-правових актів у

відповідність із цим Законом вони застосовуються в частині, що не суперечить цьому Закону» [9].

Така ситуація є, на жаль, непоодиноким. При цьому не лише не враховуються вимоги Конституції України, згідно з якими органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, а й часто на практиці створюються умови для довільного визначення того, який законодавчий акт слід застосовувати до тих чи інших суспільних відносин, суттєво знижується ефективність їх законодавчого регулювання. Все це значною мірою зумовлено відсутністю як системного дослідження, так і нормативного регулювання цих питань.

Регламент Верховної Ради України 1994 року (стаття 6.7.2) передбачав, що одночасно з законопроектом на третє читання подаються: проект постанови Верховної Ради або проект закону про порядок введення закону, що розглядається, в дію, який повинен містити також зміни і доповнення до чинних законів; внесений Урядом України план організаційних, кадрових, матеріально, технічних, фінансових, інформаційних заходів для введення закону, що розглядається, в дію тощо [10]. Чинний Регламент Верховної Ради України не містить будь-яких положень щодо набрання чинності та введення в дію законів [11].

Відтак, внесення змін до Конституції України в частині набрання чинності закону та введення його в дію, прийняття закону про закони та законодавчу діяльність, який би детально врегулював ці питання, а

також впорядкування Регламенту в цій частині (зокрема, щодо вимог до третього читання, які були у попередній редакції Регламенту Верховної Ради України) є важливими напрямками удосконалення парламентського законодавства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Великий* енциклопедичний юридичний словник / За редакцією акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. – С. 69 (авт. ст. – О. І. Ющик).
2. *Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997 – 2001 рр.* / За ред. П. Б. Євграфова. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – С. 39 – 42.
3. *Відомості* Верховної Ради України. – 1999. – № 23. – Ст. 207. – С. 474 – 502.
4. *Там само.* – С. 501.
5. *Великий* енциклопедичний юридичний словник / За редакцією акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. – С. 968 (авт. ст. – М. О. Теплюк, О. І. Ющик).
6. *Ющик О. І.* Теоретичні основи законодавчого процесу. Монографія. – К.: Парламентське вид-во, 2004. – С. 295 – 299.
7. *Відомості* Верховної Ради України. – 2008. – № 25. – Ст. 241.
8. *Відомості* Верховної Ради України. – 2008. – № 42 – 43. – Ст. 293.
9. *Відомості* Верховної Ради України. – 1994. – № 23. – Ст. 217.
10. *Відомості* Верховної Ради України. – 1994. – № 35. – Ст. 338.
11. *Відомості* Верховної Ради України. – 2009. – № 1 – 4. – Ст. 1.

The article is devoted research of problems of the legal adjusting of conduct of law in an action. The concept of conduct of law is certain in an action, exact and clear determination of moment of entry of law is found out in force, the concept of effectiveness of law is formulated and the features of procedure of conduct of law are exposed in an action.

Стаття посвячена дослідженню проблем правового регулювання введення закону в действие. Определено понятие введения закона в действие, выяснено точное и четкое определение момента вступления закона в силу, сформулировано понятие действительности закона и раскрыто особенности процедуры введения закона в действие.

СПОСОБИ САМОЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

Берестова І. Е.,

*кандидат юридичних наук, доцент, вчений секретар
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

Стаття присвячена дослідженню окремих аспектів способів самозахисту суб'єктивних цивільних прав. Розкрито поняття, визначено критерії класифікації, здійснено порівняльний аналіз та сформульовано специфічні ознаки самозахисту.

Ключові слова: самозахист, право на захист, необхідна оборона, стягнення платежів, відмова вчинити дію, припинення правопорушення, суб'єктивне право.

Актуальність теми дослідження. Стабільність цивільного обороту є одним із основних факторів, що повинні сприяти успіху економічних реформ в Україні. Належне виконання цивільно-правових зобов'язань усіма учасниками цивільного обороту, зокрема підприємницької діяльності, є запорукою такої стабільності.

Разом з тим реалії сучасної економіки, яка відчуває коливання всесвітньої економічної кризи, часто призводять до того, що сторони, вступаючи у цивільно-правові відносини підприємницького характеру, потребують більш вагомих гарантій виконання зобов'язань з боку контрагентів, ніж лише взаємна довіра.

Так, в умовах фінансової кризи вибухнула основна проблема, з якою зіткнулася більшість підприємців – це відсутність коштів і, як наслідок, неможливість належного виконання взятих на них зобов'язань. Багато компаній використовували для залучення обігових коштів банківські кредити, але у зв'язку з кризою банки максимально згорнули програми кредитування.

Наслідком цього у 2009 році відбувся спад промислового виробництва в Україні, мільйони людей працюють за скороченим робочим тижнем, змушені йти у неоплачувані відпустки, з дня на день очікують на звільнення чи навіть на закриття підприємств. Звичайно,

подальшими шляхами такого господарювання є, з одного боку, – низька наповненість бюджету, згортання соціальних програм, зниження життєвого рівня, особливо працівників бюджетної сфери, масове безробіття, а з іншого – невиконання власних договірних, в тому числі й довгострокових, зобов'язань такими підприємствами і, як наслідок, виникнення чималої кількості позовів, що призводить до завантаженості судів. Таке становище, на жаль, існує сьогодні серед чималої кількості суб'єктів підприємницької діяльності.

Однак суб'єкти підприємницької діяльності виступають не єдиними учасниками цивільних правовідносин. Так, українська держава, наділяючи суб'єктів права суб'єктивними цивільними правами або визнаючи такі права в силу народження фізичної особи (природні права), встановлює відповідні гарантії для забезпечення реального та ефективного використання носіями цих прав можливостей, які в них закладені.

Однією з найважливіших гарантій виступає можливість захисту суб'єктивних цивільних прав. Адже будь-яке суб'єктивне цивільне право, надане відповідній фізичній особі, але не забезпечене можливістю його захистити у випадку порушень з боку інших суб'єктів, перетвориться на суто декларативне, оскільки його ефективне здійснення залежатиме лише від поваги і ввічливості інших суб'єктів права (що далеко не завжди має місце у реальному житті) [3, с. 30]. Це, в свою чергу, призведе до неможливості використання належним чином уповноваженими особами можливостей, закладених у суб'єктивних цивільних правах, і втрати останніми будь-якої соціальної та правової цінності.

Сучасні реалії суспільного життя пов'язують ефективність механізму цивільно-правового захисту, перш за все, з його оперативністю. Одним з елементів механізму цивільно-правового захисту, який надає можливість оперативного захисту, є право особи своїми діями відновлювати порушені права й усувати перешкоди у їх здійсненні без звернення до юрисдикційних органів. Це право було законодавчо закріплене як у найдавніших правових джерелах, так і у сучасному законодавстві різних держав світу.

Отже, з огляду на викладене, на сьогодні гостро постало питання щодо можливості застосування інших, альтернативних судовому способів захисту майнових прав учасників договірних відносин.

Дослідженням правової природи та способів самозахисту певний час займалися такі вчені-цивілісти як Грибанов В. П., Азіфмов Ч. Н., Сарбаш С. В., Синайський С. І., Южанин М. В., Антонюк О. І., Стефанук М. О. Горбась Д. В. та інші. Водночас визначення кола та особливостей способів, які можуть бути віднесені до самозахисту, потребує подальшого наукового розв'язання.

Тому метою цієї статті доцільно вважати дослідження у цивільно-правовому аспекті теоретичних проблем існування неюрисдикційних способів захисту майнових прав учасників цивільних правовідносин та практичних проблем їх застосування.

Самозахист є найдавнішою і, певною мірою, традиційною формою захисту цивільних прав [11, с. 110]. «У первісному суспільстві, – писав Г. Кельзен, – діяв принцип самопомоги, за яким реалізація санкції за

правопорушення була децентралізованою. Вона довірялася індивідам, інтереси яких постраждали внаслідок правопорушення» [10, с.57–58].

Слід зазначити, що Конституція України та Цивільний кодекс України передбачають право особи на самозахист за допомогою будь-яких дій незалежно від їх характеру – головне, щоб ці дії не суперечили закону та моральним засадам суспільства. Необхідна оборона у ст. 1169 ЦК України прямо віднесена до самозахисту.

Найбільш поширеним у цивільно-правовій літературі та практиці прикладом зазначеної групи способів самозахисту є необхідна оборона. Правовою основою існування у цивільно-правовій галузі інституту необхідної оборони є положення статей 27, 55 Конституції України та статей 15, 19, 1169 ЦК України. Згідно зі ст. 1169 ЦК України шкода, завдана особою при здійсненні нею права на самозахист від протиправних посягань, у тому числі у стані необхідної оборони, якщо при цьому не були перевищені її межі, не відшкодовується.

Слід зазначити, що інститут необхідної оборони є комплексним інститутом і регулюється нормами галузей кримінального, адміністративного та цивільного права України. Так, ЦК України не містить визначення поняття «необхідна оборона». Визначення цього поняття наведено у кримінальному та адміністративному законодавстві. Наявність норм щодо дій у стані необхідної оборони та крайньої необхідності не лише у Цивільному (ст. 1169, 1171), а й у Кримінальному кодексі (ст. 36, 39) і Кодексі про адміністративні правопорушення (ст. 18, 19) викликає необхідність визначення співвідношення цих норм. На думку професора В. П. Грибанова, поняття необхідної оборони у цивільному праві є ширшим, ніж у кримінальному, тому що під необхідною обороною у цивільному праві слід розуміти не лише дії особи, яка обороняється, що «підпадають під ознаки складу злочину», а й ті, що підпадають під ознаки лише цивільного правопорушення (обороняючись від хулігана, особа пошкодила його одяг). Однак вчений заперечував можливість необхідної оборони проти дій, які є протиправними виключно з точки зору цивільного права, оскільки цивільне законодавство передбачає правила щодо необхідної оборони лише стосовно заподіяння шкоди, а заподіяння шкоди діями, які містять тільки склад цивільного правопорушення, призводить до виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди, яке реалізується у встановленому порядку [5, с.121].

Також до цієї групи способів самозахисту слід віднести фактичні дії особи, що для захисту своїх порушених прав наносить шкоду третім особам (ст. 1169 ЦК України). Необхідно вказати, що до прийняття ЦК України такі дії охоплювалися поняттям «крайня необхідність». Згідно з ч. 1 ст. 445 ЦК УРСР шкода, заподіяна у стані крайньої необхідності, повинна була відшкодовуватися особою, яка її заподіяла. Крайня необхідність є винятком із загального правила стосовно того, що не можна втручатися у чужу правову сферу. Особа, яка діє у стані крайньої необхідності, зобов'язана до відшкодування завданої шкоди не з позиції делікту (це виключається правомірністю дій), а тому, що вона дозволеним чином порушує чужі права [13, с. 439,444]. У цьому випадку йдеться про колізію правомірних інтересів

[13, с. 433]. Оскільки дії у стані крайньої необхідності є правомірними, то проти них неприпустимий самозахист, і управнена особа має право зламати опір таким правомірним діям, а особа, яка чинить перешкоди, буде відшкодовувати завдану шкоду [13, с. 445].

Із передбачених у ст.16 ЦК України способів захисту самозахист може здійснюватися лише такими засобами:

припинення дії, яка порушує право (необхідна оборона, дії у стані крайньої необхідності, стягнення банком коштів з рахунку клієнта, які він не сплатив за кредитним договором із цим банком);

відновлення становища, яке існувало до порушення (спростування неправдивих відомостей власними силами, проведення наймачем капітального ремонту у разі відмови наймодавця від його проведення);

зміна правовідносин (у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково відмовитися від зобов'язання, внаслідок чого умови зобов'язання змінюються (ст. 615 ЦК України));

припинення правовідносин (одностороння відмова від договору);

відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди (право продати та відшкодувати свої затрати і збитки із суми вибору за рік, яка притримується або перебуває у заставі ломбарду чи передана на комісію, проте у порушення умов договору не була забрана комітентом).

Інші ж способи (визнання права, визнання правочину недійсним, визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади АР Крим або місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, відшкодування моральної шкоди) передбачають необхідність винесення рішення певним юрисдикційним органом.

Віднесення певного заходу до самозахисту має практичне значення, оскільки законодавство встановлює чіткі критерії правомірності, яким повинні відповідати заходи самозахисту та у разі недотримання яких такі дії є протиправними. Отже, знання належності заходу до самозахисту дає змогу визначитися з тим, чи слід співвідносити свої дії з встановленими для самозахисту критеріями правомірності.

Для того, щоб кваліфікувати певні дії як самозахисні, необхідно вказати на ознаки, яким самозахист повинен відповідати. Так, самозахист може здійснюватися тільки уповноваженою особою, якою виступає носій порушеного суб'єктивного права або особа, яка відповідно до закону або договору має повноваження здійснювати право іншої особи в інтересах його носія і метою самозахисту є припинення порушення, поновлення та визнання порушеного чи оспорюваного суб'єктивного права [3, с. 70].

У цивільно-правовій літературі часів існування СРСР трапляються наукові праці, в яких заперечується можливість та обґрунтованість самозахисту особою своїх суб'єктивних цивільних прав. Наприклад, М. М. Агарков та Д. М. Генкін зазначали, що цивільне право не може визнати самозахист методом захисту цивільних прав. У випадку порушення цивільних прав є лише один шлях: звернення до примусового впливу органів влади. На думку цих авторів, самозахист – не встановлений законом правовий метод охорони цивільних прав, а

фактична обставина, що усуває протиправність дії, і у випадку виникнення судової справи слугуватиме підставою для звільнення від відповідальності [3, с. 77].

Інша група вчених вважає, що зміст права на захист, а, відповідно, і коло способів, за допомогою яких уповноважена особа може захистити своє порушене суб'єктивне цивільне право, набагато ширший і включає у себе, окрім можливості звернення з вимогою про захист порушеного суб'єктивного цивільного права до уповноважених державних органів, можливість захищати своє порушене право самостійно за допомогою своїх власних дій. Існує декілька критеріїв для класифікації способів

Найбільш поширеною є умовна класифікація способів самозахисту на чотири групи.

До першої групи способів самозахисту належить право кредитора самостійно стягувати з боржника належні йому платежі. За радянських часів статuti деяких банків (наприклад, Зовнішньоторговельного банку) передбачали право звертати стягнення на усі суми і цінності позичальника, які перебувають у банку, для погашення боргу.

Так, відповідно до ст. 1071 ЦК України кошти можуть бути списані з рахунку клієнта без його розпорядження у випадках, передбачених договором між банком і клієнтом. Наприклад, згідно з пп. 4, 18–20 Розділу V Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті [6] примусову оплату сум боргового зобов'язання за кредитним договором у разі несвоєчасного погашення кредиту або відсотків за його користування позичальником, що є клієнтом цього банку й отримав у нього кредит, банк здійснює з рахунку позичальника, відкритого у цьому банку, на підставі свого наказу, якщо це передбачено кредитним договором. Розділ VI цієї Інструкції регулює питання договірної списання за допомогою платіжної вимоги кредитора, право на яке повинно бути передбачене у договорі з платником, а також у договорі платника з банком про надання банківських послуг. Кредитор може скористатися цим правом у випадку настання строку платежу за договором або прострочення платником цього строку.

До другої групи належить відмова у задоволенні до отримання зустрічного задоволення. Така відмова надає змогу кредитору уникнути збитків, які можуть настати у разі виконання зобов'язання, незважаючи на відсутність зустрічного задоволення. Зокрема, бельгійські юристи визначають цю правомочність як форму «самоуправління у правосудді» [15, с. 138].

Згідно з ч. 3 ст. 538 ЦК України у разі невиконання однією зі сторін зобов'язання свого обов'язку або за наявності очевидних підстав вважати, що вона не виконає обов'язок у встановлений строк чи виконає його не в повному обсязі, друга сторона має право зупинити виконання свого обов'язку. Ця загальна норма конкретизується в інших нормах цивільного законодавства України. Так, боржник може затримати виконання зобов'язання у разі відмови кредитора повернути борговий документ або видати розписку (ч. 4 ст. 545 ЦК).

Згідно з ч. 2 ст. 613 ЦК України якщо кредитор не вчинив дії, до вчинення якої боржник не міг виконати свій обов'язок, виконання зобов'язання може бути відстрочено на час прострочення кредитора. Якщо продавець

зобов'язаний передати покупцеві, крім неоплаченого, й інший товар, він може зупинити передання цього товару до повної оплати всього раніше переданого, якщо інше не встановлено договором або актами цивільного законодавства (ч. 5 ст. 692 ЦК). Продавець має право відмовитися від передання предмета договору купівлі-продажу до виконання покупцем обов'язку щодо попередньої оплати (ч. 1 ст. 693 ЦК України).

Підрядник може не розпочинати роботу, а розпочату – зупинити, якщо замовник не надав матеріал, устаткування або річ, що підлягає переробці, і цим створив неможливість виконання договору (ч. 1 ст. 851 ЦК). У разі ненадання клієнтом документів та необхідної інформації експедитор має право до їх надання відкласти виконання своїх обов'язків (ч. 3 ст. 933 ЦК).

Третю групу заходів самозахисту у зобов'язальних відносинах становлять дії кредитора, спрямовані на виконання невиконаного зобов'язання за рахунок боржника. Виконання необхідних дій внаслідок невиконання контрагентом зобов'язань із зарахуванням понесених затрат у рахунок плати за договором професор В.І. Синайський відносив до самопомоги [16, с. 185].

Згідно зі ст. 621 ЦК України у разі невиконання боржником для замовника роботи чи ненадання йому послуги кредитор має право виконати роботу власними силами або доручити її виконання чи надання послуги третій особі, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не впливає із суті зобов'язання.

Ця загальна норма конкретизується в інших нормах законодавства. Так, відповідно до ч. 3 ст. 776 ЦК якщо наймодавець не провів капітального ремонту речі, що перешкоджає її використанню за призначенням, наймач має право самостійно відремонтувати її, зарахувавши вартість ремонту до рахунку плати за користування річчю. У ЦК України зазначену норму викладено більш конкретно, ніж це було у ст. 264 ЦК 1963 р., де зазначалося, що до такого заходу наймач може вдатися у разі невідкладної необхідності.

Якщо підрядник відступив від умов договору підряду, що погіршило роботу, або допустив інші недоліки в роботі, замовник може виправити їх за його рахунок, якщо інше не встановлено договором (ч. 1 ст. 852 ЦК). Ця норма є диспозитивною, і сторони можуть передбачити у договорі заборону щодо цього. Інший підхід використано у п. 3 ч. 1 ст. 858 ЦК України, де зазначено, що у разі, коли робота виконана підрядником з відступами від умов договору підряду, які погіршили роботу, або з іншими недоліками, які роблять її непридатною для використання, замовник може власними силами усувати недоліки, якщо таке право передбачено договором. Таке право має замовник й у договорі побутового підряду (ст. 872 ЦК). Право на самостійне усунення дефектів продукції має і покупець за договором поставки (п. 41 Положення про поставку продукції виробничо-технічного призначення).

Можливість кредитора щодо виконання зобов'язання власними силами за рахунок боржника надає йому більше свободи щодо вибору способів захисту. Розширення принципу реального виконання не властиве ринковій економіці, головна перевага якої

полягає у постійному стимулюванні ефективності виробництва [7, с. 107].

До четвертої групи заходів самозахисту входять заходи, пов'язані з відмовою вчинити певні дії в інтересах недобросовісної сторони.

Цивільний кодекс України містить значний перелік випадків, коли особа може односторонньо відмовитися чи змінити договір: покупець має право відмовитися від договору купівлі-продажу через відмову продавця передати проданий товар (ч. 1 ст. 665), порушення вимог щодо якості товару (ч. 2 ст. 678), ненадання документів чи приналежності товару (ч. 2 ст. 666), передання некомплектного товару (п. 2 ч. 2 ст. 684), ненадання можливості негайно одержати повну і достовірну інформацію про товар у місці його продажу (ч. 3 ст. 700), виявлення протягом гарантійного або інших обов'язкових для сторін строків недоліків, не застережених продавцем, або фальсифікації товару (п. 4 ч. 1 ст. 708). Продавець може відмовитися від договору, якщо покупець відмовився прийняти та оплатити товар (ч. 4 ст. 692, п. 2 ст. 695).

Підсумовуючи, зазначаємо, що самозахисту притаманна низка спеціальних ознак, до яких належать такі:

1) захисні дії, що входять до поняття «самозахист», вчиняються уповноваженою особою без звернення до компетентних державних органів з вимогою про захист порушеного права.

2) за допомогою самозахисту уповноважена особа має намір самостійно досягти кінцевої мети захисту – припинення порушення, поновлення та визнання порушеного чи оспорюваного суб'єктивного права.

3) у переважній більшості випадків самозахист використовується для захисту особистих немайнових прав, речових та зобов'язальних прав.

Способи самозахисту включають у себе дві основні групи способів захисту суб'єктивних цивільних прав:

1. Способи, що полягають у вчиненні уповноваженою особою дозволених законом дій фактичного характеру, спрямованих на захист її суб'єктивних цивільних прав, зокрема:

- право кредитора самостійно стягувати з боржника належні йому платежі;
- відмова у задоволенні до отримання зустрічного задоволення;
- дії кредитора, спрямовані на виконання невиконаного зобов'язання за рахунок боржника;
- заходи, пов'язані з відмовою вчинити певні дії в інтересах недобросовісної сторони.

2. Способи, що полягають у застосуванні уповноваженою особою по відношенню до правопорушника заходів оперативного впливу, які безпосередньо не були досліджені у цій статті, оскільки потребують самостійної уваги і будуть досліджені у подальших наукових розробках.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Азімов Ч.* Здійснення самозахисту в цивільному праві // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 2 (25). – С. 135–141.
2. *Актуальні проблеми правового регулювання розвитку підприємницької діяльності в Україні: Монографія / За редакцією члена-кореспондента АПрН України, докт. юрид. наук Н. М. Мироненко.* – Київ–Тернопіль. – 368 с.

3. Горбась Д. В. Здійснення суб'єктивних цивільних прав фізичних осіб // Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 199 с.
4. Гражданское право / М.М. Агарков, С. Н. Братусь, Д. М. Генкин, В. И. Серебровский, З. И. Шкундин; Под ред. М. М. Агаркова и Д. М. Генкина. – М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1944. – Т. 1. – 419 с
5. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: СТАТУТ, 2001. – 411 с.
6. Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті: Затв. Постановою Правління Національного банку України від 29 березня 2001 р. № 135. З подальшими змінами і доповненнями // Офіційний вісник України. – 2001. – № 18. – Т. 2. – Ст. 848.
7. Короблева М. С. Защита гражданских прав: новые аспекты // Актуальные вопросы гражданского права / Под ред. М. М. Брагинского. – М.: Статут. – 1998. – С. 93.
8. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / А. В. Луць. – К., 2001. – С. 4.
9. Новак Д. Соотношение самозащиты гражданских прав и права удержания // Хозяйство и право. – 2002. – № 6. – С. 102–105.

10. Рейнгардт Н. В. Необходимая оборона. По изданию 1989 г.
11. Римське право (Інституції). – Х., 2000. – 288 с.
12. Чистое учение о праве Ганса Кельзена: К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии (Токио, 1987): Серия: Проблемы государства и права за рубежом: Пер. с нем. С. В. Лезова, Ю. С. Пивоварова / Отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович. – М.: Отдел государства и права АН СССР, 1987. – Вып. 1. – 195 с.
13. Эннеккерус Л. Курс Германского гражданского права: Пер. с нем. – М.: Изд-во иностранной литер., 1950. – Полутом 2: Введение и общая часть. – С. 439.
14. Южанин Н. В. Самозащита и удержание как способ обеспечения исполнения обязательств / Н. В. Южанин // Юрист. – 2001. – № 8. – С. 16.
15. Сарбаш С. В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. 2-е изд., испр. / Сарбаш С. В. – М.: Статут, 2003. – 251 с
16. Синайский В. И. Русское гражданское право. – М.: Статут, 2002. – С. 185.

The methods of self-defence of civil law are explored in the article. A concept, kinds and signs of methods of self-defence, is exposed. The comparative analysis of methods of self-defence is conducted in a civil and administrative law.

Статья посвящена исследованию отдельных аспектов способов самозащиты субъективных гражданских прав. Раскрыто понятие, определены критерии классификации способов и сформулированы специфические признаки самозащиты.

СТРАТЕГІЯ РЕФОРМУВАННЯ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ: ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ТА ІНШІ СОЦІАЛЬНІ АСПЕКТИ

Скрипнюк О. В.,

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

Автор доводить, що одним із показників зрілості громадянського суспільства є наявність розвинутого інституту місцевого самоврядування. В умовах України одним із шляхів досягнення цього стану є проведення адміністративно-територіальної реформи, ефективної регіональної політики та розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування.

Ключові слова: місцеве самоврядування, адміністративно-територіальна реформа, бюджетна політика, регуляторна політика, фінансова політика, податкова політика.

Одним із показників зрілості громадянського суспільства є наявність розвинутого інституту місцевого самоврядування. В умовах України одним із шляхів досягнення цього стану є проведення адміністративно-територіальної реформи, ефективної регіональної політики та розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування. До зазначених проблем варто додати інші, зокрема, вкрай низьку ефективність контролю діяльності органів місцевого самоврядування з боку місцевих органів виконавчої влади, ускладнення земельних відносин через наявність земель з невизначеною юрисдикцією та публічних земель з декількома власниками, що знижує ефективність використання публічних земель, невідповідність рівнів органів самоврядування, які приймають рішення із земельних питань, рівень важливості питань, що провокує ризики корупції, наявність двоступеневої системи бюджетних трансфертів, що породжує нерівномірність забезпечення бюджетними установами населення на рівні

міста районного значення, селища, села та високий рівень суб'єктивності, неефективне витрачання ресурсів на забезпечення функціонування органів публічної влади у адміністративно-територіальних одиницях із чисельністю населення значно нижчою від оптимальної; низьку інвестиційну привабливість через заплутану систему адміністративних відносин; неможливість вироблення єдиної оцінки ефективності витрачання коштів на управління різних адміністративно-територіальних одиниць одного рівня; деградацію сільської бюджетної інфраструктури, насамперед на периферії районів і, як наслідок, прискорену міграцію сільського населення тощо (1).

Ці проблеми до певної міри пов'язані з тим, що в Україні не були засвоєні уроки вивчення реформ адміністративно-територіального устрою в інших країнах, які чітко вказали, що найбільші і найсерйозніші проблеми завжди виникають на базових рівнях, що пов'язані з процесом формування громад та визначення їх меж. Як переконує зарубіжний досвід, процес формування громад

не повинен тлумачитись як спрощена вказівка «зверху», а має включати в себе такі елементи як аналіз історії змін адміністративно-територіального устрою за тривалий період, стійкості конкретних ділянок адміністративних кордонів, виявлення «острівків», що тяжіють до головних центрів території, яка ніколи не змінювала свою адміністративну належність, стійкості виконання адміністративних функцій містами, природно-історичної основи адміністративного районування; вивчення мереж відомчого поділу країни, сукупність яких відображує реальний господарчий, транспортний та соціальний поділ території; порівняння існуючих схем галузевого та інтегрованого економічного, соціального та інших видів районування і розроблення нової моделі районування; вивчення ареалів тяжіння основних міст – в першу чергу трудових та інших зв'язків населення; аналіз соціально-культурної забезпеченості міст різного рангу для виконання функцій адміністративних центрів у вузлових районах; вирішення комплексу соціально-географічних завдань, що містить виявлення культурно-географічних розбіжностей у країні, регіоналізму, територіальних розбіжностей в умовах та рівні життя, бар'єрності існуючих адміністративних кордонів тощо. По суті, жодне з завдань не було повністю реалізоване у 2005 році при спробі здійснення адміністративно-територіальної реформи, що на практиці вилилось в серйозні протести громадян-мешканців певних територій, які не тільки не бачили доцільності в адміністративно-територіальних нововведеннях, а й сприймали їх як ворожі та шкідливі.

Те саме стосується і процесу утворення адміністративно-територіальних одиниць. Так, при прийнятті рішення щодо утворення адміністративно-територіальної одиниці повинні братись до уваги її відповідність таким вимогам як повна та виключна компетенція органів публічної влади одного рівня – місцеві органи виконавчої влади та місцевого самоврядування повинні бути спроможними у кадровому, інфраструктурному, фінансовому плані виконувати повноваження, визначені за відповідним рівнем адміністративно-територіальної одиниці; нерозривність території адміністративно-територіальної одиниці, яка означає, що в межах її території не може бути інших адміністративно-територіальних одиниць того самого рівня, не може бути анклавів та ексклавів, а адміністративний центр адміністративно-територіальної одиниці має бути максимально близько розміщеним до її географічного центру; невисокий рівень дотаційності місцевих бюджетів – дотації не повинні зменшувати стимул до нарощування податкової бази, закріпленої за бюджетом адміністративно-територіальної одиниці; універсальність адміністративно-територіальної одиниці – диспропорції по території в межах одного рівня адміністративно-територіальної одиниці повинні вкладатись в межі статистичних відхилень, достатніх для вироблення єдиної державної регіональної політики; стійкість до політичних, демографічних, економічних викликів, відсутність внутрішніх чинників власної дезорганізації; узгодженість кількості користувачів публічних послуг з галузевими нормами навантаження на бюджетні установи та бюджетними спроможностями фінансування цих установ; забезпеченість належного представництва в органі місцевого самоврядування

адміністративно-територіальної одиниці та політичної спроможності прийняття соціально-вразливих рішень в частині місцевих податків та зборів, тарифів, штрафів, санкцій; взаємодоповнювання – в адміністративно-територіальних одиницях, особливо вищих рівнів, повинні дотримуватись пропорції між багатими та бідними складовими, вузькоспеціалізованими населеними пунктами та територіями з диверсифікованими функціями, що сприятиме територіальній справедливості, забезпеченню більш рівного доступу до публічних послуг (2).

Є очевидним, що адміністративно-територіальна реформа являє собою складний і багаторівневий процес, який повинен ґрунтуватися на міцній науково-теоретичній основі і бути посиленням чітким методологічним знанням щодо способів реалізації та цілей адміністративно-територіального реформування. В цьому плані адміністративно-територіальна реформа повинна утворити не лише матеріальну основу для модернізації системи організації публічної влади, а й трансформувати ставлення громадян до системи управління в цілому.

В результаті запровадження адміністративно-територіальної реформи відбувається територіальна реорганізація публічної влади, яка безпосередньо вимагає: законодавчого врегулювання порядку вирішення питань у сфері адміністративно-територіального устрою, внесення відповідних змін до чинного законодавства; здійснення перерозподілу повноважень між центральними та місцевими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування на основі принципу субсидіарності; забезпечення повноти та виключності повноважень органів виконавчої влади, а також органів місцевого самоврядування з питань місцевого значення для кожного рівня адміністративно-територіального устрою; забезпечення органів місцевого самоврядування необхідними для виконання повноважень ресурсами; запровадження ефективних механізмів співробітництва між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування у виконанні покладених на них повноважень; посилення відповідальності місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, посадових осіб за дотримання Конституції та законів України, реалізацію наданих ним повноважень.

Запровадження адміністративно-територіальної реформи надає змогу вирішити такі принципові завдання: впорядкування адміністративно-територіальних одиниць, здійснення їх уніфікації та систематизації; підвищення ефективності використання бюджетних коштів з одночасним стимулюванням росту доходної частини місцевих бюджетів; покращення якості та доступності соціальних послуг населенню; призупинення деградації сільської поселенської мережі, зменшення соціокультурної різниці між містом та селом; вирішення таких інфраструктурних проблем як транспортне сполучення, вивіз та утилізація сміття, водопостачання, утримання та ремонт доріг; створення просторової основи регіонального розвитку; покращення просторового планування розвитку територій; покращення передумов для пошкваллення залучення інвестицій; покращення управління земельними ресурсами, зниження корупційної вразливості операцій із землею; удосконалення системи управління територіями (3).

Реформа тісно пов'язана з перебудовою місцевого самоврядування, оскільки саме завдяки їй забезпеченню та реалізації вирішуються такі важливі цілі: створення ефективної та стабільної системи функціонування територіальних громад та їх органів, забезпечення прозорості цієї діяльності, мінімізація умов для корупції; створення умов для безпосередньої участі жителів у вирішенні питань місцевого значення; забезпечення організаційної та фінансової самостійності територіальних громад і наближення їх до європейських стандартів; надання більшості адміністративних послуг на рівні конкретних адміністративно-територіальних одиниць; формування дієвих місцевих бюджетів; створення умов, що сприяють сталому розвитку територіальних громад; створення умов для належного матеріального, фінансового та іншого ресурсного забезпечення виконання завдань і функцій територіальних громад. Однак зміна системи місцевого самоврядування в контексті проведення адміністративно-територіальної реформи не можлива без його законодавчого забезпечення. Насамперед йдеться про розроблення змін до законодавства, зокрема, ухвалення закону про асоціації місцевого самоврядування, прийняття закону України про вибори до місцевих рад, внесення змін до законодавства про публічну службу в частині встановлення єдиних підходів і вимог до регулювання державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, прийняття нового закону про місцеві референдуми, забезпечення розмежування повноважень органів місцевого самоврядування та органів виконавчої влади, внесення змін до бюджетного, податкового, тендерного та іншого законодавства, удосконалення законодавства в частині організаційно-кадрового забезпечення органів місцевого самоврядування, підвищення кваліфікації службовців, сертифікації якості управління виконавчих органів місцевого самоврядування.

Реформування місцевого самоврядування має здійснюватися на конституційно-правовому (оскільки для системної реформи місцевого самоврядування потрібно тлумачення окремих статей чинної Конституції або внесення до неї відповідних змін і доповнень); законодавчо-спеціалізованому (оскільки необхідне внесення змін до законодавства про місцеве самоврядування, про організацію виконавчої влади, прийняття нормативно-правових актів про систему консультацій держави та самоврядування через асоціації місцевого самоврядування); законодавчо-галузевому (оскільки процес реформування місцевого самоврядування повинен супроводжуватись внесенням змін до законодавства у сферах бюджетної, податкової, земельної політики, охорони здоров'я, освіти, соціального забезпечення, житлово-комунального господарства) рівнях. Лише зазначений комплексний характер законодавчого забезпечення реформування місцевого самоврядування, разом із впровадженням нової державної регіональної політики та оптимізації адміністративно-територіального устрою, дає змогу проведення структурних реформ, необхідних для України (4).

Важливою умовою успішної реформи є проведення широкої інформаційно-роз'яснювальної роботи, впровадження механізму партнерських відносин між органами державної виконавчої влади та місцевого

самоврядування, проведення місцевих виборів за виборчою системою, що забезпечує належне представництво громадян у місцевих радах, територіальних громад у районних радах та районів у обласних, створення умов для підтримки формування економічно спроможних і самодостатніх територіальних громад.

Керуючись принципом доцільності передання управлінських повноважень, до основних повноважень органів місцевого самоврядування громади слід віднести: управління; адміністрування місцевих податків та зборів; соціально-економічний розвиток громади; загальну освіту, дошкільну освіту і позашкільну освіту; охорону здоров'я в частині первинної та профілактичної медико-санітарної допомоги, швидкої медичної допомоги, стоматологічної допомоги; ветеринарну допомогу; культуру в частині забезпечення діяльності закладів культури, крім тих, що віднесені до регіонального та державного рівнів, а також сприяння реалізації культурних та мистецьких програм, підтримка народних промыслів; реалізацію молодіжних програм, забезпечення функціонування спортивних споруд загального користування, підтримку програм туризму; ведення планів освоєння території громади, генеральних планів поселень; будівництво, ремонт та утримання доріг місцевого значення, вулиць, площ; організацію дорожнього руху; організацію місцевого громадського транспорту; контроль у сфері експлуатації житла; організацію надання комунальних послуг (водопостачання, водовідведення, тепlopостачання, утилізація твердих побутових відходів); озеленення та благоустрій території, утримання кладовищ; охорону навколишнього середовища в частині контролю за виконанням законодавства з охорони навколишнього середовища та реалізації екологічних програм розвитку території; вирішення питань землевідведення, ведення земельно-кадастрової документації; лісове господарство; водне господарство; пожежна та рятувальна служби; забезпечення громадського порядку; управління комунальним майном громади; ведення реєстру виборців; ведення містобудівної кадастрової документації; здійснення соціальної допомоги, включаючи й реалізацію програм забезпечення соціальним житлом.

Говорячи про доцільність подібного делегування повноважень до органів місцевого самоврядування, необхідно пам'ятати, що цей процес повинен відбуватися із дотриманням певних вимог. Зокрема, при забезпеченні зв'язку між державою та місцевим самоврядуванням у вигляді встановлення відповідних інституцій і створення системи консультацій між державними органами та органами місцевого самоврядування через їх асоціації. Причому контроль здійснюється як місцевими державними адміністраціями, так і громадськістю.

Органи місцевого самоврядування повинні бути готові та спроможні виконувати надані їм повноваження. Зокрема, територіальним спільнотам районів і областей повинно бути надане право власності на об'єкти, які забезпечують виконання ними визначених законом функцій, а також право об'єднувати їхню комунальну власність чи набувати об'єкти в спільну комунальну власність для реалізації спільних програм, право передавати об'єкти з власності одного суб'єкта комунальної власності у власність іншого суб'єкта комунальної власності за

угодами відповідних органів місцевого самоврядування у визначеному законом порядку. А з іншого боку – що забезпечений належний рівень фінансування повноважень у вигляді закріплення частини податків та підтримки державою органів місцевого самоврядування, що ґрунтується на чітких, об'єктивних критеріях.

Досвід проведення адміністративно-територіальних реформ засвідчує, що в інших країнах для забезпечення фінансовими ресурсами виконання делегованих повноважень за органами місцевого самоврядування необхідно закріплювати ті джерела, які за своєю природою є загальнонаціональними, однак на рівень сплати яких органи місцевого самоврядування мають істотний вплив. Вказані джерела повинні бути стабільними та добре прогнозованими, а сама фінансова допомога з боку держави повинна реалізовуватись в такій формі, яка б заохочувала місцеві ради ефективно використовувати бюджетні кошти. На відміну від цього, для забезпечення власних повноважень органів місцевого самоврядування необхідно застосовувати фінансові ресурси власної території, які легко адмініструються органами місцевого самоврядування. При цьому органам місцевого самоврядування повинні бути надані всі необхідні фінансові інструменти для забезпечення виконання цих повноважень у вигляді місцевих податків, встановлення та регулювання ставок, адміністрування, правового захисту рішень місцевого самоврядування в частині стягнення місцевих податків та зборів.

Разом з тим запровадження вказаних заходів в контексті проведення адміністративно-територіальної реформи повинно супроводжуватись активною державною політикою в основних сферах (5), якими є бюджетна, податкова, регуляторна і регіональна політика держави.

На сьогодні у сфері бюджетної політики в частині забезпечення регіонів чимало проблем вирішуються на основі Бюджетного кодексу України та Закону України «Про міжбюджетні відносини між районним бюджетом та бюджетами територіальних громад сіл, селищ, міст та їх об'єднань». Згідно з цим законом у районному бюджеті можуть передбачатися такі міжбюджетні трансферти: 1) дотація вирівнювання бюджетам місцевого самоврядування; 2) кошти, що передаються до районного бюджету з бюджетів місцевого самоврядування; 3) додаткова дотація на вирівнювання диспропорцій, пов'язаних із нерівномірністю мережі бюджетних установ; 4) інші дотації; 5) субвенції на виконання інвестиційних проектів; 6) інші субвенції. Тоді як у бюджеті місцевого самоврядування цими міжбюджетними трансфертами є: 1) дотація вирівнювання із районного бюджету; 2) кошти, що передаються до районного бюджету; 3) субвенції на утримання об'єктів спільного користування; на ліквідацію негативних наслідків діяльності об'єктів спільного користування; на виконання власних повноважень територіальних громад сіл, селищ, міст районного значення та їх об'єднань, інвестиційні субвенції на будівництво або реконструкцію об'єктів спільного користування та інші субвенції. При цьому обсяг дотації вирівнювання з районного бюджету до бюджетів місцевого самоврядування або обсяг коштів, що передаються із бюджетів місцевого самоврядування до районного бюджету, визначається на основі Формули

розподілу обсягу міжбюджетних трансфертів між районним бюджетом та бюджетами сіл, селищ, міст районного значення та їх об'єднань, яка затверджується Кабінетом Міністрів України за погодженням з Комітетом Верховної Ради України з питань бюджету.

Однак, наголошуючи на змінах у сфері бюджетної політики, ми маємо на увазі не стільки зміни на рівні окремих нормативно-правових актів, скільки трансформацію загальних підходів в реалізації бюджетної політики. Так, для забезпечення реалізації бюджетної політики, орієнтованої на розвиток територіальних громад, на нашу думку, необхідно: чітко розмежувати доходи і видатки між державним та місцевими бюджетами; збільшити частку місцевих бюджетів у структурі витрат зведеного бюджету; запровадити єдині методологічні засади розподілу субвенцій капітального характеру між територіями; перейти до практики проведення розрахунку нормативів бюджетної забезпеченості на основі вартісних та якісних стандартів надання суспільних послуг; розширити практику громадського обговорення місцевих бюджетів з метою наближення їх до потреб відповідної територіальної громади. Для реалізації цих завдань держава має досить ефективний інструментарій, який складають бюджетне планування, бюджетне вирівнювання, спрямування цільових трансфертів з державного бюджету місцевим бюджетам на вирішення пріоритетних завдань сталого розвитку регіонів, забезпечення стабільних джерел надходжень до бюджету розвитку всіх місцевих бюджетів на довгостроковій основі, прямі державні інвестиції на реалізацію проектів, спрямованих на розбудову та модернізацію інфраструктури, окремі бюджетні програми стимулювання розвитку регіонів, державна підтримка на конкурсних засадах програм та проектів регіонального та місцевого розвитку на умовах спільного фінансування.

В частині трансформації бюджетної політики держави, адміністративно-територіальна реформа пов'язана з докорінною зміною самої ідеології цієї політики. У зв'язку з чим важливо забезпечити сприйняття бюджету як надбання усіх громадян України та відповідних територіальних громад. З цієї метою необхідно приділити увагу таким заходам: підвищення ролі бюджету як головного інструмента державної економічної політики; повномасштабне впровадження програмно-цільового методу складання і виконання державного та місцевих бюджетів, виділення бюджетних призначень і використання бюджетних коштів з метою досягнення конкретних результатів; впровадження міжнародних стандартів прозорості бюджетного процесу та звітності про результати виконання бюджету, забезпечення їх доступності для суспільства та інвесторів; збільшення частки прямих соціальних витрат (заробітна плата, пенсії, допомога та інші соціальні виплати) у загальних витратах державного та місцевого бюджетів. Причому для забезпечення реалізації бюджетної політики, орієнтованої на розвиток територіальних громад, необхідно чітко розмежувати доходи і видатки між державним та місцевими бюджетами, збільшити частку місцевих бюджетів у структурі витрат зведеного бюджету; запровадити єдині методологічні засади розподілу субвенцій капітального характеру між

територіями; перейти до практики проведення розрахунку нормативів бюджетної забезпеченості на основі вартісних та якісних стандартів надання суспільних послуг; розширити практику громадського обговорення місцевих бюджетів з метою наближення їх до потреб відповідної територіальної громади.

Паралельно з цим повинні відбутись й істотні зміни на рівні податкової політики держави. На жаль, до сьогоднішнього дня в Україні так і не реалізовано правило стосовно того, що податки повинні бути зрозумілими і стабільними. В результаті чого часті зміни в податковому законодавстві, конкуренція фіскальних органів між собою спричиняє значні проблеми не лише на загальнодержавному, а й на місцевому рівні. Тому трансформація загальнодержавної податкової політики має не меншу значущість і для регіонального розвитку. Щодо конкретних дій в цій сфері, то серед них можна назвати такі: зменшення ставки податків з одночасним розширенням бази оподаткування, скасування пільг у розрізі окремих платників чи окремих територій, кодифікація податкових законів, спрощення їх викладення, максимальне зближення принципів податкового та бухгалтерського обліку, проведення адаптації фіскального законодавства до принципів та директив Європейського Союзу, поступова зміна соціально значущих податкових пільг адресними субсидіями для малозабезпечених верств населення, скасування фіскальних платежів, адміністрування яких є не виправдано витратним, проведення реформування фіскальних служб, внаслідок чого повинно бути ліквідовано конкуренцію між ними, усунуто можливості для зловживань та проявів корупції серед їх працівників, зменшено адміністративні видатки платників податків.

Так само докорінні зміни повинні відбутись на рівні загальнодержавної регуляторної політики, оскільки складність та надмірна адміністративна перевантаженість процедур регуляторної політики на загальнодержавному рівні безпосередньо відбивається на стані місцевих органів влади і територіальних громад. Тому в сфері реалізації державної регуляторної політики слід відзначити такі напрями вдосконалення: радикальне спрощення процедури започаткування підприємницької діяльності; обмеження видів діяльності, започаткування або здійснення яких потребує дозволів чи ліцензій; заміну дозвільної системи за окремими видами діяльності на нормативне встановлення додаткових, особливих вимог до певної діяльності з наступним контролем їх дотримання; обмеження кількості та чітке визначення функцій контролюючих органів, зміну принципів оскарження їх рішень; врегулювання процедури проведення перевірки суб'єктів господарювання, усунування дублювання функцій контролю різними органами; переорієнтацію діяльності контролюючих органів із застосування покарань на запобігання порушенню норм законодавства; запровадження відкритих, конкурентних умов доступу до окремих сегментів ринку (видобуток корисних копалин, житлове будівництво, ремонт та будівництво доріг тощо); спрощення процедури погодження питань нового виробничого будівництва (реконструкції та модернізації), відведення необхідних для цього земель; скасування податку на інвестиції, а також

відрахувань до різноманітних цільових фондів; обмеження офіційних запитів стосовно подання інформації, законодавчу регламентацію таких запитів; скасування зайвої регламентації порядку поточної діяльності суб'єктів господарювання; створення та забезпечення ведення комерційного реєстру; організація громадського контролю та взаємодія громадських організацій з регуляторними органами.

На особливу увагу, як видно із вищезазначеного, заслуговує регуляторна політика в сфері підприємницької діяльності, яка забезпечує економічну незалежність та розвиток територіальних громад (6). В цьому сенсі необхідно гарантувати прозорість в процесі підготовки регуляторних актів вже на етапі проектування. Зокрема, проекти регуляторних актів, розроблені органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, повинні супроводжуватись обґрунтуванням доцільності втручання держави у відповідну сферу підприємницької діяльності, яка здійснюється в межах тих чи інших адміністративно-територіальних одиниць, ефективності пропонованого регулювання у досягненні поставлених цілей. Тому обґрунтування проектів регуляторних актів повинно містити: стислий аналіз проблеми, яку планується розв'язати шляхом втручання держави у відповідну сферу підприємницької діяльності; чітке визначення цілей регуляторного акта; опис механізмів і заходів для розв'язання проблеми; визначення очікуваних результатів впровадження регуляторного акта; визначення показників, оцінка яких у майбутньому підтвердить, що регуляторний акт досяг своєї мети; опис альтернативних способів досягнення поставлених цілей з аргументацією переваг обраного способу.

Узагальнюючи дослідження питання реформування місцевого самоврядування, його організаційно-правові та соціально-економічні аспекти та його методологічні засади, можна зробити такі висновки. Процес реформи місцевого самоврядування необхідно досліджувати в контексті загальних змін, які відбуваються в процесі демократизації політичної системи України, системи організації публічної влади. Складовим елементом системи демократизації є проведення адміністративно-територіальної реформи, визначення типології адміністративно-територіальних одиниць тощо. Проведення адміністративно-територіальної реформи має досліджуватись в контексті реформування місцевого самоврядування, його органів. Зокрема, це стосується питань управління комунальною власністю, міжбюджетних відносин, різних форм безпосередньої участі громадян у виконанні завдань та функцій місцевого самоврядування, взаємовідносин органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб з відповідними органами державної влади та їх посадовими особами, а також форм взаємодії територіальних громад, співробітництва у реалізації спільних проектів тощо. В цьому ж контексті слід вказати на актуальність зміни ідеології державної політики в бюджетній, податковій, регуляторній та регіональній сферах. Комплексне проведення зазначених заходів стимулюватиме формування й вдосконалення економічної, матеріальної, фінансової бази для розвитку територіальних громад, органів місцевого самоврядування, адміністративно-територіальних одиниць та регіонів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Скрипнюк О. В. Теоретико-методологічні засади дослідження адміністративно-територіальної реформи в Україні // Адміністративно-територіальна реформа в Україні: політико-правові проблеми. Монографія. – К.: Логос, 2009. – С. 39.
2. Француз А. Й. Складні адміністративні системи: організаційно-правові засади управління: монографія. – Рівне, 2001. – С. 133–134.
3. Проблеми забезпечення адміністративної реформи в Україні: матеріали круглого столу // Право України, – 2002. – № 12. – С. 45–46.
4. Утвердження правових засад місцевого самоврядування // Місцеве самоврядування. – 1997. – № 1–2. – С. 4–5.
5. Адміністративне право України. Академічний курс: У 2-х т. Т. 2. Особлива частина. – К.: Юридична думка, 2005. – С. 84–85.
6. Скрипнюк О. В. Адміністративно-територіальна реформа в умовах демократичного та авторитарного режимів // Правова держава. – Вип. 20. – К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2009. – С. 175, 180.

The author proves that the presence of the effective system of local self-government is one of the most important factors of development of the civil society. The realization of this task in the modern Ukraine is connected with the implementation of administrative and territorial reform, improvement of regional politics and separation of competence between the bodies of executive power and the bodies of local self-government.

Автор обосновывает, что одним из показателей зрелости гражданского общества является наличие развитого института местного самоуправления. В условиях Украины одним из путей достижения этого состояния является проведение административно-территориальной реформы, эффективной региональной политики и разграничение полномочий между органами исполнительной власти и органами местного самоуправления.

РОЗВИТОК ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ТА ЙОГО ІНСТИТУТІВ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ

Блащук Т. В.,

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

В статті розглядається вплив процесів глобалізації на громадянське суспільство та можливий вплив останнього на процес глобалізації, визначаються основні чинники та напрями такого впливу, здійснено критику поняття глобального громадянського суспільства та можливості його створення, визначено вплив церкви та недержавних організацій на громадянське суспільство в умовах глобалізації.

Ключові слова: громадянське суспільство, глобалізація, глобальне громадянське суспільство, антиглобалістські організації.

Будучи незалежною державою, Україна не може перебувати осторонь загальносвітових процесів глобалізації, що стала чи не найзагальнішим явищем сучасності, об'єктивною реальністю, без якої важко уявити політичний, економічний, соціальний чи культурний розвиток суспільства. Відповідних змін зазнають і суспільні відносини, суспільство загалом, а також громадянське суспільство та його окремі інститути.

Відтак, слід розглянути вплив процесів глобалізації на громадянське суспільство та можливий вплив останнього на процес глобалізації, визначити основні чинники та напрями такого впливу, що і є метою цієї статті.

Враховуючи складність і суперечливість процесу глобалізації, на сучасному етапі розвитку наукової думки його вплив на громадянське суспільство спричиняє досить активну дискусію серед вчених. Даній тематиці присвячено значну кількість наукових праць, статей та монографій.

Разом з тим вказані явища (глобалізація та громадянське суспільство) розглядаються вченими, як правило, окремо, як такі, що не пов'язані між собою. Так, процеси глобалізації детально вивчаються економістами [6], політологами [4, 5], останні також розглядають вплив глобалізації на громадянське суспільство, зокрема: В. Бебик [8] та К. Трима [9]. Недавно вийшло друком кілька збірників, присвячених громадянському суспільству [1–3], складених на кошти міжнародних організацій, які, проте, аналізують громадянське суспільство та процеси

глобалізації дещо поверхово. Разом з тим вказане явище ще не було розглянуто з правової точки зору, відтак цю прогалину слід заповнити.

У найбільш загальному вигляді під глобалізацією розуміється створення у світовому масштабі спільного духовного, економічного та інформаційного простору. В апофеозі цього процесу його результатом є система абсолютної економічної і політичної влади світової фінансово-промислової еліти та її транснаціональних корпорацій, що розглядається як «глобалізм» [10].

Процес глобалізації, як бачимо, стосується всіх сфер життя суспільства, в тому числі і громадянського. Розвиток окремих інститутів громадянського суспільства відбувається у напрямі охоплення інтересів людства в цілому, а не лише окремих націй.

Розглянемо тенденції розвитку окремих інститутів.

Одним з таких інститутів, що виступають засобом соціально-політичної консолідації суспільства, є політичні партії. Розвинута партійна система, у межах якої здійснюється вільна конкурентна боротьба за контроль над законодавчим органом і урядом, є засобом розвитку громадянського суспільства у державі. Разом з тим світова тенденція розвитку політичних партій свідчить про їх вихід на міжнародну арену. Відтак, боротьба за владу точиться на рівні міжнародних організацій, що мають глобальний вплив на розвиток людства.

Не можна недооцінювати також роль громадських організацій, що зростає, у консолідації суспільства. Громадські організації мають стати реальними каналами представництва всього розмаїття суспільних інтересів, посередниками між їхніми носіями і владою.

Сьогодні у світі неурядові організації швидко розвиваються, зростає їх кількість і, відповідно, вплив на розвиток, що в умовах глобалізації робить ще більш важливим набуття ними нових економічних і політичних функцій. Деякі вчені стверджують, що вплив таких організацій глобального управління веде до цілковито іншого типу соціально-економічної, політичної, етнокультурної та ціннісно-поведінкової реальності – глобальному надсуспільству з новим типом організованості [11].

За таких умов говорять про утворення «глобального громадянського суспільства», що має свої ознаки та функції. Такому суспільству пропонується надати функції «забезпечення життєдіяльності соціальної, соціокультурної і духовної його сфер, їх самовідновлення і спадкоємності» [8]. Назвемо ознаки глобального громадянського суспільства:

- відокремлена від новостворюваної глобальної держави (наддержавних, міждержавних і державно-національних утворень) сукупність структур, яка складається з громадян, їх добровільних асоціацій і об'єднань, соціальних груп, націй тощо;

- вільні відносини між суб'єктами глобального громадянського суспільства;

- поцінування громадянських прав і прав націй та народів вище за глобальні (наддержавні і міждержавні) угоди та державно-національні закони;

- забезпечення прав і свобод особистості, можливостей реалізації її інтересів і прагнень, політичного, ідеологічного, релігійного, етнічного та інших видів плюралізму;

- наявність приватної власності, вільної конкуренції, вільних відносин обміну діяльністю та її продуктами між незалежними власниками, тобто ринку;

- саморегуляція відносин між людьми, їх асоціаціями і добровільними об'єднаннями на основі соціальних і психічних норм – регуляторів суспільного життя;

- розмаїття соціальних, інтелектуальних, наукових, культурних та інших ініціатив;

- збереження національних, соціальних та інших традицій, культури тощо [8].

Вказані ознаки в цілому перекликаються з ознаками громадянського суспільства, що називаються в науці. Проте створення глобальної держави видається ефемерним, а відтак, неможливе відокремлення від неї та деякі інші пропоновані автором процесу.

Проте така думка в літературі не поодинокі, а відтак постає питання – чи дійсно можна сьогодні говорити про таке явище як глобальне громадянське суспільство, які його характеристики і в якому правовому полі воно має існувати?

Як згадувалося вище, процес глобалізації призвів до утворення різноманітних громадських організацій, що мають на меті представництво інтересів всього людства. Прагнення до консолідації виявили також політичні партії і навіть держави. Поступово набувають поширення екологічні рухи тощо. Сказане свідчить про те, що людство загалом прагне знайти на світовому рівні важелі впливу на владу як окремих країн, так і їх груп.

Відтак, можна зробити висновок про тенденцію до глобалізації окремих інституцій громадянського суспільства, що теоретично могло б призвести до появи глобального громадянського суспільства. Таке суспільство повинно було б діяти в межах норм міжнародного права.

Україна та її інститути громадянського суспільства теж не лишаються осторонь процесу глобалізації в політичній, економічній, соціальній та інших сферах. Одним з прикладів такого процесу є участь громадянського суспільства у процесі об'єднання України з ЄС та НАТО, зокрема в процесі адаптації законодавства України до вимог ЄС.

Українська влада відкрита для взаємодії з громадянським суспільством. Проте для того, щоб надати кваліфіковану пораду органам влади у сфері адаптації законодавства України до законодавства ЄС, необхідно бачити механізми його впровадження в Україні, розуміти наслідки його впливу на нашу економіку та суспільні процеси.

Одним із таких механізмів є «Східне партнерство», ініційоване Польщею і Швецією, офіційно затверджене Європейською Радою 19–20 березня 2009 року та введене в дію на саміті «Східного партнерства» 7 травня в Празі. Воно спрямоване на посилення двостороннього та багатостороннього співробітництва Європейського Союзу (ЄС) із східноєвропейськими партнерами та між ними самими. «Східне партнерство» призначене для зміцнення демократизації в країнах Східної Європи і Південного Кавказу, надання їм допомоги в процесах європейської інтеграції, модернізації і верховенства права.

Організації громадянського суспільства повинні бути залучені до процесу імплементації «Східного партнерства» як для реалізації двостороннього, так і багатостороннього вимірів ініціативи.

Українське громадське експертне співтовариство активно залучене до процесу європейської інтеграції та до реалізації програм і проектів ЄС в Україні, а також до діяльності зі сприяння українським урядовим структурам у сфері європейської інтеграції.

Відповідно до Комунікації Європейської Комісії «Східне партнерство» Європейська Комісія запропонувала «підтримати подальший розвиток організацій громадянського суспільства (ОГС) і створити Форум громадянського суспільства, щоб просувати контакти серед ОГС і полегшити їх діалог з державними органами влади». Європейська Комісія закликала ЄЕСК узяти участь у Форумі громадянського суспільства «Східного партнерства». Останній підготував документ з відповідними пропозиціями по його діяльності [12].

Разом з тим процес глобалізації має свою протилежність – процеси диференціації економіко-політичних спільнот, полікультурність, поліментальність, що є об'єктивним явищем. Це стосується і громадянського суспільства.

Більше того, на нашу думку, громадянське суспільство об'єктивно виступає як антагоніст глобалізму, зважаючи на таке.

Однією зі сторін глобалізаційного процесу є намагання з допомогою різних соціальних нововведень збільшити контроль за життям людини, надати можливість державним і наддержавним органам мати доступ не тільки до публічного, а й до приватного життя члена суспільства.

Такий стан уже призвів до протидії суспільства процесу глобалізації, що проявляється активною діяльністю антиглобалістських рухів.

Активним противником глобалізації є церква, яка виступає проти об'єднання окремих релігій [13]. Навіть в межах однієї релігії одночасно існують дві протилежні течії – до утворення «національної церкви» та до міжконфесійного об'єднання.

Значну роль у політичному і культурному житті, у формуванні громадянського суспільства відіграють об'єднання національних меншин України. За роки незалежності в Україні утворено понад 500 національно-культурних товариств, 25 з яких мають всеукраїнський статус. Ці організації заснують свої громадські інститути – школи, храми, культурні центри тощо. Національно-культурні товариства нерідко виступають у формі асоціації (Всеукраїнська асоціація болгарських національно-культурних товариств), Рад (чеська національна Рада України), спілок (Демократична спілка угорців України), альянсів (Християнсько-демократичний альянс румунів), земляцтв (Естонське земляцтво в Україні), культурних центрів, громад, клубів тощо.

Поява таких асоціацій свідчить про бажання частини суспільства до виокремлення і самоствердження, що теж є протилежним до глобалізації процесом.

Відтак, можна стверджувати, що окремі інститути громадянського суспільства – громадські організації, рухи, партії, і кожна людина зокрема протидіє тотальному контролю, втручанню у її приватне життя. Вони дозволяють і дозволятимуть надалі зберігати роль особистості як активного суб'єкта соціального буття, стверджувати її найвищу цінність.

Отже, не можна стверджувати, що глобальне громадянське суспільство існує або буде створене, зважаючи на об'єктивні процеси, що відбуваються одночасно – глобалізації та диференціації.

Разом з тим громадянське суспільство може справляти визначальний вплив на процеси консолідації, що відбуваються як в межах націй-держав, так і в сфері міжнародного співробітництва.

Глобалізація є феноменом, який несе в собі значну кількість як позитивних, так і негативних наслідків: фундаментально змінює наше економічне, політичне і соціокультурне буття, спричинює велику кількість нових проблем і викликів.

The article deals with the questions of globalization influence on the civil society and possible reverse effects. The authoress defines the causes and directions of such influence, criticizes the notion of global civil society and possibilities of its creation. The influences of church and non-governmental organizations on civil society in the process of globalization are also defined.

В статтєе рассматривается влияние процесса глобализации на гражданское общество, а также возможное влияние последнего на процесс глобализации, определяются основные причины и направления такого влияния, содержится критика понятия глобального гражданского общества, а также возможности его создания, определено влияние церкви и негосударственных организаций на гражданское общество в условиях глобализации.

ПРИРОДНО-ПРАВОВІ ПРИНЦИПИ В ЄВРОПЕЙСЬКИХ КОДИФІКАЦІЯХ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Рабінович С. П.,

кандидат юридичних наук, доцент,

старший науковий співробітник

відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства

НДІ приватного права і підприємництва АПРн України

На матеріалі цивільних кодексів Франції та Німеччини досліджується вплив природно-правових ідей на законодавство.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Павлов В. Поступ демократії у світі: український контекст. – К.: Фонд «Європа XXI», 2007. – 208 с.
2. Політичні інститути в процесі реформування системи влади. – К.: Вид-во НАДУ, 2003. – 172 с.
3. Розвиток громадянського суспільства України в 2008 році : плани на майбутнє / О. П. Айвазовська, О. Ю. Вінніков, Г. М. Голубовська, Онісімова [та ін.]; за ред. М. Лациби. ; Укр. незалеж. центр політ. дослід. – К.: Агентство «Україна», 2009. – 84 с.
4. Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна «Питання політології». – 2008. – № 825–193 с.
5. Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса НАН України. — К., 2008. — Вип. 40. — 392 с.
6. Білорус О. Глобалізація і нова парадигма глобального постіндустріального розвитку // Економічний часопис XXI. – 2002. – № 10. – С. 3–7.
7. Уткин А.И. Глобализация: процесс и осмысление. – М.: Логос, 2002. – 183 с.
8. Бебик В. Глобальне громадянське суспільство: теорія, методологія, менеджмент // Політичний менеджмент. – 2006. – № 2 (17). – С. 140–147.
9. Трима К. А. Українські антиглобалістські організації як елемент глобального громадянського суспільства // Електронний ресурс. Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Gileya/2009_19/Gileya19/P2.pdf.
10. Білецький В., Білецький В. Глобалізм як явище сучасного світу і його вплив на трансформацію особистості (соціально-філософський аспект) // Донецький вісник наукового товариства ім. Тараса Шевченка. – Т. 5. – Донецьк, 2004.
11. Актуальные проблемы Европы. Неправительственные организации Европы в условиях глобализации: Сб. науч. трудов / Ред.-сост. Субботин А. К. – М.: РАН ИНИОН, 2005. – 200 с.
12. Східне партнерство ЄС: додаткові можливості для євроінтеграції України / І. Ф. Газізуллін, М. М. Гончар, О. В. Коломієць [та ін.]; за ред. В. Мартинюка; Укр. незалеж. центр політ. дослід. – К.: Агентство «Україна», 2009. – 84 с.
13. Здіорук С. І. Державно-церковні відносини як чинник розвитку громадянського суспільства // Стратегії розвитку України: теорія і практика / За ред. О. С. Власюка. – К.: НІСД, 2002. – 864 с.

Аналізуються юридико-технічні форми виразу та нормативний зміст природно-правових засад (принципів) в європейських кодифікаціях цивільного права.

Ключові слова: природно-правовий підхід, принципи цивільного права, об'єктивна зумовленість приватноправового регулювання, сутність юридичних інститутів, закономірності суспільного обміну.

Ідейно-сміслові зв'язки між юснатуралізмом та європейськими новочасними кодифікаціями цивільного права вже досліджувались як у вітчизняній, так і зарубіжній літературі [1, с. 33; 2, с. 118–132, 241–245; 3; 4]. Загальна оцінка значення цих зв'язків, зроблена дослідниками (Й. О. Покровський, К. Цвайгерт, Х. Кьотц та ін.), зводиться до висновку про суттєвий вплив природно-правових ідей на підготовку кодифікацій і, водночас, про те, що в самих кодифікаціях природно-правові положення (зокрема, про субсидіарне застосування «природного права» при вирішенні цивільних справ), зазвичай, не отримують прямого вираження. Єдиною кодифікацією стало Всезагальне австрійське цивільне уложення (АЦУ), в якому природні правоположення («natürliche Rechtsgrundsätze») були визнані субсидіарним джерелом права. Окрім цього, у § 16 АЦУ, який називався «Природжені права», містилось програмне (щоправда, на той час суто декларативне) положення про те, що «кожна людина має природжені, самим розумом вказані права і тому її слід розглядати як особу», а в § 17 встановлювалась презумпція, згідно з якою «те, що відповідає природженим правам, вважається існуючим доти, поки не доведене законне обмеження цих прав» [5].

Водночас, якщо не зводити природно-правові підходи до просвітницьких ідей XVIII ст., а розглядати їх у ширшому значенні – як способи вироблення рішень у сферах правотворення, правотлумачення та правозастосування, які перебувають в ідейно-смісловому зв'язку з юснатуралістичним праворозумінням, то слід визнати, що вплив юснатуралізму на зміст кодифікацій не обмежується самим лише наведеним вище.

Такий вплив має різні юридико-технічні форми виразу та відмінний нормативний зміст, з'ясування яких і становитиме мету цієї статті.

Теоретико-методологічним й ціннісно-нормативним вираженням підходів, що розглядаються, стають загальноправові принципи, за посередництвом яких відбувається втілення природно-правових ідей та концепцій (природної «розумності» та «справедливості», «природи людини», «природи речей» тощо) в інститути, норми та конструкції приватного права. При цьому слід розрізняти два способи об'єктивації природно-правових підходів у кодифікаціях:

1) *формально-термінологічний*, який ґрунтується на використанні специфічних природно-правових конструкцій. Так, у Кодексі Наполеона (ФЦК) міститься відоме римській античності технічне розрізнення «природного» і «цивільного» в сенсі встановленого цивільним законом (ст. 517, 527), яке використовується, зокрема, для позначення різновидів рухомого й нерухомого майна; природних, господарських і цивільних плодів (ст. 547, 582, 583, 585); фізичного і цивільного способів переривання давності (ст. 2242), для виокремлення «природних зобов'язань» (ст. 1235) та поняття «природної справедливості» (ст. 565);

2) *змістовно-смісловий спосіб*, найбільш поширений у кодифікаціях. Йдеться про положення, які за своїм змістом відтворюють класичні природно-правові принципи без використання аргументації *ad naturam*. Зокрема, відображенням природно-правових ідей стає легітимація індивідуально-регулятивного суддівського розсуду. Просвітницькі ідеї природного світла розуму й природної розумності виявляються в апелюванні Кодексу Наполеона (ст.1353) до «обізнаності та розсудливості судді», який, за відсутності презумпцій, встановлених законом, «повинен допускати лише ті з презумпцій, котрі є вагомими, точними й відповідними». Юснатуралістичні принципи використовуються й у низці матеріально-правових норм та інститутів цього кодексу. Наприклад, положення ч.1 ст.714 про правовий режим речей загального користування повторює зміст природно-правової сентенції римського юриста класичного періоду Марціана (D. I. 8. 2, 3).

Загалом можна вважати природно-правовими ті конструкції, норми та інститути приватного права, в обґрунтуванні яких в юриспруденції використовувались і використовуються посилання на певні філософські, раціонально-теоретичні чи морально-світоглядні «природні» міркування: конкубінат (ст. 283, 285–1, 340–4, 515–8 ФЦК) або ж «партнерство, утворене для спільного життя» (ст. 207, 563, 1493, 1586, 1608, 1685, 1903, 1938 ФЦК); володіння (ст. 2228–2235 ФЦК, § 854–872 Німецького цивільного уложення, НЦУ); право прирощеної власності стосовно нерухомих речей (ст. 552–564 ФЦК, § 946 НЦУ); непереборна сила (ст. 1148, 1348, 1631, 1730, 1733, 1754, 1755, 1784, 1929, 1934, 1954, 2251 ФЦК, § 206 НЦУ); необхідна оборона (§ 227 НЦУ); крайня необхідність (§ 228, 904 НЦУ), самопомога (§ 229, 230, 562-в НЦУ); натуральні зобов'язання (ст. 1235 ФЦК); зобов'язання з безпідставного збагачення (§ 812–822 НЦУ, ст. 1376–1381 ФЦК) [6, с. 134–137]; заборона шикани (§ 226 НЦУ); Загальне застереження про недопустимість порушення «добрих звичаїв» (ст. 6, 1133, 1172, 1387 ФЦК; § 138, 817, 819, 826 НЦУ) чи принципів доброї совісті (§ 242 НЦУ); невід'ємні права особистості (ст. 9, 9-1, 16, 16-1, 16-9, 371-1 ФЦК; § 823, 824, 826 НЦУ) тощо.

Аналіз «материнських» кодифікацій романської та германської сімей приватного права – Французького цивільного кодексу [7] і Німецького цивільного уложення [8] – свідчить про широке використання згаданих принципів.

Отож, не претендуючи на вичерпність, схарактеризуємо декілька їх типів, які зберігають змістовний зв'язок з природно-правовими ідеями та водночас ще не ставали предметом спеціального аналізу у вітчизняній літературі.

Виразом природно-правових ідей у Французькому цивільному кодексі та Німецькому цивільному уложенні є декілька груп загальних принципів правового регулювання, які перебувають з такими ідеями у змістовному зв'язку. А саме:

– *онтологічні* принципи, які виражають об'єктивну зумовленість приватноправового регулювання, предметно-

матеріальні й соціокультурні закономірності виникнення і здійснення суб'єктивних прав та обов'язків. Сюди належать положення, які надають юридичного значення фізичному чи психічному стану людини (ст. 348, 373, 488, 489, 901, 1426 ФЦК; § 104, 105, 827 НЦУ), її статі (ст. 261 ФЦК), стану здоров'я (ст. 276 ФЦК) чи віку (ст. 144, 276 ФЦК; § 828, 1303 НЦУ та ін.). У цивільних кодифікаціях матеріальна зумовленість права виступає джерелом правотворчості (зокрема, закріплення законодавчих презумпцій). Принцип фактичного здійснення права є однією з загальних засад виконання зобов'язань (ст. 276–4, ст. 353-1 ФЦК; § 46, 87, 378, 379 НЦУ). Принцип «права, встановленого необхідністю» слугує основою юридичних інститутів та норм, які передбачають фактичну (насамперед життєву чи господарську) необхідність як підставу виникнення правовідносин. Серед засад, покладених в основу норм цивільного законодавства, можна виокремити принципи врахування матеріальної необхідності (зокрема фізичної й господарської), необхідності моральної (ст. 244 ФЦК; § 1360а, 1230, 1360а, 1361а, 1361в, 1455 НЦУ), логіко-сміислової (абз. 2 § 919 НЦУ) та юридичної (§ 49, 402, 651е, 666, 727, 730, 744, 799, 1144, 1083, 1134, 1429, 1452 НЦУ).

– *деонтологічні* принципи, які відображають загальні й специфічні для приватного права закономірності суспільного обміну матеріальними і нематеріальними благами. До таких принципів належать, по-перше, принципи формально-процедурні, котрі є втіленням універсальних приватноправових закономірностей (свобода індивідуального волевиявлення та юридична рівність, обов'язковість приватних домовленостей, які не суперечать публічному порядку і «добрим звичаям» (панівній суспільній моралі) тощо; по-друге, принципи матеріально-змістовні, змістом яких є: а) загальні засади функціонування ринкової економіки (економічна свобода, господарська доцільність, захист майнової сфери особи, забезпечення ефективного господарського обігу тощо) та б) конкретно-історичні закономірності політико-правової організації ліберально-демократичного, а згодом соціально-демократичного суспільства (повага до людської гідності, недоторканність особистих немайнових благ тощо). Якщо перша група означених принципів виражає буржуазну утилітаристську мораль, то друга – мораль індивідуалістичну й ліберально-лібертарну, покладену в основу функціонування економіко-правових та політичних інститутів капіталістичного суспільства. Виразом природно-правової ідеології в ФЦК є загальний принцип недоторканності особистих немайнових прав, який відтворює закономірності функціонування ліберально-демократичної суспільно-політичної організації: пріоритетне значення людської особи, заборона посягань на її гідність (ст. 16, 371-1); право людини на недоторканність з моменту її народження (ст. 16), на фізичну недоторканність (ст. 16-1 – 16-9); на недоторканність приватного життя (ст. 9) тощо. Щодо НЦУ, то сам кодекс не містить детальних норм про особисті немайнові права. Щоправда, абз. 1 § 823 НЦУ передбачає захист таких фізичних благ індивіда як здоров'я, свобода, тілесна недоторканність, а § 12 захищає право на ім'я, визнане «іншим правом» у розумінні § 823 НЦУ. Окрім цього, § 824 охороняє право на ділову репутацію особи. Особливе значення має загальне застереження § 826, яке передбачає обов'язок

відшкодування шкоди, завданої умисно й у спосіб, який суперечить «добрим звичаям». Права особистості відображає, зокрема, й обов'язок отримувача послуг вживати заходів з урахуванням стану здоров'я, моралі і віросповідання особи, яка надає послуги (абз. 2 § 618 НЦУ). У 1954 р. Федеральний суд Німеччини визнав право особистості «іншим правом» в сенсі абз. 1 § 831 НЦУ, вказавши, із посиланням на Конституцію, що воно як таке підлягає цивільно-правовому захисту [9, с. 486].

Вказані вище деонтологічні принципи мають насамперед загальнорегулятивне (нормативне) значення. Окрім цього, в кодифікаціях приватного права широко використовуються також принципи індивідуально-регулятивні. А саме: справедливість (домірність) як принцип оцінювання й балансування, «зважування»: а) майнових та немайнових вигід і втрат учасників правовідносин (ст. 208, 271; 385, 1448 ФЦК; § 536, 1039 НЦУ); б) мети і можливих наслідків юридичного рішення; в) правомірних інтересів, яких торкнеться індивідуально-правове рішення (абз. 2 § 251, абз. 1 § 343 НЦУ); принципи «необхідності» та «достатності», за посередництвом яких оцінюються підстави виникнення суб'єктивних прав та обов'язків і відповідність окремих дій учасників правовідносин конкретним обставинам справи. Так, широко використовуване в кодифікаціях поняття «необхідних витрат» (ст. 1375, 1469, 1673, 1720, 1890 ФЦК; § 526, 536-а, 539, 559, 590в, 651с, 669, 994-995, 1298 НЦУ) та конструкція «необхідного утримання» особи (§ 528, 617, 1472, 1360а НЦУ) слугують для оцінки домірності змісту й обсягу майнових надань сторін у зобов'язанні. Поняття «необхідного», «домірного», «розумного», «достатнього» строків призначені для оцінки міри відповідності юридично значущих часових умов здійснення прав чи виконання обов'язків фактичним можливостям їх здійснення (§ 147, 264, 350, 516, 543, 591, 594е, 643, 760, 643, 651е, 701, 1003, 1220, 1360а, 1696, 1964, 2193, 2307 НЦУ);

– *пізнавальні* принципи виявлення сутності («природи») й призначення юридичних інститутів та відносин опосередковують пізнання їх ідейно-цільових та соціально-функціональних аспектів, основного смислового змісту й істотних юридичних ознак регульованих правом відносин. На їх основі відбувається встановлення тих керівних засад, на основі яких мають ухвалюватись конкретні правозастосовні рішення. У ФЦК терміни «сутності», «природи» й «характеру» позначають основний зміст, найбільш типові ознаки договорів (в ФЦК вона, зазвичай, розкривається у положеннях першої глави відповідного титулу Книги III ФЦК: купівля-продаж (титул VI); безвідплатний найм майна (титул X); зберігання (розділ I гл. II титулу XI); доручення (титул XIII); порука (титул XIV) тощо. В ФЦК також йдеться про природу юридичних актів (п. 1 ч. 1 ст. 1350); товариства (ч. 2 ст. 1845) окремих об'єктів правовідносин (ст. 1397-3, 1404) тощо. При цьому може йтись як про загальний зміст інститутів права, так і про індивідуальні особливості конкретних відносин (ч. 2 ст. 1256 ФЦК). З категорією «природи» тісно пов'язане правоінтерпретаційне поняття «цільового призначення», застосовуване до правового режиму майна (ст. 222, 523, 567 ФЦК), (ст. 1041, 1404, 1498, 1526, 1570 ФЦК; § 98 НЦУ), та поняття «мети», яке може стосуватись, зокрема, юридичних процедур (§ 48 НЦУ) чи договірних зобов'язань (§ 328, 620, 730 НЦУ).

– «комунікативні» інтерпретаційні принципи: а) принцип «розумних очікувань», який розкривається в стандартах належної поведінки у приватноправовій сфері (ст. 450, 479, 601, 627, 1137, 1374, 1728, 1766, 1806, 1880, 1962 ФЦК). В НЦУ зміст типових соціальних очікувань у вказаних сферах акумулюється, відповідно, в конструкціях «батьківської турботи» (1626–1698в), «належної дбайливості» (п. 2 абз. 2 § 543), «належного ведення господарства» (§ 581, 588), 1039), «належного управління майном» (§ 1451); б) принцип очевидності (інтелектуальної й моральнісної), який опосередковує виявлення юридично значущих закономірностей розуміння й смислотворення у приватноправовому саморегулюванні. Можна виокремити два значення вказаного поняття: а) «зовнішня», досвідна очевидність (ст. 183, 642, 689, 778, 1273, 1415, 1642, 1625, 1641, 1643, 1648, 2015 ФЦК) та б) «внутрішня» – інтелектуальна (ст. 24-2, 350, 503, 1176–1177, 1994 ФЦК) та/або моральнісна очевидність (ст. 1579, 280-1 ФЦК; § 138, 319, 660 НЦУ). Пізнавальний принцип інтелектуальної очевидності покладено, зокрема, в основу інститутів «загальновідомих фактів» (ст. 283, 285-1 ФЦК) та «визнання цивільного стану громадянськості» (ст. 195, 311-1 – 311-3, ст. 311-12 ФЦК).

Зміст розглянутих груп принципів прямо чи опосередковано відповідає низці основних положень класичного юснатуралізму та його сучасних екзистенціалістських, феноменологічних та комунікативних різновидів.

За функціями у механізмі приватноправового регулювання серед принципів, що розглядаються, можуть бути розрізнені: а) загальнорегулятивні, які визначають загальні підстави та умови виникнення прав чи обов'язків певних змісту та виду (суспільна необхідність, здійсненість права); б) програмно-цільові (ефективного господарського обігу, недоторканності основоположних природних прав особи, балансу приватних і публічних інтересів тощо) та в) принципи індивідуально-регулятивні, які впорядковують процес раціонально-теоретичного й ціннісно-світоглядного правового пізнання («сутності зобов'язання», «відносин сторін», «обставин справи», «очевидності» як джерел прав і обов'язків учасників правовідносин). Остання група принципів відображає процес виявлення індивідуальних закономірностей та особливостей нетипових правових ситуацій та орієнтує правозастосовну діяльність на максимальну відповідність особливостям конкретних обставин.

За своїм епістемологічним статусом принципи необхідності, достатності, домірності є ціннісно-оцінювальними формами визначення змісту й обсягу прав чи обов'язків сторін правовідносин. Теоретико-пізнавальними ж засадами є принципи виведення прав та обов'язків учасників правовідносин з їх цільового призначення, сутності, з «обставин справи».

Виступаючи загальною формально-структурною основою рецепції методів вироблення нормативних та індивідуально-правових рішень [10, с. 25], усі розглянуті принципи водночас слугують засобами підтримання історичних зв'язків у західній правовій традиції. Синкретичний характер індивідуально-регулятивних деонтичних принципів дає змогу, з одного боку, враховувати в державно-юридичному регулюванні приватних відносин закономірності традиційно-звичаєвого та іншого саморегулювання, а з іншого –

адаптувати саме позитивне цивільне право до змінюваної соціальної реальності.

Слід зазначити, що історія застосування відповідних цивільно-правових норм містить приклади наповнення їх вельми відмінним соціально-політичним змістом [4, с. 195]. Відтак, значна пізнавальна цінність вказаних принципів як загальних «форм юридичного мислення» (Г. Радбрух) сама по собі не здатна забезпечити загальну соціально-змістовну, матеріальну справедливість юридичних рішень, ухвалених на їх основі. Виявлення ж такої справедливості та її міри вимагає виключно конкретно-історичного аналізу таких рішень, оцінки їх ролі в забезпеченні потреб окремих осіб, соціальних груп та усього суспільства, а також у збереженні й розвитку духовної культури цивілізації, складовою якої це суспільство виступає.

Для цивільно-правової політики України практично значущим моментом у питанні забезпечення соціальної дієвості та ефективності рецепції принципів правового регулювання ринкової економіки є збереження й відновлення наступності у розвитку правової системи, збереження її єдності й цілісності. Розв'язання цього завдання вимагає ретельного соціологічно-інституційного аналізу особливостей функціонування не лише правових, а й позаправових механізмів реалізації майнових інтересів суб'єктів національної економіки [6, с. 7–21]. На підставі такого аналізу має відбуватись й вироблення юридико-нормативних рішень з урахуванням всебічної оцінки значення цих чинників для підтримки й розвитку морально-правової культури в українському суспільстві.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Покровский И. А.* Естественно-правовые течения в истории гражданского права. – СПб.: Типография Б. М. Вольфа, 1909. – 53 с.
2. *Цвайгерт К., Кёту Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. – М.: Международные отношения, 1998. – Т. 1: Основы. – 480 с.
3. *Виаккер Ф.* Зарождение, расцвет и кризис идеи кодификации // ФЕМИС. Ежегодник истории права и правоведения. – Вып. 1. – М.: Изд-во МГИУ, 2000. – С. 128–154.
4. *Кабрияк Р.* Кодификации. – М.: Статут, 2007. – 480 с.
5. *Общее гражданское уложение Австрийской империи 1811 года /* Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Т. 1. / Уклад.: Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. / За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. – К.: Правова єдність, 2009. – 1168 с. – С. 1029.
6. *Методологічні засади захисту майнових прав осіб в Україні та ЄС /* За заг. ред. О. Д. Крупчана. – Тернопіль: Підручники і посібники, 2008. – 160 с.
7. *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) /* Пер. с франц. В. Н. Захватаева / Отв. ред. А. С. Довгерт. — К.: Истина, 2006. – 1008 с.
8. *Гражданское уложение Германии; Вводный закон к Гражд. уложению:* пер. с нем. / Науч. ред. А. Л. Маковский и др. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 816 с.
9. *Цвайгерт К., Кёту Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. – М., 1998. – Т. 2.: Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. – 512 с.
10. *Харитонов С. О., Харитонova О. I.* Рецепції приватного права: парадигма прогресу. – Кіровоград: Центрально-українське видавництво, 1999. – 144 с.

On the basement of civil codifications of France and Germany the impact of naturally-legal ideas on legislature is investigated. Legally-technical forms of expression and normative matter of naturally-legal principles in European codifications of the civil law are analyzed.

На матеріалі гражданських кодексів Франції і Німеччини досліджується вплив природно-правових ідей на законодавство. Аналізуються юридико-технічні форми вираження і нормативне содержание природно-правових принципів в європейських кодифікаціях гражданского права.

КОНЦЕПТУАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ПОЛІТИКИ РОСІЇ ЯК СТРАТЕГІЧНОГО ПАРТНЕРА УКРАЇНИ

Король В. І.,

*кандидат юридичних наук,
завідувач відділу міжнародного приватного права
та порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва
Академії правових наук України*

Статтю присвячено розгляду концептуально-правових підходів до формування довгострокової економічної політики Росії, зокрема, цілей, принципів та механізмів, спрямованих на забезпечення її глобальної конкурентноздатності та досягнення до 2020 року економічного лідерства у контексті гео економічної парадигми світового розвитку.

Ключові слова: Росія, правовий інструментарій, міждисциплінарне дослідження, зовнішньоекономічна стратегія, гео економічна парадигма.

В системі іманентних функцій держави на сучасному етапі особливої ваги набуває формування та реалізація Україною більш дієвої економічної політики, на пріоритетні цілі та правові механізми забезпечення якої, значною мірою, впливатимуть стратегії розвитку інших суб'єктів, які здійснюють та здійснюватимуть у подальшому вплив на процеси як внутрішні в нашій державі, так і регіональні, одним з яких неодмінно виступатиме Росія.

У національному законодавстві, зокрема в ст. 9 Господарського кодексу України, слушно передбачено, що обрання відповідного курсу економічної політики – стратегії, що необхідно розглядати не як право держави, а її обов'язок, який поки що не виконується на належному рівні, оскільки не став імперативом її діяльності, здійснюється з урахуванням змісту об'єктивних процесів і тенденцій, що мають місце у національному та світовому господарстві.

Виходячи з наведеного, для України життєво важливим є визначення найбільш вірогідних траєкторій розвитку Росії, особливо на довгострокову перспективу, чому має сприяти виявлення концептуальних підходів до визначення нею стратегічних цілей та механізмів, насамперед, правових для реалізації економічної політики в цілому та зовнішньоекономічної зокрема, розкриття яких становить мету даної статті.

Для досягнення зазначеної мети міждисциплінарного дослідження доцільним є звернення до результатів наукових розробок як окремих вітчизняних та російських правознавців, зокрема, О. О. Мережка, Х. Н. Бехруза, Ю. А. Тихомирова, А. С. Піголкина, авторитетних дослідників сучасних гео економічних процесів – О. І. Неклесси, Е. Г. Кочетова, так і колективних досліджень, які в Росії здійснено, зокрема, Радою із зовнішньої та оборонної політики, Державним університетом – Вища школа економіки, Інститутом стратегічних оцінок та аналізу, Інститутом Європи Російської академії наук.

Як зауважено у вступній частині зазначеної колективної роботи, присвяченої узагальненню основних тенденцій розвитку світової економіки до 2017 р., які впливатимуть на формування Росією своєї стратегії у глобальному світі, два попередніх десятиліття стали періодом надзвичайно глибоких політичних та соціально-економічних зсувів. При цьому повною мірою проявився той факт, що соціально-економічні моделі, вироблені промислово розвиненими країнами у ХХ ст., не відповідають сучасним умовам, зокрема, новому постіндустріальному етапу. Це призвело до початку модернізації цих моделей, насамперед, їх політико-економічних та соціальних елементів.

Зазначена та інші зміни глобального масштабу, які систематизовано в чотири групи, визначили порядок денний на роки вперед та з високим ступенем вірогідності обумовлюють те, що майбутнє десятиліття стане періодом пристосування суб'єктів світового господарства до нових умов [1, с. 11].

Виходячи з окресленої мети статті, необхідно акцентувати увагу на тому, що після досить тривалої перерви в Росії було консолідовано зусилля органів державної влади, бізнес спільноти та Російської академії наук для формування науково обґрунтованих підходів до визначення основних напрямів розвитку країни. В результаті 17 листопада 2008 року Урядом Російської Федерації було затверджено Концепцію довгострокового розвитку до 2020 року (надалі – Концепція), яка юридично закріплює рамкові засади стратегії Росії та має на меті досягнення амбітної мети – забезпечення її економічного лідерства. Виходячи з необхідності визначення шляхів забезпечення у довгостроковій перспективі динамічного розвитку економіки та зміцнення позицій Росії у світовому співтоваристві, сформульовано цілі та пріоритети зовнішньоекономічної політики, визначено стратегію досягнення цілей, включаючи способи, напрямки

та етапи, а також форми та механізми стратегічного партнерства держави, бізнесу та суспільства.

В рамках Концепції збалансовано загальні засади – «ідеологію» – «образ країни», цілі та принципи політики і «технологію» довгострокового розвитку – завдання, механізми, в той час як конкретні дії передбачатимуться на підзаконному рівні в Основних напрямках діяльності Уряду РФ та відповідному Плані заходів.

Формуючи так званий «образ країни» зразка 2020 року, його складовими є становлення Росії як глобально конкурентноздатної за рахунок географічної і товарної диверсифікації експорту, її посилення як логістичного вузла в глобальній енергетичній інфраструктурі, реалізації транзитного потенціалу та набуття статусу одного із світових лідерів, що передбачає забезпечення стійких зв'язків із світовими економічними центрами, здійснення активної участі у формуванні, а точніше у реформуванні світового економічного порядку.

Намічаючи стратегічні орієнтири довгострокового соціально-економічного розвитку країни та підводячи підсумки розвитку попереднього десятиліття, зазначається, що на порядку денному стоїть питання підвищення дієвості системи базових правових норм та інших інститутів, які забезпечують розвиток ринкових відносин, та робиться не безспірний, але важливий для розуміння тієї «проміжної точки» у багатовекторній системі координат, яка обумовлюватиме характер намірів та подальших дій Росії, висновок, що має місце повернення країни до кола світових економічних держав.

Водночас, в середині цього десятиліття економіка північного стратегічного партнера України опинилась перед системними викликами, на здатність знайти адекватну відповідь на які, як вбачається, здійснює вплив й низка не тотожних їм, але не менш небезпечних структурних викликів, що сукупно відображають зовнішні тенденції та внутрішні особливості, насамперед, бар'єри розвитку Росії.

При цьому до стратегічно важливих – довгострокових викликів, в умовах яких державі та суспільству доведеться діяти та переважна більшість з яких є актуальними й для України, розробниками Концепції віднесено зміну характеру глобалізації, нову технологічну хвилю, зростання ролі людського капіталу в економічному розвитку, вичерпання джерел експортно-сировинного типу розвитку.

В умовах загострення глобальної конкуренції, підвищення ролі інноваційних факторів розвитку в державах-лідерах та перебудови світового економічного порядку суттєво зростає роль зовнішньоекономічної політики Росії, основними цілями якої є, зокрема, орієнтація підтримки експорту на країни з ринками, які зростають швидкими темпами, диверсифікація експорту та раціоналізація імпорту, перенесення акценту від зовнішньої торгівлі товарами до глобальної виробничої кооперації, що передбачає здійснення спільних проєктів, взаємний обмін активами, вихід на ринки третіх країн, активна роль в діяльності міжнародних та регіональних економічних організацій, особливо тих, які впливають на формування ринків нафти та газу.

Зовнішньоекономічна політика Росії у довгостроковій перспективі спрямована на створення умов для досягнення лідируючих позицій у світовій економіці на основі двох

складових, а саме: ефективної участі у світовому розподілі праці та підвищення конкурентноздатності її національної економіки, що дає змогу акцентувати увагу на зміцненні зв'язку між зовнішньою та внутрішньою сферами державної політики.

Вирішення цього завдання передбачає забезпечення глобальної конкурентноздатності обробних галузей з використанням інструментів митно-тарифної політики, регулювання внутрішніх ринків, залучення іноземного капіталу та формування в галузях так званих центрів компетенції, які вбудовані у світові ланцюги одержання додаткової вартості, налагодження стабільних диверсифікованих зв'язків зі світовими економічними центрами, що має забезпечити сталий розвиток російської економіки у довгостроковій перспективі, при тому, що необхідно враховувати й такий фактор як зростання глобальних ризиків.

Враховуючи такі амбітні цілі та завдання, важливо звернути увагу на основні принципи зовнішньоекономічної політики Росії, якими визнано: зумовленість зовнішньої економічної політики цільовими орієнтирами та пріоритетними напрямками внутрішньої економічної політики; активне забезпечення реалізації національних інтересів у зовнішньоекономічній сфері, включаючи підтримку експорту та прямих інвестицій російських компаній за кордоном, захист інтересів російського бізнесу у випадку дискримінації чи порушенні його прав; відкритість російської економіки, розширення можливостей доступу товарів, послуг, капіталів на зовнішні ринки на основі взаємності та справедливої конкуренції; передбачуваність умов залучення іноземного капіталу в Росію, встановлення чітких та зрозумілих обмежень для іноземних інвесторів щодо сфер, які мають стратегічний характер; географічна диверсифікація зовнішньоекономічних зв'язків, які забезпечують закріплення російських експортерів та інвесторів на традиційних ринках, а також освоєння нових ринків у відповідності з пріоритетами довгострокового соціально-економічного розвитку; розширення участі підприємницького співтовариства у формуванні та реалізації зовнішньоекономічної політики тощо.

В цілому в Концепції передбачено сім стратегічних напрямів зовнішньоекономічної політики Росії, які заслуговують на розкриття в системному зв'язку, однак в межах статті доцільно зосередити увагу на тому, що Росія має намір зміцнити свою роль у вирішенні глобальних питань та формуванні світового економічного порядку, що передбачає її участь у розвитку системи правил регулювання міжнародної торгівлі та інвестицій, забезпечення провідних позицій у багатосторонніх міжнародних інститутах – Групи восьми, ООН, МВФ, СОТ, ОЕСР, просування пріоритетних національних інтересів в рамках двосторонніх та багатосторонніх торговельно-економічних відносин з іноземними державами.

Реалізація усіх пріоритетних напрямів передбачає подальший розвиток інститутів зовнішньоекономічної діяльності у таких двох основних сферах:

1. Приведення інститутів формування та реалізації державної зовнішньоекономічної політики у відповідність з потребами російських суб'єктів приватного права – учасників такої діяльності з

урахуванням світової практики, що передбачає, по-перше, проведення моніторингу, кваліфікації та усунення регулятивних та адміністративних бар'єрів для розширення присутності російських компаній на глобальних ринках, сприяння у вирішенні проблем при здійсненні антидемпінгових розслідувань щодо експорту російської промислової продукції. Крім того, необхідним вбачається стимулювання наявного чи потенційно експортно-орієнтованого виробництва у пріоритетних галузях промисловості та забезпечення інтегрованого підходу до фінансової підтримки експорту. Важливим є також створення на урядовому рівні інфраструктури юридичного забезпечення участі Російської Федерації у міжнародних процедурах вирішення спорів, які пов'язані як з питаннями доступу на ринки іноземних держав, так і застосування нею заходів, які обмежують доступ іноземних компаній на російський ринок.

2. Застосування інструментів митно-тарифного та нетарифного регулювання з метою раціоналізації імпорту, що передбачає поступове зменшення значення фіскальної функції митного тарифу, звернення, за певних умов, до принципу ескалації митного тарифу. При цьому важлива роль відводиться нетарифним заходам та інструментам захисту внутрішнього ринку, спеціальним антидемпінговим чи компенсаційним заходам при здійсненні недобросовісного імпорту, де останні застосовуються у випадку неправомірного надання державами суб'єктам господарювання субсидій, з метою забезпечення конкурентних умов на ринках, що також передбачається положеннями відповідних багатосторонніх угод Світової організації торгівлі, членом якої Росія тривалий період наполегливо намагається стати та широко практикується її членами, зокрема Європейським Союзом.

Концепція-2020 реалізовуватиметься у два етапи, які відрізнятимуться за умовами, факторами та ризиками, де перший етап має забезпечити протягом 2009–2012 років реалізацію та розширення глобальних конкурентних переваг, які притаманні російській економіці, у тому числі в традиційних сферах, якими є енергетика, транспорт, аграрний сектор, переробка природних ресурсів тощо.

Узагальнюючи наведені вище окремі елементи єдиного підходу, можна висловити судження, що на концептуальному рівні Росія повертається до гео економічної доктрини довгострокового розвитку. В контексті генезису сучасного розуміння гео економіки заслугоує на підтримку позиція вітчизняного правознавця О. О. Мережка, який наголошує, що в сучасних умовах в дискусії стосовно впливу геополітики на міжнародні відносини та міжнародне право доцільніше говорити про зростаючу роль гео економічного фактору, який також здійснює вплив на розвиток міжнародного права, зокрема міжнародного економічного права. Вбачається, що в рамках гео економічної структури світу на перший план виходить не стільки військово-політична, скільки економічна міць держави та гео економічний фактор, який дедалі більше визначає зміст міжнародного правопорядку [2, с. 108].

Характеристика цього процесу як своєрідне «повернення» Росії обумовлене тим, що, як слушно зазначає О. І. Неклеса, гео економічний напрям стратегічного аналізу не одержав розвитку на рівні планування її державної політики та, значною мірою,

залишився напрямом наукових та науково-прикладних досліджень при тому, що про необхідність «переходу на гео економічну ... модель зовнішньоекономічних зв'язків» зазначалось у посланні Президента РФ до Федерального Зібрання «Про національну безпеку» 13 червня 1996 р., але на той момент вже цілком риторично.

Водночас в науці на сучасному етапі в російській гео економіці домінують дві дослідницькі моделі:

а) гексагональної конструкції глобального гео економічного універсуму О. І. Неклеси;

б) політики та стратегії підвищення конкурентно-здатності держави у новому глобальному контексті, яку розробляє Е. Г. Кочетов [3, с. 3].

У даному контексті доцільно зупинитись на цікавих для обговорення економіко-правових ідеях Е. Г. Кочетова, окремі з яких знаходять підтримку у представників й правової науки як в Росії [4, с. 8], так і в Україні [5, с. 5], який наголошує на тому, що в глобальному світі не зовнішня торгівля, а зовнішня господарська діяльність та оперування на так званому гео економічному атласі світу, де право є однією із його «сторінок» або рівнів, з метою прориву до світового доходу з використанням гео економічних та гео фінансових технологій, визначають сенс виходу в зовнішню сферу.

При цьому одним із дієвих способів уникнути колізій та небезпечних зіткнень інтересів дослідник вбачає у своєчасному правовому регулюванні економічних відносин, що передбачає здійснення пошуку оптимальних форм та методів правового регулювання в рамках гео економічного світового порядку. Ним наголошується, що правовий вимір глобального світу вимагає перегляду всієї системи правового регулювання відносин суб'єктів на світовій арені, що викликано появою нових суб'єктів світогосподарських відносин як на національному, так і наднаціональному рівнях. Йдеться про новий клас договорів, конвенцій, рамкових «законів-доктрин», які визначатимуть новий підхід до врахування інтересів всіх учасників світового виробничого циклу, а також їх відповідальності в умовах глобальної трансформації світу.

У розвиток наведеного автором виділяється п'ять аспектів, серед яких в рамках цієї статті доцільно розкрити сутність лише окремих з них. Так, в умовах розширення сфери міжконтинентального або, що синонімічно, міжкорпоративного розподілу праці, роль та місце міжнародного права при регулюванні економічних відносин підлягає суттєвому переосмисленню. Гео економічна та гео фінансова системи світового господарства трансформують зміст економіко-фінансових функцій держав та, відповідно, юридичний зміст їх політичного та економічного суверенітету, внаслідок чого при формуванні гео економічної моделі має місце створення нової моделі світової правової системи, яка опосередковує цей процес.

Зводити ці відносини виключно до права між народами – державами – означає консервувати правову модель, яка відживає, та не рахуватись з реаліями, оскільки вже безпосередньо гео економічні, гео фінансові системи формують нову світову модель права – світову глобалізовану правову систему. Відповідно, напрошується висновок: термін «міжнародне економічне право» щодо гео економіки можна замінити на термін

«геоекономічне право» або «правове регулювання геоекономічної діяльності».

Ігноруючи нові фінансово-економічні та виробничо-промислові тенденції, сучасний світовий правопорядок поступово перетворюється на «річ у собі», більше того, за останнє десятиліття склалася ситуація, в якій правознавці вбачають загрозу своїм традиційно сформованим правовим наукам внаслідок тиску з боку економіки та фінансів. Виправдання традиційних правових моделей, які породжені застарілим геополітичним розумінням світоустрою, а також самоусунення юристів від усвідомлення нових світових реалій стає небезпечним та може гальмувати включення Росії на рівних до світової глобалізованої системи. Виникають правові колізії, які перетворюють правову сферу в самодостатню систему, яка не обов'язково пов'язана із «зовнішніми» дисциплінами, вибудовується теорія та методологія права, виходячи із самого «права».

Слід зазначити, що основні правові інститути трансформуються під впливом цивілізаційної, геоекономічної систем. Основний правовий блок, який зазнає впливу цих реалій – проблеми співвідношення публічних та приватних інтересів у правовому регулюванні. Часто це виходить на стадію формування національних зовнішньоекономічних доктрин, у тому числі російської доктрини правового регулювання та світового геоекономічного права.

Геоекономічний підхід, визрівання нової цивілізаційної парадигми – неоекономічної та етноекономічної систем – диктують необхідність розробки та прийняття Кодексу світового геоекономічного порядку, що є завданням, яке може бути вирішене на міждисциплінарній основі. Це надасть змогу внести надзвичайно суттєві корективи в три яруси системи правового регулювання: національне, міжнародне та глобалізоване, геоекономічне право з особливим характером взаємодії між ними [6, с. 92].

Виходячи з онтологічного розуміння феномену геоекономіки як нової економічної геополітики, Україні необхідно враховувати, що одним з її базових постулатів є орієнтація стратегії сильної держави на здійснення зовнішньоекономічної експансії, складність та, певною мірою, об'єктивність якої виключає методологічну допустимість редуccionізму та надання їй виключно негативних оцінок. При цьому такий підхід не є суто теоретичним, оскільки небезпечні тенденції в економіці нашої держави, у тому числі у стратегічно важливих галузях, свідчать, що «мирне захоплення» частини економічного простору іншої держави може відбуватись й цілком легально в тих напрямках, формах та з урахуванням обмежень, передбачених в національному законодавстві.

У даному контексті заслугоує на підтримку позиція вітчизняних вчених, дослідження яких охоплюють

двосторонні відносини України та Росії в контексті глобальних процесів, сутність якої полягає у тому, що в геоекономічній площині програмою мінімум Росії є забезпечення прогресуючої економічної експансії з метою тісної прив'язки політики нашої держави до національних інтересів Росії, економічної залежності України, в той час як програмою максимум – встановлення контролю над економічною політикою України [7, с. 254]. Реальність такої загрози вимагає формування адекватної симетричної відповіді через удосконалення, у тому числі господарського законодавства України, що сприятиме забезпеченню економічної безпеки України та інтересів вітчизняних суб'єктів господарювання.

Підсумовуючи викладене вище, можна зазначити, що цілі та механізми, у тому числі правові, реалізації Концепції довгострокового розвитку Росії визначені з урахуванням центрального – геоекономічного вектора світового розвитку, що породжує для України нові як можливості, так і загрози, що має детермінувати формування концепції стратегічної відповіді нашої держави та системного удосконалення відповідного правового інструментарію.

Наведені концептуальні підходи щодо забезпечення економічного лідерства Росії до 2020 року знаходять подальший розвиток та конкретизацію у визначенні пріоритетів реалізації зовнішньоекономічної політики у розрізі окремих країн та регіонів, що є надзвичайно важливим для вирішення Україною зазначеного вище завдання та потребує, в силу своєї значущості, проведення окремого дослідження, яке планується здійснити у подальшому.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Мир вокруг России: 2017 Контурь недалекого будущего. – М.: Издательство «Культурная революция», 2007. – 159 с.
2. Мережко А. А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права. – К., 2002. – 192 с.
3. Неклесса А. И. Геоэкономика. – <http://www.archipelag.ru/geoeconomics>.
4. Глобализация и развитие законодательства: Очерки / Отв. ред. Ю. А. Тихомиров, А. С. Пиголкин. М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2004. – 464 с.
5. Бехруз Х. Н. Актуализация сравнительно-правовых исследований в эпоху глобализации: Открытая лекция. – Киев, Одесса, Симферополь: Институт государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины, Издательство «Логос», 2008. – Серия научно-методических изданий «Академии сравнительного правоведения». – Выпуск 13. – 24 с.
6. Кочетов Э. Г. Основные характеристики глобализационного процесса и правовое измерение мира / Э. Г. Кочетов // Журнал российского права. – 2003. – № 3. – С. 88–97.
7. Глобалізація і безпека розвитку: Монографія / О.Г. Білорус, Д.Г. Лук'яненко та ін; Керівник і наук. Ред. О.Г. Білорус. – К.: КНЕУ, 2001. – 733 с.

The article is devoted to the conceptual and legal approaches Russia's long-term economic policy in particular priorities, principles and mechanisms to become global competitive and to achieve its economic leadership till 2020 in the context of geoeconomic paradigm of the world development.

Статья посвящена рассмотрению концептуально-правовых подходов к формированию долгосрочной экономической политики России, в частности, приоритетных целей, принципов и механизмов, направленных на обеспечение ее глобальной конкурентоспособности и достижение до 2020 года экономического лидерства в контексте геоекономической парадигмы мирового развития.

ПРИВАТНОПРАВОВІ ЗАСАДИ СТАНОВЛЕННЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА: СВІТОГЛЯДНА СФЕРА БУТТЯ ЛЮДИНИ

Шевченко О. М.,

кандидат історичних наук,

провідний науковий співробітник

НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

В статті досліджуються передумови інституалізації громадянського суспільства як системи взаємодії в межах права вільних і рівноправних особистостей, їх об'єднань. Важливим джерелом неінституційних змін сучасного суспільства визнається автономна творча особистість, правова свідомість якої ґрунтується на гуманістичних (духовних, моральних) цінностях людства.

Ключові слова: особистість, правосвідомість, гуманістичні цінності, громадянське суспільство.

Первинним суб'єктом громадянського суспільства є особистість, яка, реалізуючи свої інтереси, вступає у відносини з іншими особами, а основною функціональною проблемою взаємовідносин її і суспільства є освоєння, розвиток та ствердження в процесі її життєвого шляху адекватної мотивації здійснення нею соціальнозначущих дій, в тому числі і щодо визнання вимог нормативного порядку суспільства. Ціннісні ж прихильності особистості, на яких базується мотивація її вчинків, визначально пов'язується зі світоглядною сферою буття людини. Саме тому виникає інтерес до особистості як важливого джерела неінституційних змін сучасного суспільства саме в аспекті відданості ціннісним зразкам, які безпосередньо пов'язані зі світоглядними орієнтаціями, адже, як зазначає Т. Парсонс, саме «цінності є первинні при підтриманні зразка функціонування соціальної системи. Норми переважно здійснюють функцію інтеграції: вони регулюють велику кількість процесів, які сприяють здійсненню ціннісних зобов'язань» [1].

Враховуючи останнє, сучасні процеси демократизації суспільного життя України потребують переосмислення тлумачення низки понять, які пов'язані з нормативним порядком організації соціуму, насамперед, з потребою розширити з метою гуманізації змісту поняття «право», змінивши методологію його нормативістського трактування (що зводить право тільки до норми (закону)) на методологію, загальною функціональною ідеєю якої має стати ідея множинності джерел права [2]. Характеризуючи нормативізм (легізм) як специфічну методологію минулого, М. Патеї-Братасюк зазначає, що останній «з низкою відповідних понять та принципів віднайшов дуже добротне підґрунтя в зарационалізованому, відірваному від духовного досвіду людства... мисленні радянської інтелігенції. Під впливом цієї методології в її і без того нерозвиненій правовій свідомості відбулася інволюція, тобто остаточна руйнація цієї свідомості і заміна її неправовою свідомістю або законницькою, замість правосвідомості постала законслухняність, законосвідомість. Легістсько-нормативістська методологія, ототожнюючи право з нормою, по суті, стверджує право влади на насильницьке регулювання суспільних відносин, репресивне ставлення до людини, громадянина, на заперечення її природних прав і свобод, які є невідчужуваними» [3]. Відповідне статичне мислення, зводячи право (норму) до засобу, знаряддя, з допомогою якого здійснюється регулювання суспільних відносин, відмовляє людині «в творчому, новаційному підході до

життєвих проблем, у власному вільному виборі, моральній автономії, загалом у праві бути особистістю, самотужки приймати рішення, мати власну працю, людську і громадянську гідність тощо» [3, с.91].

Становлення громадянського суспільства в Україні як системи взаємодії в межах права вільних і рівноправних особистостей, їх об'єднань, які сформувався та перебувають у відносинах між собою та державою, збалансовують індивідуальну та колективну свободу з метою досягнення консенсусу при вирішенні конкретних суспільних питань, передбачає наявність відповідних змін в суспільній правосвідомості, які б забезпечили життєдіяльність особливого типу людини, що характеризується, з одного боку, високим рівнем автономії від соціуму і держави, зокрема, а з іншого – здатністю до конструктивного діалогу з іншими особистостями заради суспільного блага. Враховуючи останнє, важливим джерелом неінституційних змін сучасного суспільства є автономна творча особистість як суб'єкт суспільних відносин, правова свідомість якої ґрунтується на гуманістичних (духовних, моральних) цінностях людства. А важливою передумовою інституалізації громадянського суспільства має стати реалізація кожної людини у сфері ціннісних уподобань, адже визнання моральної автономії особи, «усвідомлення особистості в людині говорить про її вищу природу та вище покликання» – зазначав М. Бердяєв [4]. Важко не погодитися з А. Колодій, яка, протиставляючи тезу «особа – це важливо» одному з поширених у соціалістичних суспільствах стереотипів: «маси вирішують все» або ж «система вирішує все», зазначає, «що жодну тезу не можна абсолютизувати, і кожен з нас наведе приклади коли потрібні і масові дії і системні зміни. Але шанси на успіх і тих, й інших будуть тим більшими, чим значніше буде число учасників, які знають не лише як, а й заради чого треба діяти, які мають власну систему цінностей і готові її захищати» [5].

Поважаючи духовну автономію кожної особистості, необхідно забезпечити мінімальний стандарт сучасної правової культури, що, безперечно, заперечує придушення автономної волі людини як цілісної та самостійної істоти, що бажає реалізовувати себе в соціальному середовищі та в остаточному підсумку і визначає міру свободи людини в ньому. Адже саме свобода особистості «передбачає можливість вибору певної дії, наявність у свідомості людини критеріїв, що уможливають цей вибір, а також готовності і волі нести відповідальність за свій вибір» [4, с.181], що в сукупності і характеризує автономію особистості.

Зважаючи на останнє, одним з пріоритетів сучасної української держави, що визнає перевагу приватного над публічним, має стати створення умов для реалізації права вибору кожного, гарантування приватної сфери автономії особи в світоглядній сфері, забезпечення умов для максимальної самореалізації особистості. Визнаючи людину морально-автономною особою, що не потребує зовнішньої опіки при здійсненні ціннісно-нормативного вибору, держава має забезпечити впровадження демократичних стандартів і цінностей людства на законодавчому рівні з метою створення умов як для самостійного збереження, розвитку та реалізації світоглядних (релігійних) традицій для груп (асоціацій) людей, так і окремих осіб. Адже саме особа, що здійснює своє право на самореалізацію, є основоположною умовою існування як громадянського суспільства, так і правової держави.

Світоглядна самореалізація особистості з вибору духовних цінностей і орієнтирів характеризує її окремішність, своєрідність як живої істоти, по суті становить базовий фундамент приватної сфери автономії особи в сучасному світі, адже потреба людини в життєво-смыслових основах буття, будучи її природним і невід'ємним правом, й нині залишається визначальною рисою духовного ладу особи, що ґрунтується «не лише на суб'єктивному бажанні особистості, а передусім на її природі, прагненні віднайти смисл свого життя» [6]. Самовизначаючись в житті, людина обирає конкретні світоглядні орієнтири, що, в свою чергу, актуалізує проблему необхідності законодавчого забезпечення свободи світоглядного вибору особистості, створення умов кожній людині самостійно просуватися шляхами пошуку сенсу власного життя, законодавчо забезпечуючи умови для вирішення питання взаємовпливу та взаємозалежності єдності та різноманітності варіантів моральної свідомості. Саме тому держава, надаючи пріоритетне значення в дихотомії особистість – держава правам людини, що розглядаються як самоцінність, має законодавчо забезпечити світоглядне розмаїття соціуму, встановлюючи «рівновагу між принципами демократії, правами людини і свободою совісті і релігії, з одного боку, та збереження національної, культурної, етнічної і релігійної ідентичності,

з іншого» [7]. Загалом традиційними засадами плюралістичного та справді демократичного суспільства, що мають бути втіленими в українське суспільство, мають стати: визнання абсолютної цінності людської особистості; забезпечення демократичного устрою країни і верховенства права та правового закону; визнання раціонального і морального начал природи людини та гарантування державою і суспільством невідчужуваних прав і свобод людини. Доцільно переосмислити законодавче забезпечення суспільних відносин в його аспекті гуманізації, щоб, ґрунтуючись на засадах духовного досвіду людства, забезпечити реалізацію та захист прав і свобод людини, становлення повноцінного громадянського суспільства. Саме від цього залежатиме перетворення нашої правової реальності на каталізатор подальшого суспільного розвитку або ж деградації, що вже й нині відчутно гальмує прогрес українського суспільства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Парсонс Т. Понятие общества: компоненты и их взаимодействия // www.philsci.univ.kiev.ua/biblio/par2.
2. Петришин О. Право як соціальне явище: з точки зору юриста // Трансформація політики в право: різні традиції та досвід. Матеріали міжнародної наукової конференції (9 – 12 листопада 2005 р., Київ – Харків). – Харків, 2006. – С. 27–44; Козюбра М. Правовий закон: проблема критеріїв // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2–3 (33–34). – С. 83–96.
3. Патеї-Братасюк М. Інтелектуальна реформа в правознавстві як необхідна передумова сучасного українського правового розвитку // Трансформація політики в право: різні традиції та досвід. Матеріали міжнародної наукової конференції (9–12 листопада 2005 р., Київ – Харків). – Харків: «Право», 2006. – С. 92.
4. Цит. за: Петлевич Н. Персоналістичні характеристики права // Проблеми філософії права. – Київ – Чернівці: Рута, 2008. – Т. IV-V. – С. 179.
5. Колодій А. «Ми не «маса», а суспільство особистостей» // Високий замок. – 2003. – 20 жовтня.
6. Бабій М. Проблеми свободи релігії у контексті релігійного багатоманіття в Україні // Людина і світ. – 2004. – № 5. – С. 21.
7. Див.: П. 6 Рекомендації ПАРЄ №1556 (2002).

The article contains research of the prerequisites for the institutionalization of citizen society as a system of interaction within the right of free and equal individuals, their associations. Important source of noninstitutional changes in modern society recognizes the autonomous and creative personality, the law consciousness based upon humanistic (spiritual, moral) values of humanity.

В статье исследуются предпосылки институализации гражданского общества как системы взаимодействия в границах права свободных и равноправных личностей, их объединений. Обосновывается, что важным источником неинституционных изменений современного общества является автономная творческая личность, правосознание которой основывается на гуманистических (духовных, моральных) ценностях человечества.

КОРПОРАТИВНИЙ КОНТРОЛЬ В АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВАХ: СУТЬ, ОСОБЛИВОСТІ, ЗАКОНОДАВЧІ ОБМЕЖЕННЯ

Кобецька Н. Р.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник
Лабораторії з проблем корпоративного права
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

В статті розкриваються поняття, суть, особливості корпоративного контролю, необхідність врегулювання відносин корпоративного контролю в акціонерних товариствах. На основі нових положень Закону України «Про акціонерні товариства» проаналізовано механізми регулювання відносин контролю в товаристві та його організаційно-правові обмеження, спрямовані на захист інтересів різних категорій акціонерів.

Ключові слова: корпоративний контроль, контроль в акціонерному товаристві, контрольний пакет акцій, захист інтересів міноритаріїв, придбання значного і контрольного пакета акцій, придбання акцій при їх додатковій емісії, загальні збори акціонерів.

Пріоритетною тенденцією розвитку акціонерного законодавства на сучасному етапі є посилення уваги до прав і законних інтересів акціонерів, механізмів та гарантій їх здійснення і захисту, деталізація їх правового статусу. В Україні така тенденція остаточно зміцнилась з прийняттям Закону України «Про акціонерні товариства» [1], чи не головним завданням якого став захист прав акціонерів, унеможливлення чи хоча б зменшення кількості рейдерських захоплень.

Загальновідомо, що володіння акціями передбачає набуття відповідних корпоративних прав, причому загальний обсяг прав акціонерів визначається кількістю належних їм акцій. Як зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва, принципи корпоративного управління ґрунтуються на рівності прав акціонерів. Втім, маючи формально рівні права, що надаються акціями, акціонери нагромаджують різні можливості їх реалізації залежно від пакета акцій, які їм належать [2, с. 4].

Питання правового статусу мажоритарних та міноритарних акціонерів, захисту прав останніх, набуття та використання акціонерами свого пакета акцій, насамперед контрольного, є предметом аналізу практично всіх наукових досліджень в галузі корпоративних відносин і висвітлюються в працях І. В. Спасибо-Фатєєвої, О. М. Вінник, В. М. Кравчука, О. Р. Кібенко, І. А. Селіванової. Суміжні проблеми концентрації акціонерного капіталу, пов'язані з поглинанням компаній та актуальним питанням рейдерства, також стали предметом аналізу сотні наукових та публіцистичних праць останніх років. Аналіз проблем корпоративного контролю і набуття контрольного пакета акцій здійснювався в низці дисертаційних дослідженнях представників юридичної та економічної наук (А. Б. Педько, В. В. Рябота, О. М. Переверзєв та ін.)

Ця стаття має на меті систематизувати наявні дослідження та теоретично окреслити суть, особливості, необхідність врегулювання відносин корпоративного контролю в акціонерних товариствах, правові механізми реалізації контролюючого статусу та його організаційно-правові обмеження з урахуванням нових положень Закону України «Про акціонерні товариства».

Поняття контролю застосовується при характеристиці однієї з функцій державного управління, що полягає у забезпеченні дотримання певними суб'єктами вимог

законодавства у відповідній галузі. Власне, корпоративний контроль (контроль над корпорацією, акціонерним товариством, суб'єктом господарювання взагалі) не тотожний, хоч і сутнісно відповідає загальному розумінню контролю. Найчастіше в українсько-російському слововжитку термін «контроль» використовується також не лише у значенні «перевірка», а й «управління», тобто «контролювати» – це «перевіряти» чи «управляти». Корпоративний контроль забезпечує певною мірою управління, панування над корпорацією. Як зазначає О. С. Гутін, «суть корпоративного контролю в принципі нічим не відрізняється від суті будь-якого іншого контролю. Адже контроль є не що інше як певна управлінська діяльність...» [3, с. 21].

Законодавче визначення контролю над господарюючим суб'єктом (юридичною особою) знайшло закріплення в законах України «Про захист економічної конкуренції», «Про банки і банківську діяльність», «Про оподаткування прибутку підприємств» та, в кінцевому рахунку, в новому Законі України «Про акціонерні товариства». В ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства» контроль визначено як вирішальний вплив або можливість здійснення вирішального впливу на господарську діяльність суб'єкта господарювання, що здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною частиною, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування та прийняття рішень органами управління суб'єкта господарювання, а також вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління суб'єкта господарювання. Контроль над акціонерним товариством, як зазначається в літературі, знаходить свій вияв у двох близько пов'язаних між собою можливостях: змозі формувати органи юридичної особи та впливати на розпорядження належним їй майном [4, с. 87].

У науковій економічній та юридичній літературі присутні авторські визначення корпоративного контролю [3, с. 10; 5, с. 10], які (за винятком окремих, що розглядають контроль лише в рамках внутрішньокорпоративного управління і взаємодії органів управління товариством [6, с. 5]), як і законодавчі, зводяться до кінцевої можливості отримання вигоди від діяльності товариства через вплив на прийняття тактичних і стратегічних рішень.

Заглиблюючись в сутність корпоративного контролю, слід зауважити, що в згаданому випадку це контроль не «зі сторони», а «з середини», який впливає безпосередньо з володіння активами, майном суб'єкта. Причому в приватних підприємствах, де є єдиний власник, питання контролю та необхідність його регулювання чи тим більше обмеження взагалі не стоїть, адже само собою зрозуміло, що контролюючий єдиний власник самостійно розпоряджається своїм майном, визначає та скеровує господарську діяльність створеного ним підприємства. Саме акціонерна, корпоративна власність породила корпоративний контроль, причому в негативному його значенні, та зумовила необхідність регулювання й обмеження контролюючого статусу. Фактично загальний обсяг прав акціонера визначається кількістю належних йому акцій і є ефективним за умови концентрації акціонерного капіталу. При цьому зацікавленість в придбанні контрольного пакета акцій та встановленні контролю над товариством є вирішальним фактором вкладення інвестицій. С. С. Алексєєв, аналізуючи акціонерну власність та обґрунтовуючи відхід власності в цьому випадку від її речової природи, зазначає, що нерідко в зміст права власності поряд з відомими трьома правомочностями, в одному порядку з ними включаються ще й інші, насамперед правомочність управління, яка розуміється як засноване на правомочності розпорядження право власника будувати і здійснювати на власний розсуд цілеспрямоване керівництво всіма підрозділами даної компанії чи товариства, їх функціонуванням в цілому [7, с. 105]. У зв'язку з акціонуванням виникають особливі процеси і тенденції, серед яких С. С. Алексєєв виділяє можливість оволодіння домінуючими власниками акцій повним контролем над майном товариства, коли, зокрема, власник контрольного пакета акцій фактично стає власником всього майна товариства [7, с. 104]. Вигоди контролюючого становища беззаперечні і включають як оперативні можливості, пов'язані з розпорядженням прибутком та встановленням вигідних економічних зв'язків з третіми суб'єктами, так і стратегічні, які теж аналізуються в науковій літературі [8].

Умови, форми, моделі та конкретні механізми здійснення корпоративного контролю детально розроблені в науковій літературі та передбачають різні його види. При цьому корпоративний контроль прямо пов'язується з володінням контрольним пакетом акцій. В ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства» встановлено критерії визначення поняття «контрольний пакет акцій» – пакет із 50 і більше відсотків простих акцій акціонерного товариства. Однак однозначне розуміння контрольного пакета акцій, прив'язане до конкретної кількості акцій, не завжди визначає контрольне становище, навіть для забезпечення кворуму на загальних зборах потрібно 60 % голосуючих акцій. Така конкретна прив'язка до кількості акцій, з одного боку, забезпечує чіткість для правозастосування, а з іншого – сутісно не охоплює всі реальні випадки встановлення контролю, які залежать від багатьох чинників. Як зазначається в сучасному економічному словнику: «Контрольний пакет акцій – кількість акцій, що дають акціонеру можливість здійснювати вирішальний вплив на діяльність акціонерного товариства. Теоретично він повинен становити 50 % плюс

одна акція. Практично буває достатньо набагато меншого числа. Зафіксовано випадки, коли володіння 10 % акцій забезпечувало повний контроль за діяльністю товариства. Пояснюється це такими обставинами: а) ступенем «розпиленості» акцій серед володільців; б) структурою випущених акцій (співвідношенням «голосуючих» і «безголосих» акцій); в) пасивністю чи активністю акціонерів в діяльності товариства (участь в загальних зборах акціонерів) [9]». На сьогодні в юридичній та економічній літературі можна знайти детально класифіковані ступені, моделі корпоративного контролю залежно від розміру пакета акцій, яким володіє акціонер, та інших умов, з виділенням абсолютного, кворумного, блокуючого та інших видів контролю, а також з детальним аналізом підстав їх набуття [10–12]. Слушним видається висновок, обґрунтований в дисертаційному дослідженні В. В. Ряботи, про недоцільність визначення ознак контрольного пакета акцій через вказівку на певний розмір пакета акцій і пропозицію визначити контрольний пакет акцій як кількість акцій, яка надає акціонеру можливість здійснювати контроль над товариством [13, с. 9].

Слід зазначити, що, визначаючи поняття «контроль» в ст. 2, Закон не оперує ним в подальшому, чітко не визначає сферу його дії, пов'язуючи його фактично з одним аспектом – придбанням значного і контрольного пакета акцій. Ст. 64 Закону встановлює обов'язок осіб, що мають намір придбати значний пакет акцій, подати товариству письмове повідомлення про свій намір не пізніше, ніж за 30 днів до дати придбання та оприлюднити його. Хоча товариство не має права вживати заходів до перешкоджання, але, з іншого боку, – володіючи інформацією, воно в змозі підготуватися до можливого перерозподілу контролю. Разом з тим суб'єктам, які придбавають акції товариства, перевищивши перший раз 10 % поріг придбання акцій, в подальшому прийдеться щоразу при придбанні наступної кількості акцій слідувати процедурі, визначеній ст. 64 Закону. Стаття 65 Закону встановлює обов'язок власників контрольного пакета акцій запропонувати всім акціонерам викупити у них прості акції товариства, що теж є важливим механізмом захисту прав власників не контрольного пакета акцій. Однак Законом не встановлено прямих санкцій за невиконання згаданих обов'язків.

Законодавство деяких держав, зокрема Росії, закріплює право акціонера, який придбав понад 95 % акцій товариства, вимагати у міноритарних акціонерів продати належні їм акції, а якщо вони не відповіли на пропозицію – автоматично списати ці акції з їх особових рахунків на користь контролюючого акціонера. Така норма викликає різні думки: від схвалення – як механізму, що протидіє корпоративному шантажу та можливості позбутися «мертвих душ» [14, с. 352], до несприйняття – через порушення при цьому прав акціонерів і фактично примусове позбавлення їх акцій [15, с. 153–154]. Українське законодавство на сьогодні не сприйняло такого положення.

Аналіз норм Закону України «Про акціонерні товариства» дає можливість визначити й інші, встановлені ним обмеження, механізми регулювання відносин контролю в товаристві, спрямовані на захист в таких відносинах насамперед прав міноритаріїв та недопущення

здіяння недобросовісних методів встановлення контролю, рейдерських захоплень. Ось деякі з них:

– раніше закріплена в ЦК України і визначена в ст. 20 Закону України «Про акціонерні товариства» норма про обмеження частки привілейованих акцій в розмірі статутного капіталу акціонерного товариства, що не може перевищувати 25 %, а також збільшення в значному обсязі прав власників привілейованих акцій в управлінні акціонерним товариством та залучення їх до голосування з низки важливих питань (ст. 26 Закону);

– переважне право існуючих акціонерів на придбання акцій при їх додатковій емісії, гарантоване ст. 27 Закону України «Про акціонерні товариства», при чому пропорційно частці належних їм простих акцій у загальній кількості простих акцій, про що товариство зобов'язане письмово повідомити акціонерів не пізніше як за 30 днів до початку їх розміщення. Такий принцип пропорційності дає можливість збереження ступеня контролю в товаристві [15, с. 104-105]. Також слід звернути увагу на те, що ч. 4 цієї статті закріплює право Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку, у разі порушення товариством встановленої процедури, прийняти рішення про визнання емісії недобросовісною та зупинення розміщення акцій цього випуску;

– низка процедурних положень щодо порядку проведення загальних зборів товариства, які унеможливають фальсифікацію скликання та встановлення результатів зборів, як і можливості маніпулювати підвідомчістю при ініційованні судових справ, а саме, правило про проведення загальних зборів за місцезнаходженням товариства (ч. 2 ст. 35 Закону), використання бюлетенів при голосуванні з особистим підписом акціонера (ст. 43 Закону), прийняття рішення по важливих питаннях діяльності більш як $\frac{3}{4}$ голосів акціонерів загальної їх кількості (ч. 5 ст. 42 Закону) тощо;

– значна кількість положень, спрямованих на врахування інтересів міноритаріїв, і цим самим обмеження використання рейдерами саме міноритаріїв та їх акцій для проникнення в товариство, як, наприклад, запровадження кумулятивного голосування при обранні членів наглядової ради (ст. 53 Закону), коли, звичайно, при узгодженості позицій та концентрації голосів міноритарними акціонерами, вони реально в змозі отримати місця в наглядовій раді; визначення випадків і порядку обов'язкового викупу акціонерним товариством акцій на вимогу акціонерів за ціною, не нижчою їх ринкової вартості (ст. 68, 69 Закону); врегулювання, за умови закріплення в статуті, переважного права на придбання акцій, що продаються акціонерами приватного товариства, яке не поширюється лише на випадки переходу права власності на цінні папери в результаті їх спадкування чи правонаступництва (ст. 7 Закону). Щоправда, Закон в регулюванні останнього положення чітко говорить про продаж акцій, а не будь-яке відчуження, як, зокрема, дарування акцій як форму відчуження, яку широко використовують рейдери при одержанні акцій приватних (закритих) акціонерних товариств;

– детально виписана процедура прийняття рішень про вчинення значних правочинів та правочинів, щодо вчинення яких є заінтересованість (ст. 70–72 Закону), спрямована на недопущення сумнівних операцій з активами товариства всупереч інтересам насамперед самого товариства.

Як бачимо, ціла низка нових положень Закону України «Про акціонерні товариства» щодо організації ключових питань управління та використання основних майнових фондів виписана в рамках врегулювання контролю та контролюючого статусу акціонерів товариства з метою забезпечення реального врахування інтересів різних груп акціонерів, насамперед міноритаріїв. Ефективність норм Закону визначиться в процесі їх застосування. Але не слід забувати, що і дрібні акціонери часто недобросовісно використовують свої права, блокують роботу товариства, через них діють рейдери, скуповуючи акції та отримуючи доступ до інформації. Тому, захищаючи права дрібних акціонерів, держава має пам'ятати і про інтереси великих реальних інвесторів, які на відміну від більшості сучасних псевдоінвесторів, що отримали контроль над корпораціями в результаті сумнівних приватизаційних процесів і націлені лише на «викачування» з них коштів, спрямовані на вкладення власних інвестицій та цілком об'єктивно зацікавлені у встановленні контролю над суб'єктом інвестицій, а також про необхідність формування розвинутого ринку цінних паперів та усунення ситуації, коли покупці спрямовують свої погляди лише на контрольні (майже абсолютно) пакети акцій. Надзвичайно важливим є забезпечення і реалізація збалансованих механізмів захисту різних категорій акціонерів, врахування глибинної сутнісної природи інтересів мажоритарних і міноритарних акціонерів, впровадження розумної системи стримувань і противаг з метою забезпечення інтересів акціонерного товариства в цілому.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 50–51. – Ст. 384.
2. Спасибо-Фатеева І. В. Захист інтересів міноритаріїв та сторонніх осіб у корпоративних правовідносинах // Юридична газета. – №18 (54). – 29 вересня 2005 року. – С. 4.
3. Гутин А. С. Корпоративний контроль в акціонерних обществах и его правовые формы: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Гутин Александр Семенович; [Перм. гос. ун-т, каф. гражд. права и процесса]. – М.: РБД, 2005. – 31с.
4. Бочарова О. Поглинання акціонерного товариства шляхом придбання контрольного пакета акцій // Юридична Україна. – 2009. – № 3. – С. 87–91.
5. Педько А. Б. Обґрунтування економіко-організаційних передумов ефективного функціонування акціонерних товариств: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. екон. наук: спец. 08.06.01/ Педько Андрій Борисович. – Дніпропетровськ, 2004. – 25 с.
6. Переверзев О. М. Господарсько-правове забезпечення корпоративного контролю в акціонерних товариствах: автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.04/ Переверзев Олександр Миколайович. – Донецьк, 2004. – 25 с.
7. Алексеев С. С. Право собственности. Проблемы теории / С. Алексеев. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2008. – 240 с.
8. Педько А. Б. Наука поглотить или Ликбез для рейдеров // Киевский телеграф. – № 37. – 12–18 сентября 2008 г.
9. Экономический словарь [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://abc.infombureau.com/html/eiiodieuiue_jaeao_aeoe.html. – Загл. с экрана.

10. Долгопятова Т. Г. Модели корпоративного контролю на российских предприятиях (опыт эмпирического анализа) // Мир России. – 2001. – № 3. – С. 121–137.

11. Смитюх А. Арифметика корпоративного контроля: о классификации степеней корпоративного контроля в акционерных обществах // Юридическая практика. – №7 (582). – 17.02.09.

12. Степанов Д. Пороги корпоративного контроля // Слияния & поглощения. – 2009. – № 6 (76). – С. 49 – 54.

13. Рябота В. В. Реалізація прав акціонерів при злитті, приєднанні та поглинанні акціонерних товариств в Україні: автореф.

дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 / Рябота Владислава Володимирівна. – Київ, 2008. – 20 с.

14. Кібенко О. Р. Європейське корпоративне право на етапі фундаментальної реформи: перспективи використання європейського законодавчого досвіду у правовому полі України / О. Р. Кібенко. Серія «Юридичний радник». – Х.: Страйк, 2005. – 432 с.

15. Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: Монографія / В.М. Кравчук. – Львів: Край, 2009. – 464с.

The article opens up the concept, essence and features of the corporate control and necessity of the legal regulation of the corporate control relations in the joint-stock companies. The research is based on a new Ukrainian law named «About the joint-stock companies» provisions. The author analyses the adjusting mechanisms of the control relations in the joint-stock company and their organizational and legal limitations directed to protect the interests of the different categories of the shareholders.

В статті розкриваються поняття, сутність, особливості корпоративного контролю, необхідність урегулювання відносин корпоративного контролю в акціонерних обществах. На основі нових положень Закону України «Об акціонерних обществах» проаналізовані механізми регулювання відносин контролю в обществе и его организационно-правовые ограничения, направленные на защиту интересов разных категорий акционеров.

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИКІНЦЕВИХ ТА ПЕРЕХІДНИХ ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО АКЦІОНЕРНІ ТОВАРИСТВА»

Саракун І. Б.,

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
Лабораторії корпоративного права
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

Хлопан В. Б.,

начальник Івано-Франківського територіального управління ДКЦПФР

В період дії прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про акціонерні товариства» на українського законодавця покладесть завдання протягом піврічного терміну привести низку нормативних та відомчих актів відповідно до вимог Закону. Разом з цим акціонерні товариства у встановлені строки повинні здійснити певні дії для переходу до принципово нових правил своєї діяльності. У статті розглядаються проблемні аспекти, пов'язані із цим процесом; аналізуються недоліки правового забезпечення, а також виявляються практичні проблеми щодо впровадження цього Закону.

Ключові слова: Закон, прикінцеві та перехідні положення, дематеріалізація, акції, знерухомилення, строки.

Акціонерні товариства – один із поширених видів господарських товариств в Україні, які сьогодні перебувають на складному етапі сприйняття нових правил своєї діяльності. Перехід до Закону України «Про акціонерні товариства» (далі – Закон) [1] вимагає від них проведення значної за обсягом роботи щодо реалізації всіх наведених у його «Прикінцевих та перехідних положеннях» процедур; а постійні зміни до нормативних та відомчих актів вносять свої корективи у стабільну діяльність цих товариств.

Державна комісія з цінних паперів і фондового ринку (далі – ДКЦПФР) 17.02.2009 р. затвердила Роз'яснення «Щодо порядку застосування окремих положень Розділу XVII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про акціонерні товариства» у зв'язку із набранням ним чинності» (далі – Роз'яснення) [2]. У них прописано положення щодо приведення діяльності відкритого акціонерного товариства (далі – ВАТ) та закритого акціонерного товариства (далі – ЗАТ) відповідно до вимог цього Закону. Відповідно до Роз'яснення акціонерним товариствам необхідно здійснити такі дії:

а) внести зміни до статуту товариства шляхом викладення статуту у новій редакції, які, в тому числі, передбачають зміни найменування акціонерного

товариства з відкритого/закритого акціонерного товариства на публічне/приватне акціонерне товариство, а також виконання всіх інших вимог Закону України «Про акціонерні товариства» у статуті товариства;

б) привести внутрішні документи товариства відповідно до вимог Закону, а також нової редакції статуту товариства.

Щодо правильності вибору типу товариства: публічного чи приватного, то формально згідно зі ст. 5 Закону чисельність акціонерів приватного АТ не може перевищувати 100 осіб. Якщо кількість осіб більша – воно буде вважатися публічним. При одночасному бажанні товариства залишатися приватним, виходом із ситуації може бути викуп акцій у міноритарних акціонерів. У такий спосіб мажоритарні акціонери зможуть збільшити свої пакети акцій і зменшити кількість акціонерів. Причому мажоритаріям чи не в останнє надається можливість здійснити укрупнення пакетів акцій без інформування про це інших акціонерів і товариства, що вже передбачено ст.7 нового Закону.

Для виконання цих пунктів Роз'яснення ДКЦПФР своїм рішенням від 30.12.2009 № 1638 затвердила Положення про порядок заміни свідоцтва (свідоцтв) про реєстрацію випуску (випусків) емісійних цінних паперів у

зв'язку зі зміною найменування акціонерного товариства (далі – Положення про заміну свідоцтва) [3], у главі 2 якого наводиться перелік усіх необхідних для цього документів (включаючи їх форму). Його дія поширюється на публічні та приватні акціонерні товариства, загальні збори акціонерів яких прийняли рішення про внесення змін до статуту товариства, пов'язаних зі зміною найменування, а також на відкриті та закриті акціонерні товариства, загальні збори акціонерів яких прийняли рішення про внесення змін до статуту товариства, які, зокрема, передбачають зміну найменування акціонерного товариства з відкритого та закритого акціонерного товариства на публічне акціонерне товариство або з відкритого та закритого акціонерного товариства на приватне акціонерне товариство, у разі якщо загальна сума випуску (випусків), вид, тип, клас (класи), номінальна вартість, кількість, форма існування емісійних цінних паперів, свідоцтво (свідоцтва) про реєстрацію випуску (випусків) яких підлягає (підлягають) заміні, залишаються незмінними.

Разом з цим запізніле прийняття ДКЦПФР зазначеного роз'яснення може мати своїм наслідком порушення встановлених законодавством строків (2 р.) щодо виконання передбачених Законом дій. До переліку документів, які подаються до ДКЦПФР для заміни свідоцтва, включено протокол загальних зборів (його копія або виписка) з питання затвердження змін до статуту товариства. Враховуючи, що перелік та форма всіх необхідних для цього документів затверджені Мін'юстом України лише 09. 02. 2010 р., а встановлений Законом строк для реалізації прикінцевих та перехідних положень закінчується 30 квітня 2011 р., всі необхідні рішення щодо внесення змін до статуту доцільно було б прийняти на загальних зборах ще у 2009 р.

З іншого боку, ситуація ускладнюється й тим, що здійснити дематеріалізацію акцій акціонерні товариства повинні до моменту заміни свідоцтва про реєстрацію випуску іменних акцій документарної форми існування на свідоцтво про реєстрацію випуску акцій у бездокументарній формі існування. Вказана процедура передбачає виконання цілої низки дій емітентами (про які йтиметься далі). Тому відкладати прийняття рішення про дематеріалізацію також не потрібно, адже виконати всі необхідні дії щодо дематеріалізації випусків емітенти зобов'язані до 30.10.2010 р.

Із цим процесом тісно пов'язане питання діяльності зберігачів. Справа в тому, що кількість акціонерних товариств з документарною формою існування акцій в Україні становить близько 30 тисяч. Число ліцензованих торговців-зберігачів – 250. Кількість сертифікованих фахівців у більшості зберігачів не перевищує трьох. Як правильно зазначає С. Ямпольський, «прогнозується підйом ринку виконання робіт зі знерухомилення випусків акцій для зберігачів, що призведе до певних труднощів і здорожчання їх праці» [4].

Незалежно від виду існуючих товариств (ВАТ чи ЗАТ) законодавець надав можливість їх вибору (публічне чи приватне). Цією нагодою мали б скористатися ті акціонерні товариства, які мають бажання змінити тип товариства. Адже приведення діяльності ВАТ та ЗАТ у відповідність з вимогами Закону України «Про акціонерні товариства» не потребує застосування процедури припинення акціонерного товариства, а згідно з п.7 «Прикінцевих та

перехідних положень» акціонерні товариства звільняються від сплати реєстраційного збору під час реєстрації змін до статуту товариства або статуту в новій редакції у зв'язку з приведенням його у відповідність із цим Законом.

Однак законодавець не врахував, що окрім статутів, у зв'язку із зміною найменування, потребують заміни ще безліч дозвільних документів та актів. Це, приміром, ліцензії, дозволи, земельні документи тощо, плати за заміну яких ніхто не скасовував. Тому на практиці процедура щодо переходу акціонерних товариств у публічні чи приватні буде набагато складнішою, тривалішою та дорожчою.

Позатим, багато керівників та власників акціонерних товариств, де кількість акціонерів перевищує 10, бачать перспективу у зміні організаційно-правової форми шляхом перетворення у ТзДВ (ТОВ обмежує кількість учасників до 10). Однак і тут постає питання щодо плати за дозвільні документи у зв'язку з їх заміною. Крім того, нез'ясовано залишається доля так званих «мертвих душ», тобто учасників АТ, місцезнаходження яких невідомо, які виїхали за кордон чи померли тощо.

Приведення статутів та інших внутрішньокорпоративних актів акціонерного товариства відповідно до вимог Закону ускладнюється відсутністю типових примірників цих документів. Справа в тому, що ані в Законі, ані в жодному відомчому акті ДКЦПФР не йдеться про розробку типових статутів (публічного та приватного акціонерного товариства) та положень. Виходить, що акціонерні товариства самі повинні були зрозуміти та врахувати цілу низку нових, запропонованих Законом правил щодо створення, діяльності, реорганізації та припинення АТ і затвердити їх на загальних зборах. І, знову ж таки, зробити це необхідно вчасно, а саме: не пізніше ніж протягом двох років з дня набрання чинності цим Законом. Адже, починаючи вже з 30.04.2011 р. та згідно з «Прикінцевими та перехідними положеннями» будь-який акціонер акціонерного товариства, статут якого не приведено у відповідність із нормами цього Закону, має право звернутися до суду з позовом про приведення статуту товариства у відповідність із цим Законом. Принагідно зазначимо, що не просте завдання покладено й на самих акціонерів, які повинні своєчасно ознайомитися із цілим пакетом локальних актів для внесення пропозицій до них.

Основною проблемою для акціонерних товариств, як уже зазначалося, стало тривале прийняття Положення про заміну свідоцтва. Тож регулятор і сам не впорався зі своєчасним виконанням своїх завдань. Тому, на нашу думку, говорити про звернення акціонерів до суду ще зарано. Та й сам механізм застосування санкцій залишається незрозумілим, через недосконалість правового регулювання. Про яку ж тоді відповідальність товариств за позовом акціонера може йтися?

Починаючи з 30.04.2011р. всім акціонерним товариствам необхідно виконувати всі вимоги Закону в повному обсязі, крім ч. 2 ст. 20 щодо виключно бездокументарної форми існування акцій, яка вступає в дію з 30.10.2010 р. Відповідно, з цього моменту облік акцій повинен вестися не у реєстраторів, а на рахунках у цінних паперах у зберігачів, що мають ліцензію на здійснення депозитарної діяльності.

Зміни до Положення про порядок переведення випуску іменних цінних паперів у бездокументарну

форму, затверджені Рішенням ДКЦПФР 29.08.2008 № 955 [5] (далі – Зміни), вносять доповнення пунктами 1.11 та 1.12 такого змісту:

«1.11. При переведенні випуску іменних акцій документарної форми існування у бездокументарну форму існування емітент повинен здійснити такі дії:

– прийняти рішення про переведення випуску іменних акцій документарної форми існування у бездокументарну форму існування (рішення про дематеріалізацію);

– укласти договір про обслуговування емісії з обраним відповідно до вимог цього Положення депозитарієм, який буде обслуговувати випуск акцій, який дематеріалізується, та договір про відкриття рахунків у цінних паперах із обраним відповідно до вимог цього Положення зберігачем, у якого емітент відкриває рахунки в цінних паперах власникам акцій випуску, що дематеріалізується;

– опублікувати в одному з офіційних друкованих видань ДКЦПФР повідомлення про дематеріалізацію та повідомити про це персонально кожного власника, зареєстрованого в реєстрі власників іменних цінних паперів, випуску, що дематеріалізується, способом, визначеним при прийнятті рішення про дематеріалізацію;

– здійснити в ДКЦПФР заміну свідоцтва про реєстрацію випуску іменних акцій документарної форми існування на свідоцтво про реєстрацію випуску акцій у бездокументарній формі існування;

– забезпечити припинення обслуговування випуску акцій документарної форми існування у реєстроутримувача в системі реєстру власників іменних цінних паперів за цим випуском;

– забезпечити передачу реєстру власників іменних цінних паперів та переведення обліку прав власності на акції у бездокументарній формі до зберігача;

– забезпечити відкриття зберігачем рахунків у цінних паперах власникам іменних цінних паперів випуску, що дематеріалізується.

1.12. Емітент повинен не пізніше 10 (десяти) календарних днів від дати прийняття рішення про дематеріалізацію опублікувати повідомлення про дематеріалізацію випуску в одному з офіційних друкованих видань ДКЦПФР, а також персонально повідомити про дематеріалізацію випуску кожного власника, зареєстрованого у реєстрі власників іменних цінних паперів випуску, що дематеріалізується, способом, визначеним при прийнятті рішення про дематеріалізацію».

Рішення про дематеріалізацію приймається загальними зборами акціонерного товариства і оформлюється протоколом за встановленими у цьому пункті правилами.

Не пізніше 30 (тридцяти) календарних днів від дати прийняття рішення про дематеріалізацію емітент повинен

здійснити дії щодо заміни свідоцтва про реєстрацію випуску іменних акцій документарної форми існування на свідоцтво про реєстрацію випуску акцій у бездокументарній формі.

Отже, дематеріалізація – найбільш тривалий процес. Вона прямо залежить від кількості акціонерів. В Україні налічується чимало товариств із кількістю понад 1000 акціонерів. Тому і їх більш логічно було здійснити минулого року. Але, як бачимо, і тут існують проблеми із строками, оскільки ДКЦПФР, очевидно, розраховувала на швидше прийняття Положення про заміну свідоцтва. Із цього випливає, якщо минулого року акціонерні товариства прийняли рішення про дематеріалізацію, вони вже давно повинні були здійснити його заміну (30 днів від дати прийняття рішення), хоча самого Положення на той момент ще не існувало. Тож актуальним залишається й питання про чинність самого рішення, прийнятого на минулорічних загальних зборах.

Підсумовуючи наведене, зазначимо, що довготривала фінансова нестабільність та політичні процеси, що протікають в Україні, аж ніяк не сприяють забезпеченню необхідного для впровадження Закону України «Про акціонерні товариства» правового регулювання. Тож, судячи з усього, строки, зазначені у його прикінцевих та перехідних положеннях, повинні бути продовженими. Законодавець не врахував ще цілу низку проблем, пов'язаних із переходом до нового Закону. Тому на сьогодні він ще не працює, хоча й набрав чинності 29.04.09 р. Наслідком цього стали великі проблеми (в першу чергу фінансові, організаційні та виробничі) для самих товариств, які повинні вчасно та адекватно реагувати на всі зміни, продиктовані реаліями часу, та вміти попереджувати їх.

Список використаної літератури:

1. Закон України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р. // Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.
2. Роз'яснення ДКЦПФР «Щодо порядку застосування окремих положень Розділу XVII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону «Про акціонерні товариства» у зв'язку із набранням ним чинності» від 17.02.09 р.
3. Рішенням ДКЦПФР від 30.12.2009 № 1638 «Про затвердження Положення про порядок заміни свідоцтва (свідоцтв) про реєстрацію випуску (випусків) емісійних цінних паперів у зв'язку зі зміною найменування акціонерного товариства». – Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 9 лютого 2010 р. за № 145/17440.
4. Янпольський С. Як жити з новим Законом «Про акціонерні товариства» // pravda.com.ua.
5. Рішення ДКЦПФР «Про затвердження Положення про порядок переведення випуску іменних акцій документарної форми існування у бездокументарну форму існування» від 30.06.2000 р. (із змінами, внесеними згідно з Рішеннями ДКЦПФР від 29.08.2008 р.).

In the period of action of the final and transitional Law provisions «About joint-stock companies» a task during a half-year term to drive the row of normative and department acts to accordance with the requirements of Law depends upon the Ukrainian legislator. Next to that joint-stock companies, in the set terms, must carry out certain actions for passing to the on principle new rules of the activity. Problem aspects, related to this process, are examined in this article; the lacks of the legal providing are specified, and also the row of practical problems appears in relation to introduction of this Law.

В период действия заключительных и переходных положений Закона Украины «Об акционерных обществах» на украинского законодателя возлагается задача в течение полугодового срока привести ряд нормативных и ведомственных актов в соответствие с требованиями Закона. Вместе с тем акционерные общества в установленные сроки должны осуществить определенные действия для перехода к принципиально новым правилам своей деятельности. В данной статье рассматриваются проблемные аспекты, связанные с этим процессом; анализируются недостатки правового обеспечения, а также проявляются практические проблемы относительно внедрения данного Закона.

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЩОДО ВИКОРИСТАННЯ ТЕХНОЛОГІЙ ТА НОУ-ХАУ

Вінник О. М.,

доктор юридичних наук, професор,
головний науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України.

Стаття присвячена проблемам використання технологій і ноу-хау у сфері економіки та шляхам вдосконалення правового регулювання цих відносин.

Ключові слова: інновації, технології, ноу-хау, вдосконалення правового регулювання.

Технології та ноу-хау (насамперед, як секрети виробництва) супроводжують суспільство протягом всієї його історії, однак лише впродовж останнього століття вони набули особливого значення, ставши важливим товаром і рівночасно – обов’язковою складовою виробництва інших, більш традиційних товарів у формі речей.

Технологія (від грецьк. *τέχνη* – мистецтво, майстерність, уміння; ін. – грецьк. *λόγος* – думка, причина; методика, спосіб виробництва) – комплекс організаційних заходів, операцій і прийомів, спрямованих на виготовлення, обслуговування, ремонт і/або експлуатацію виробу з визначеною якістю й оптимальними витратами і обумовлених поточним рівнем розвитку науки, техніки й суспільства в цілому [1]. Нерідко поняття *технологія* (technology) ототожнюють з ноу-хау (*Know How*), що зумовлено наявністю і в першому, і в другому понятті *інформації* про вищезгадані заходи, операції, прийоми тощо, яка фіксується у відповідних документах (проте ця інформація має різні характеристики).

Найчастіше поняття технологій законодавцем використовуються в ракурсі інноваційної діяльності як результат *інтелектуальної діяльності*, сукупність систематизованих наукових знань, технічних, організаційних та інших рішень про перелік, строк, порядок та послідовність виконання операцій, процесу виробництва та/або реалізації і зберігання продукції, надання послуг [3, ст. 1]. Розрізняють також політичні технології, управлінські технології, технології морального плану (кодекси честі/етики тощо), інформаційно-комунікативні технології/ІСТ (сукупність методів, виробничих процесів і програмно-технічних засобів, інтегрованих з метою збирання, обробки, зберігання, поширення, відображення і використання інформації в інтересах її користувачів [2]), у сценічному мистецтві технологія виконання спектаклів, п’єс, зйомки кінофільмів описуються сценарієм. До технології зміни суспільної думки застосовується термін Пі-ар (від англ. PR – Public Relations – зв’язок із широкою громадськістю), що найчастіше сприймається громадськістю як рекламна/інформаційна акція [1].

Отже, поняття технології використовується в широкому розумінні і вузькому – стосовно певних сфер суспільного буття, в тому числі сфери господарювання/підприємництва (саме технологіям, що застосовуються у цій сфері, законодавець приділяє найбільше уваги, про що свідчить прийнятий 2006 р. Закон України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» [3]).

Ноу-хау – це відомості виробничого, організаційного, економічного чи іншого характеру (в тому числі результати інтелектуальної діяльності в науково-технічній

сфері, інформація про способи здійснення професійної діяльності), які мають реальну або потенційну комерційну цінність завдяки їх невідомості третім особам і у зв’язку з цим охороняються їх володільцями в режимі комерційної таємниці [4; 5, абз. 2 ст. 2].

Обов’язковою складовою (а часом – єдиною) будь-якої технології та ноу-хау є інформація про систему заходів, рішень, що забезпечують настання відповідного ефекту – (1) виробництва інноваційної продукції, (2) забезпечення оптимального управління підприємницькою організацією з мінімізацією загрози зриву прийняття та/або реалізації необхідних рішень і пов’язаних з цим конфліктів, (3) реалізації інвестиційного проекту тощо.

Актуальність проблем, пов’язаних з правовим регулюванням створення, передання та застосування технологій і ноу-хау, зумовлена низкою факторів, зокрема:

– важливістю цих об’єктів у різних сферах сучасного суспільного життя, насамперед у сфері господарювання, оскільки їх оптимально-прагматичне застосування спроможне забезпечити розв’язання комплексу важливих проблем: 1) підвищення конкурентоспроможності вітчизняного виробництва та товарів, робіт, послуг українських товаровиробників; 2) посилення безпеки виробництва (в тому числі з точки зору екології); 3) підвищення якості та надійності благ, що створюються в результаті господарської діяльності; 4) покращення якості життя в різних його сферах (охорони здоров’я, освіти, тощо);

– наявністю в правовому регулюванні відносин, пов’язаних із зазначеними об’єктами, прогалин, застарілих та колізійних норм, а також положень, що не забезпечують правове регулювання, адекватне сучасному стану використання технологій та ноу-хау, а також зв’язків між суб’єктами, що їх створюють, передають, використовують;

– браком вітчизняних монографічних праць, присвячених правовому регулюванню відносин щодо створення, передання, використання, безпеки технологій та ноу-хау – з урахуванням значного динамізму їх розвитку таких відносин, необхідності корегування публічної (державної, зокрема) складової в механізмі їх оптимального і своєчасного врегулювання. Лише в низці монографій та дисертацій, чільне місце серед яких посідають присвячені саме таким об’єктам праці (кандидатська дисертація О. М. Давидюка [6] та монографія Т. І. Бегової [7]), порушується комплекс правових проблем щодо зазначених об’єктів та пропонуються шляхи їх розв’язання;

– доцільністю врахування накопиченого в зарубіжних країнах, ЄС та інших міжнародних союзах економічного спрямування (зокрема, СНД) досвіду правового регулювання відносин стосовно різних аспектів створення

та використання технологій за участю суб'єктів господарювання двох і більше держав та/або суб'єктів, які діють на транснаціональному рівні.

Саме останній аргумент спонукав до написання цієї статті, що має на меті висвітлити особливості правового регулювання відносин щодо технологій та ноу-хау у порівняльному аспекті – з аналізом положень вітчизняного, російського законодавства [8], модельного законодавства СНД [5; 9].

На жаль, ні Цивільний (ЦК) [10, ч. 1 ст. 418], ні Господарський (ГК) [11, ст. 155] кодекси України не містять положень про технології та «ноу-хау» як об'єкти права інтелектуальної власності, попри наявності у них необхідних ознак. Зокрема, зазначені об'єкти є результатом інтелектуальної, творчої діяльності, щодо яких відповідно до зарубіжного (російського законодавства, наприклад) виникає право інтелектуальної власності (ноу-хау [8, п. 12 ч. 1 ст. 1225]), або які у своєму складі містять об'єкти інтелектуальної власності (технології [8, ст. 1542]).

Проте і в ГК, і в ЦК України зазначені поняття трапляються нечасто: в ракурсі обов'язків суб'єктів господарювання чи землекористувачів (ефективно і економно використовувати природні ресурси на основі застосування *новітніх технологій* у виробничій діяльності – ст. 153 ГК, застосовувати природоохоронні *технології виробництва* – ст. 410 ЦК); при визначенні ознак та видів інноваційної діяльності (ст. 327 ГК); мети створення та функціонування спеціальної (вільної) економічної зони (ч. 2 ст. 401 ГК); щодо об'єкту винаходу (ним може бути продукт (пристрій, речовина тощо) або процес у будь-якій сфері технології – ч. 2 ст. 459 ЦК).

У спеціальних законах України «Про інноваційну діяльність» [12] та «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» [3] поняття технологій використовується як (а) *різновид інновацій* [12, ст. 1]¹, (б) *результат інтелектуальної діяльності* [3, ст. 1] та визначаються їх види – *високі технології* (як такі, що розроблені на основі новітніх наукових знань, за своїм технічним рівнем перевищують кращі вітчизняні та іноземні аналоги і спроможні забезпечити передові позиції на світовому ринку наукомісткої продукції) та *технології подвійного призначення* (технології, які крім цивільного призначення можуть бути використані для розроблення, виробництва або використання озброєння, військової чи спеціальної техніки [3, ст. 1]).

Ступінь ґрунтовності врегулювання відносин, пов'язаних з «ноу-хау», значно скромніше: попри використання цього поняття в значній кількості нормативно-правових актів, законодавець згадує цей специфічний об'єкт в ракурсі оподаткування (як інформацію щодо промислового, комерційного або наукового досвіду, за право користування яким сплачуються роялті [13, п. 1.30 ст. 1]), як можливу складову технології [3, ст. 1], як різновид інвестицій, що характеризуються Законом України «Про інвестиційну діяльність» [14, ст. 1], як сукупність технічних,

технологічних, комерційних та інших знань, оформлених у вигляді технічної документації, навиків та виробничого досвіду, необхідних для організації того чи іншого виду виробництва, але не запатентованих, тощо. На жаль, вітчизняний законодавець проігнорував досить слушні (як для сучасного стану розвитку суспільних відносин) відповідні положення Основ цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік від 31.05.1991 р. [15, ст. 151], згідно з якими ноу-хау – це технічна, організаційна чи комерційна інформація, що становить секрет виробництва, володілець якої має право на захист від незаконного її використання третіми особами за наявності певних умов, а саме: 1) дійсної або потенційної цінності такої інформації завдяки її невідомості третім особам; 2) відсутності вільного доступу до такої інформації на законних підставах; 3) забезпечення володільцем такої інформації належних заходів щодо охорони її конфіденційності; строк охорони ноу-хау та, відповідно, право захисту від незаконного його використання обмежувався дією зазначених умов; відповідальність у формі відшкодування заподіяних збитків передбачалася лише за неправомірне використання ноу-хау; особа, яка самостійно і добросовісно отримувала таку інформацію, мала можливість її використовувати без будь-яких обмежень.

Ґрунтовніше, ніж у вітчизняному законодавстві, відомості про «ноу-хау» містяться в Модельному законі СНД «Про інноваційну діяльність» [9], положення якого розкривають зміст поняття ноу-хау як технічної, організаційної або комерційної інформації (ч. 2 ст. 30) та її різновиду – технологічного ноу-хау як секрету виробництва (ч. 4 ст. 1), що може бути об'єктом інноваційної діяльності (ч. 1 ст. 4). Крім того, згаданий Модельний закон (а) серед заходів по забезпеченню поширення науково-технічної інформації одну з ключових ролей відводить національній системі такої інформації, що має підтримувати бази даних про наявні науково-технічні розробки, включаючи й інформацію про ноу-хау та інші об'єкти інтелектуальної власності (ч. 2 ст. 24), (б) згадує ноу-хау як можливу складову договору про передання технології (ч. 2 ст. 29)², (в) передбачає здійснення правового захисту ноу-хау на підставі загальних норм цивільного права та спеціального законодавства (ч. 2 ст. 30), (г) містить положення щодо сертифікації, реєстрації та захисту технологій та об'єктів інтелектуальної власності, в тому числі технологічних ноу-хау (ч. 1 ст. 34).

Аналіз зазначених актів вітчизняного та модельного законодавства СНД [5; 9] свідчить про виключно важливу іпостась технологій та технологічних ноу-хау, які є науково-технічною інформацією в розумінні абз. 2 ст. 1 Закону України «Про науково-технічну інформацію» [16] або містять таку інформацію (технології).

О. В. Кохановська звертає увагу на різні прояви інформації (в тому числі науково-технічної): «1) як

¹ Відповідно до ст. 1 Закону України «Про інноваційну діяльність» [12] інноваціями є новостворені (застосовані) і (або) вдосконалені конкурентоспроможні технології, продукція або послуги, а також організаційно-технічні рішення виробничого, адміністративного, комерційного або іншого характеру, що істотно поліпшують структуру та якість виробництва і (або) соціальної сфери.

² За договором про передання/трансфер технології одна сторона (ліцензіар) зобов'язується надати іншій стороні (ліцензіату) за винагороду на строк або без зазначення строку право використання в підприємницькій діяльності ліцензіату комплексу виключних прав, що належать ліцензіару, в тому числі прав на патентовані результати інтелектуальної діяльності (винаходи, корисні моделі, промислові зразки), на програми ЕОМ та бази даних, на *охоронявану технічну інформацію (ноу-хау)*, а також на інші передбачені договором об'єкти виключних прав – товарний знак, знак обслуговування тощо [9, ч. 2 ст. 29].

особисте немайнове благо у комплексі благ, перелічених у ст. 201 і Книзі 2 ЦК України; 2) як результат творчої інтелектуальної діяльності, тобто як об'єкт виключних прав, врегульованих у ст. 199 і Книзі 4 ЦК України; 3) як інформаційний продукт, ресурс, документ, тобто об'єкт, який може бути інформаційним товаром і предметом будь-яких правочинів, з урахуванням особливостей і специфіки його як об'єкта особливого роду» [17, с. 3]. Це свідчить про доцільність включення положень про ноу-хау та технології як об'єкти, що містять таку інформацію (є результатом творчої інтелектуальної діяльності), у розділ 16 ГК і книгу 4 ЦК України.

На відміну від українського законодавства, російське містить більш ґрунтовні положення щодо технологій та ноу-хау. В розділі VII (Права на результати інтелектуальної діяльності та засоби індивідуалізації) Цивільного кодексу РФ [8] цим об'єктам присвячено низку положень, а саме:

– в ст. 1225 ЦК РФ (п. 12 ч. 1) ноу-хау зазначаються серед переліку результатів інтелектуальної діяльності, яким надається правова охорона як таким, що є інтелектуальною власністю;

– глава 75 ЦК присвячена ноу-хау як секрету виробництва, ст. 1465 якої містить визначення ноу-хау: ними визнаються відомості будь-якого характеру (виробничі, технічні, економічні, організаційні тощо), в тому числі результати інтелектуальної діяльності в науково-технічній сфері, а також відомості про способи здійснення професійної діяльності, які мають реальну або потенційну комерційну цінність завдяки невідомості їх третім особам, до яких у третіх осіб немає вільного доступу на законних підставах і відносно яких володільцем таких відомостей запроваджено режим комерційної таємниці; в решті статей цієї глави йдеться про: виключне право на секрети виробництва (ст. 1466), дію такого права (ст. 1467), договір про відчуження такого права (ст. 1468) та ліцензійний договір про надання права використання секрету виробництва (ст. 1479), певні види останніх: службові (ст. 1470) та отримані при виконанні робіт за договором (ст. 1471);

– гл. 77 присвячена праву використання результатів інтелектуальної діяльності у складі єдиної технології, відповідно до ст. 1542 якої такою технологією є виражений в об'єктивній формі результат науково-технічної діяльності, що включає в тому чи іншому поєднанні винаходи, корисні моделі, промислові зразки, програми для ЕОМ та інші результати інтелектуальної діяльності, які підлягають правовій охороні відповідно до положень цієї глави ЦК РФ і можуть бути основою певної практичної діяльності в цивільній або військовій сфері (єдина технологія); остання може містити також результати інтелектуальної діяльності, щодо яких не передбачається правовий захист згідно з ЦК РФ; право використання не лише єдиної технології як складного об'єкта, а й її складових як результатів інтелектуальної діяльності належить організатору створення єдиної технології (право на технологію) на підставі договорів з володільцями виключних прав на результати інтелектуальної діяльності, що входять до складу єдиної технології (хоча до її складу також можуть входити охоронювані законом результати зазначеної діяльності,

створені самим організатором); в решті статей гл. 77 містяться положення про: сферу застосування правил про право на технологію (ст. 1543), право організатора створення єдиної технології на використання результатів інтелектуальної діяльності, що входять до її складу (ст. 1544), обов'язок практичного застосування єдиної технології (ст. 1545), права Російської Федерації та суб'єктів РФ на технологію (с. 1546), відчуження прав на такі технології (ст. 1547), винагороду за право на технологію (ст. 1548), право на технологію, що належить спільно кільком особам (ст. 1549), загальні умови передання технології (ст. 1550) та експорт єдиної технології (ст. 1551).

Отже, з аналізу вищезгаданих положень російського законодавства можна зробити висновки про безпосередній зв'язок технологій та ноу-хау з інтелектуальною власністю, а саме, про належність до неї ноу-хау та складових єдиної технології (винаходів, промислових зразків, програм для ЕОМ, ноу-хау тощо). За оцінкою деяких дослідників, це свідчить про синтетичний характер технології як своєрідного об'єкта права інтелектуальної власності – особливого виду активів, що являють собою певний комплекс взаємопов'язаних та взаємодіючих елементів як інформаційного, так і матеріального характеру: результатів науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт у формі наукової документації та устаткування, що було розроблено на забезпечення реалізації відповідної технології [6, с. 3–5, 10].

Якщо ноу-хау, зазвичай, складається з відповідної інформації (виробничої, технічної, економічної, організаційної тощо) з визначеними характеристиками (наявність дійсної або потенційної комерційної цінності, оборотоздатність, можлива невизначеність/відсутність автора, закритість для третіх осіб [18, с. 830–833]), то в технології інформація є обов'язковою її складовою (в тому числі з вищезгаданими характеристиками), що в сукупності з іншими результатами інтелектуальної діяльності (включаючи й матеріальні) становить складний об'єкт – єдину технологію, яка може бути основою певної практичної діяльності в цивільній або військовій сфері.

Вітчизняні законодавець та дослідники оперують поняттями *технологій* та *ноу-хау* переважно з урахуванням їх позитивних властивостей. Проте такі об'єкти можуть бути (а) шкідливими (наприклад, технологія виробництва нових синтетичних наркотиків з метою їх реалізації наркозалежним особам), (б) застарілими (не відповідають сучасному стану науково-технічного прогресу та суспільним потребам), (в) такими, що створені з порушенням встановлених вимог щодо екологічної, радіаційної та ін. безпеки, міцності, надійності та довговічності будівель і споруд тощо), (г) надміру ризикованими (застосування яких може призвести до малопрогнозованих негативних наслідків). Недарма законодавець в Законі України «Про державне регулювання відносин щодо трансферу технологій» закріплює не лише поняття *технології*, а й інше – *високих технологій* (ст. 1), а в Модельному законі СНД про інноваційну діяльність [9] – поняття нових технологій (ст. 4). Разом з тим питання створення та використання технологій, що не відповідають реальним потребам суспільства або становлять для нього ризик (в тому числі нав'язаних йому рекламою

заінтересованих осіб), залишається поза увагою законодавця, крім окремих випадків завдання (чи значної ймовірності завдання) шкоди в результаті їх застосування.

Крім того, і законодавці, і науковці не приділяють належної уваги питанням використання технологій та секретів виробництва, які є застарілими (з точки зору сучасного стану науково-технічного прогресу), проте забезпечують збереження народних традицій та/або виготовлення більш якісної продукції менш ефективним (а, отже, більш витратним) способом. У Законі України «Про народні художні промисли» [19] акцентується увага на художніх промислах та виробках таких промислів (особливостях їх обліку, зберігання, використання), проте технології їх виробництва не згадуються. Держава також не опікується проблемами використання старих, апробованих протягом віків (проте менш вигідних з комерційної точки зору, ніж сучасні) народних технологій виробництва продуктів харчування, будівництва тощо, хоча подібний бізнес потребує підтримки як такої, що забезпечує збереження добрих народних традицій.

Як і будь-яке явище суспільного життя, технологіям та ноу-хау притаманні і позитивні, і негативні риси. Перші – зумовлюють доцільність стимулювання (в тому числі державою) створення та використання зазначених об'єктів. Другі (негативні) – вимагають встановлення вимог та обмежень щодо створення та використання таких об'єктів, в тому числі шляхом проведення експертизи (насамперед, з точки зору безпеки для людей і довкілля, а не лише новизни, ефективності тощо) як умови їх використання та надання відповідного захисту інтересів осіб, які володіють комплексом прав або окремими правами на такі об'єкти.

Неналежна увага вітчизняного законодавця до технологій (за винятком відносин щодо їх трансферу) та ноу-хау, стратегічна важливість яких в умовах сучасного суспільства з його ринковою економікою незаперечно, зумовлюють необхідність забезпечення ґрунтовності, оптимальності правового регулювання, а також його адекватності фактичному стану відносин щодо цивілізованого використання цих об'єктів. Йдеться про дві складові мети такого регулювання: 1) стимулювання створення та використання суспільно корисних технологій та секретів виробництва; 2) створення бар'єрів для тих з них, які є фактично або потенційно шкідливими, надміру ризикованими (маловідомі негативні наслідки їх застосування та/або такі наслідки перевищують позитивний ефект від їх використання).

Попри різні шляхи вдосконалення правового регулювання відносин щодо технологій та ноу-хау (внесення відповідних змін та доповнень до ГК України [6, с. 5, 15], ЦК України [7, с. 84, 143–144] та/або прийняття окремих законів/кодексів так званого другого рівня (Інноваційного, зокрема) з включенням до них відповідних положень [6, с. 5], використання договору довірчого управління майном щодо майнових прав інтелектуальної власності [20]), дослідники солідарні в одному: таке вдосконалення необхідне; воно має враховувати зарубіжний досвід (в тому числі ЄС [21], СНД [5; 9]), вимоги міжнародних стандартів, що містяться у відповідних правових документах [22; 23], та вітчизняних традицій правозастосування [24, с 79].

Підтримуючи вищезгадані пропозиції щодо доповнення ГК (гл. 16) [28, с. 229 – 230] і ЦК України (кн. 4) положеннями про технології та ноу-хау, слід зазначити про доцільність перегляду Закону України «Про інноваційну діяльність» з відведенням йому ролі консолідаційного¹ акта законодавства, який би врегулював використання у сфері господарювання будь-яких інновацій (в тому числі технологій та ноу-хау), встановивши: 1) основні засади здійснення і комерційної, і некомерційної інноваційної діяльності; 2) особливості правового становища суб'єктів такої діяльності, їх види та організаційно-правові форми; 3) правові механізми попередження використання шкідливих та ризикованих інновацій (включаючи технології та ноу-хау), наділивши відповідними функціями уповноважені органи², та підтримки пріоритетних для суспільства інновацій/інноваційних проєктів; 4) вимоги до договорів, які опосередковують створення, передання, використання інновацій з урахуванням видів останніх (включаючи технології та ноу-хау); 5) відповідальність за передання та використання шкідливих та ризикованих інновацій, включивши до кола відповідальних за це осіб не лише суб'єктів інноваційної діяльності та інших учасників інноваційної інфраструктури, а й держави (в особі уповноважених органів, їх посадових осіб) за надання сприяння впровадженню таких інновацій і навіть за бездіяльність щодо попередження їх застосування та поширення (тобто за невиконання відповідних функцій та повноважень).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Технология*. Материал из Википедии – свободной энциклопедии // <http://ru.wikipedia.org/wiki/Технология>.
2. *Інформаційні технології* // http://uk.wikipedia.org/wiki/Інформаційні_технології.
3. *Закон України* від 14.09.2006 р. «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» // Відомості Верховної Ради України, 2006. – № 45. – Ст. 434.
4. *Definition of industrial know-how* // <http://en.wikipedia.org/wiki/Knowhow>.
5. *Модельный закон* о реализации прав государства на объекты интеллектуальной собственности в сфере науки и технологий. Принят на двадцатом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ (Постановление от 7 декабря 2002 года № 20-13) // zakon1.rada.gov.ua.
6. *Давидюк О. М.* Технологія як об'єкт господарсько-правового регулювання. Автореф. дис...канд. юрид. наук: 12.00.04 / Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Х., 2010. – 19 с.
7. *Бегова Т. І.* Поняття «ноу-хау» і договір про його передання: Монографія. – Х.: Право, 2009. – 160 с.
8. *Гражданский кодекс* Российской Федерации // <http://www.kadis.ru/kodeks.phtml?kodeks=6>.
9. *Модельный закон* об инновационной деятельности. Принят на двадцать седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ (Постановление от 16 ноября 2006 года № 27-16) // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.

¹ Тобто такого, який би увібрав в себе положення низки законів, що регулюють інноваційну діяльність [3; 12; 25], уникнувши у такий спосіб низки колізійних положень, що є неминучими за умов розпорощення правового регулювання інноваційних відносин в кількох законах.

² Такими органами нині є Міністерство освіти та науки [12, ст. 9; 26] і Державне агентство України з інвестицій та інновацій [27].

10. *Цивільний кодекс* України. Прийнятий Верховною Радою України 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України, 2003. – № 40–44. – Ст.356.

11. *Господарський кодекс* України. Прийнятий Верховною Радою України 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України, 2003. – № 18–22 – Ст.144.

12. *Закон України* від 04.07.2002 р. «Про інноваційну діяльність» // Відомості Верховної Ради України, 2002. – № 36. – Ст.266.

13. *Закон України* від 28.12.1994 р. «Про оподаткування прибутку підприємств» // Відомості Верховної Ради України, 1995. – № 4. – Ст. 28.

14. *Закон України* від 18.09.1991 р. «Про інвестиційну діяльність» // Відомості Верховної Ради України, 1991. – № 47. – Ст. 646.

15. *Основи* гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 31.05.1991 р. // Ведомости Верховного Совета СССР, 1991. – № 26. – Ст. 733.

16. *Закон України* від 25.06.1993 р. «Про науково-технічну інформацію» // Відомості Верховної Ради України, 1993. – № 33. – Ст. 345.

17. *Кохановська О. В.* Цивільно-правові проблеми інформаційних відносин в Україні: Автореф. дис... док. юрид. наук: 12.00.03 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2006. – 34 с.

18. *Российское* гражданское право: Учебник: В 2-х томах. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальное право. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е. А. Суханов. – М.: Статут, 2010. – 958 с.

19. *Закон України* від 21.06.2001 р. «Про народні художні промисли» // Відомості Верховної Ради України, 2001. – № 41. – Ст.199.

20. *Майданик Р. А.* Доверительное управление имуществом авторскими и смежными правами в Украине // Альманах цивилистики. Сборник статей. Вып. 2 / Под ред. Майданика Р. А. – К.: Алерта; КНТ, Центр учебной литературы, 2009. – С. 96–113.

The article is dedicated to the problems of the use of technologies and Know-How in the field of economics and ways of perfection of the legal adjusting of these relations.

Статья посвящена проблемам использования технологий и ноу-хау в сфере экономики и путем совершенствования правового регулирования этих отношений.

СУБ'ЄКТИ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА В СИСТЕМАТИЦІ УЧАСНИКІВ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН

Первомайський О. О.,

кандидат юридичних наук, доцент,

старший науковий співробітник відділу проблем приватного права

НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

В аспекті положень Цивільного кодексу України, іншого чинного законодавства та практики його застосування досліджується місце суб'єктів публічного права в загальній систематиці учасників цивільних відносин, а також поняття й види суб'єктів публічного права як можливих учасників цих відносин.

Ключові слова: цивільні відносини, систематика учасників цивільних відносин, суб'єкти публічного права, юридична особа публічного права, держава Україна, територіальні громади, органи державної влади, органи місцевого самоврядування.

Основною нормою ЦК України [1, ст. 356], що встановлює можливість суб'єктів публічного права брати участь у цивільних відносинах, є ч. 2 ст. 2 цього кодексу, згідно з якою учасниками цивільних відносин є: держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права. Незважаючи на те, що в тексті ЦК України є й інші положення, присвячені регулюванню участі цих суб'єктів у цивільних відносинах, саме ст. 2 ЦК є визначальною та первинною у підтвердженні існування такої можливості,

21. *Регламент* Комісії (ЄС) від 27 квітня 2004 року № 772/2004 про застосування статті 81 (3) Договору до угод про передачу технології / Commission Regulation (EC) No 772/2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements (27.04.2004) // Official Journal of the European Union, L 123 , 27/04/2004 P. 0011 – 0017; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0772:EN:HTML>.

22. Угода про торговельні *аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС)* від 15.04.1994 р. // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=5&nreg=981_018.

23. *Паризька конвенція* про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року // http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_123&myid=4/UMfPEGznhh7o3.ZivNbSQAHI4HQs80msh8Ie6.

24. *Кузнецова Н. С.* Гражданско-правовые аспекты совершенствования законодательства об интеллектуальной собственности // Альманах цивилистики. Сборник статей. Вып. 2 / Под ред. Майданика Р. А. – К.: Алерта; КНТ, Центр учебной литературы, 2009. – С. 57–77.

25. *Закон України* від 16.01.2003 р. «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні» // Відомості Верховної Ради України, 2003. – № 13. – Ст. 93.

26. *Положення про Міністерство* освіти і науки України, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 19.12.2006 р. № 1757 // Урядовий кур'єр від 10.01.2007 (№ 3).

27. *Положення про Державне* агентство України з інвестицій та інновацій, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 16.05.2007 р. № 749 // Офіційний вісник України, 2007 р. – № 37. – Ст. 1497.

28. *Вітнік О. М.* Інноваційна діяльність та трансфер технологій: окремі аспекти вдосконалення правового регулювання // Актуальні питання реформування прав. системи України. Зб. статей за матеріалами V Міжнародної наук.-практ. конференції (м. Луцьк, 30 – 31 травня 2008 р.). – Луцьк, 2008. – С. 227–230.

тоді як інші норми чинного законодавства лише більш детально регламентують підстави, межі та способи (форми) такої участі.

З огляду на це теза про наявність у суб'єктів публічного права здатності до участі в цивільних відносинах є безспірною. При цьому використання узагальноючого терміна: «суб'єкт публічного права» є результатом тлумачення тексту ч. 2 ст. 2 ЦК України, точніше останньої частини цієї норми: «... та інші суб'єкти публічного права», на підставі якого

(тлумачення) можемо дійти висновку про те, що безпосередньо зазначені в ч. 2 ст. 2 ЦК України суб'єкти: держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави також є суб'єктами публічного права, а, отже, цей термін – «суб'єкт публічного права» може та має застосовуватися для позначення родового поняття, що охоплює своїм обсягом всі різновиди суб'єктів публічного права, які мають змогу брати участь у цивільних відносинах.

Зі змісту ст. 2 ЦК України слідує також те, що поняття «учасник цивільних відносин» є більшим за обсягом порівняно з поняттям «суб'єкт публічного права», бо охоплює своїм обсягом всі різновиди суб'єктів, які можуть брати участь у цих відносинах. Такими видами учасників цивільних відносин є, по-перше, фізичні та юридичні особи (ч. 1 ст. 2), по-друге, суб'єкти публічного права (ч. 2 ст. 2).

У ст. 2 ЦК України відсутня вказівка на критерії, що витлумачили б сенс подібного роду розмежування між учасниками цивільних відносин. Натомість, відповідно до доктрини цивільного права, подібне розмежування здійснюється з огляду на те, що поняття «особа», яке походить від латинського *persona*, охоплює своїм обсягом лише звичних (природних) для цивільного права учасників цих відносин, якими є фізичні та юридичні особи. Водночас держава Україна, територіальні громади тощо, які набули правосуб'єктності в інших галузях права та законодавства, наприклад, конституційному, адміністративному, незважаючи на наукову дискусію, що триває в цивільному праві щодо наявності у цих публічно-правових утвореннях всіх необхідних ознак для визнання їх юридичними особами публічного права, чинним ЦК та іншими законодавчими актами, у тому числі публічно-правовими, такими особами все ж не визнаються [2, с.133; 3, с.23—25].

З огляду на це загальна систематика учасників цивільних відносин з її фактично дихотомічним поділом на фізичних та юридичних осіб, що віднайшло своє закріплення в ч. 1 ст. 2 ЦК України, значно ускладнюється на підставі положень ч. 2 ст. 2 ЦК, згідно з якими допускається участь у цивільних відносинах суб'єктів, які не є ні фізичними, ні юридичними особами.

На підставі цього суб'єкти публічного права, які прямо перелічені в ч. 2 ст. 2 ЦК України та ті, яким здатність до участі у цивільних відносинах надана на підставі інших норм закону, в загальній систематиці учасників цивільних відносин утворюють самостійний різновид таких учасників.

Слід зазначити, що згадана вище дискусія стосовно визнання держави та інших публічно-правових утворень юридичними особами або навіть юридичними особами публічного права триває у вітчизняній юриспруденції вже достатній проміжок часу, підтвердженням чого можуть слугувати, зокрема, праці таких відомих правників як О. А. Пушкін [4], М. І. Брагінський [5], П. П. Вітківчус [6]. Можна зробити припущення про те, що позитивне завершення цієї дискусії в частині визнання держави та інших подібних суб'єктів юридичними особами дещо б спростило побудову систематики учасників цивільних відносин. Однак у свій час радянське, а на сьогодні чинне

національне законодавство поки що не сприйняли істинність тези про необхідність визнання всіх штучних утворень¹, у тому числі держави, територіальних громад тощо, юридичними особами. Тому, не будучи особами в цивільно-правовому розумінні, суб'єкти, які в незакритому переліку перераховані у ч. 2 ст. 2 ЦК та які мають потребу до участі в цивільних відносинах, є підвидами самостійного різновиду учасників цивільних відносин, що термінологічно можуть бути позначені як «суб'єкт» або «суб'єкти публічного права».

Звісно, у цивільному праві не формується самостійного, так би мовити цивільно-правового розуміння поняття суб'єкта публічного права та не пропонується визначення цього суб'єкта. Проте надання цим суб'єктам можливості до участі в цивільних відносинах без визнання наявності у них якості особи, не має своїм наслідком допущення будь-якого суб'єкта публічного права до участі в цивільних відносинах. Навпаки, навіть незважаючи на відкритий перелік ч. 2 ст. 2 ЦК, потенційним учасником цивільних відносин можуть бути два підвиди суб'єктів публічного права:

суб'єкти публічного права, які також мають статус юридичної особи публічного права;

суб'єкти публічного права, які можливість до участі у цивільних відносинах одержали в силу прямої вказівки закону.

До кола перших належать органи державної влади, органи місцевого самоврядування, державні чи комунальні установи, підприємства тощо, які в силу їх державної реєстрації чи вказівки правового акта є юридичними особами². Наприклад, ч. 1 ст. 16 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [7, ст. 170] визначено, що органи місцевого самоврядування є юридичними особами. Інший приклад: постановою Кабінету Міністрів України від 14.11.2006 р. № 1577 затверджено Положення про Міністерство юстиції України, відповідно до п.13 якого Мін'юст України є юридичною особою.

Прикладами суб'єктів публічного права, які можливість до участі у цивільних відносинах одержали в силу прямої вказівки закону, є суб'єкти, перелічені в ч. 2 ст. 2 ЦК, та, наприклад, такий суб'єкт як Український народ, який здатність до участі у відносинах власності має на підставі положень, зокрема, ст. 324 ЦК України.

З урахуванням наведеного не можуть бути визнані потенційними учасниками цивільних відносин такі суб'єкти публічного права, які, по-перше, не є юридичними особами, по-друге, прямо не наділені законом такою можливістю. Так, не є учасниками цивільних відносин Верховна Рада України та Кабінет Міністрів України, оскільки вони не є ні юридичними особами, ні тими суб'єктами публічного права, які наділені здатністю до участі в цивільних відносинах на підставі закону.

Доречним буде зазначити, що в переважній більшості випадків участь в цивільних відносинах суб'єктів публічного права, які не є юридичними особами, відбувається або статично (наприклад, участь у відносинах власності) або опосередковано (наприклад, у договірних відносинах), коли

¹ Тобто відмінних від фізичної особи учасників цивільних відносин

² Термін «юридична особа публічного права» ще не набув свого широкого застосування на практиці, у тому числі у чинному законодавстві.

держава Україна представлена юридичною особою — Фондом державного майна України або іншим уповноваженим (компетентним) органом державної влади, що також є юридичною особою. Внаслідок цього правове регулювання участі в цивільних відносинах суб'єктів публічного права, які не є юридичними особами, дещо спрощується, оскільки підпорядковується нормам, що регулюють участь у цих відносинах юридичних осіб публічного права (ст. 82 ЦК України).

Наведене вище щодо понять «суб'єкт публічного права» та «юридична особа публічного права» дає змогу стверджувати, що вони не є тотожними, а тому існуюча в межах загальної систематики учасників цивільних відносин систематика суб'єктів публічного права¹ включає до свого складу різних суб'єктів, частина з яких є юридичними особами, а інша — ні.

При цьому ті суб'єкти публічного права, які мають статус юридичної особи публічного права, фактично є різновидом юридичних осіб², а, отже, їх здатність до участі у цивільних відносинах може ґрунтуватися не на положеннях ч. 2 ст. 2 ЦК України, а на ч. 1 ст. 2 цього кодексу.

Водночас системне тлумачення положень чинного законодавства, зокрема ст. 81, 167–169 ЦК України, ст. 73–78 ГК України [8, ст. 144], ст. 4 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» [9, ст. 190], ч. 10 ст. 51 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» [10, ст. 241], ст. 6 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», п. 11 Указу Президента «Про Загальне положення про міністерство, інший центральний орган державної виконавчої влади України» від 12.03.1996 р., дає змогу дійти висновку стосовно того, що до юридичних осіб публічного права належать:

- органи державної влади (центральні та місцеві)³;
- органи місцевого самоврядування, у тому числі органи влади Автономної Республіки Крим;
- державні установи (фонди та заклади);
- комунальні установи (фонди та заклади);
- державні та казенні підприємства;
- комунальні підприємства.

Частина з названих суб'єктів: органи державної влади, органи місцевого самоврядування окрім того, мають ще й владні повноваження, звісно за межами їх участі в цивільних відносинах, однак ігнорувати цю обставину все ж не слід.

Таким чином, щодо великої кількості юридичних осіб публічного права, які цілком можуть визначатися і як суб'єкти публічного права, виникає складна ситуація щодо визначення їх місця в систематичі учасників цивільних відносин. Існування такої проблемності ґрунтується хоча б на тому, що теза про визнання такої юридичної особи як

наприклад, Міністерство юстиції України природним учасником цивільних відносин, має всі ознаки хибності⁴.

Необхідність же більшої визначеності у цьому питанні пов'язана, на нашу думку, з тим, що частина суб'єктів публічного права, які є одночасно й юридичними особами публічного права, наприклад, державні підприємства, під час участі в цивільних відносинах мають підкорятися загальним положенням ЦК України з мінімальними винятками в механізмі такого регулювання (ст. 82 ст. 329 ЦК). Інша частина юридичних осіб публічного права, наприклад, міністерство чи інший орган державної влади, може брати участь в цивільних відносинах за наявності більшої кількості особливостей правового регулювання такої участі⁵.

Враховуючи останнє, потенційно можливим варіантом вирішення цього проблемного моменту може бути запропоновано використання критерію наявності (відсутності) владних повноважень у певній юридичній особи. У випадку, коли юридична особа публічного права не має владних повноважень, то її здатність до участі в цивільних відносинах ґрунтується на положеннях ч. 1 ст. 2 ЦК України. Якщо ж юридична особа публічного права має владні повноваження, то її участь в цивільних відносинах ґрунтується на ч. 2 ст. 2 ЦК, в якій, на нашу думку, має бути зафіксована думка стосовно існування більш складного механізму правового регулювання участі в цивільних відносинах тих юридичних осіб, які за межами цивільних відносин мають публічну владу.

З огляду на це в систематичі учасників цивільних відносин окрім фізичних осіб можна виокремити два види юридичних осіб: приватного та публічного права (ч. 1 ст. 2), а, в свою чергу, серед суб'єктів публічного права, які мають здатність до участі у цивільних відносинах (ч. 2 ст. 2) поряд з тими суб'єктами, які не є юридичними особами, можна виокремити суб'єктів публічного права, що є водночас й юридичними особами публічного права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Цивільний кодекс України* // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356.
2. *Довгерт А.С.* Концепція та види юридичних осіб у проєкті Цивільного кодексу України / Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — 336 с.
3. *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар* (пояснення, тлумачення, рекомендації з використання позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т.1: Загальні положення / За ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. — Серія «Коментарі та аналітика». Х.: ФО-П Колісник А. А., 2010. — 320 с.
4. Пушкин А. А. Советское государство как субъект Советского гражданского права — Харків: ХЮИ, 1965. — 23 с.

¹ Вважаємо, що вести мову про «систему учасників цивільних відносин», а тим більше «систему суб'єктів публічного права» ще передчасно, оскільки якість існуючої сукупності суб'єктів, характер та зміст їх взаємозалежності тощо, не дозволяє вести мову про існування «системи» у науковому розумінні останньої.

² Подібний висновок ґрунтується на положеннях ч. 2 ст. 81 ЦК, який юридичну особу публічного права визнає видом юридичної особи.

³ Принципово важливим є те, що статус юридичної особи публічного права може набути не будь-який орган державної влади чи орган місцевого самоврядування, а лише ті з них, стосовно яких така можливість встановлена відповідним правовим актом (як нормативним, так і індивідуальним).

⁴ До речі, певне протиставлення поняття «юридична особа» та «суб'єкт публічного права», яке має місце в результаті текстуального тлумачення ч. 1 та ч. 2 ст. 2 ЦК, може бути розцінено як ще одним побічним підтвердженням думки про те, що держава України та інші перелічені в ч. 2 ст. 2 ЦК України суб'єкти не є юридичними особами.

⁵ Вважаємо, що в ч. 2 ст. 2 ЦК України має бути зафіксована думка стосовно існування більш складного механізму правового регулювання участі в цивільних відносинах юридичних осіб, що за межами цивільних відносин мають публічну владу.

5. Брагинский М. И. Участие Советского государства в гражданских правоотношениях — М.: Юрид. лит., 1981. — 192 с.
6. Виткявичус П. П. Гражданская правосубъектность Советского государства. — Вильнюс: изд-во ВГУ, 1978. — 155 с.
7. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — №24. — Ст.170.

8. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19-20, 21-22. — Ст. 144.
9. Закон України «Про місцеві державні адміністрації» // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 20-21. — Ст. 190.
10. Закон України «Про Кабінет Міністрів України» // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 25. — Ст. 241.

In aspects of Civil Code of Ukraine clauses, other acting legislation and its enforcement practice, here researches subjects of public law place in general system of civil relations participants', and also subjects of public law notion and manners as this relations possible participants.

В аспекте положений Гражданского кодекса Украины, много действующего законодательства и практики его применения исследуются место субъектов публичного права в общей систематике участников гражданских правоотношений, а также понятие и виды субъектов публичного права как возможных участников этих отношений.

ЮРИДИЧНІ ФАКТИ В ПРОЦЕСІ ФОРМУВАННЯ ПІДСТАВ СПАДКУВАННЯ НА ЕТАПІ ВІДКРИТТЯ СПАДЩИНИ

Солтис Н. Б.,

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

Здійснення спадкування залежить від визначених нормою закону юридичних фактів, які і формують підстави (види) виникнення спадкових відносин. У статті пропонується розмежовувати поняття «види» і «підстави» спадкування залежно від змісту та складу юридичних фактів. Зокрема, пропонується виділити такі підстави, що встановлюють порядок здійснення спадкування: за заповітом, за законом та окремий порядок набуття права власності на майно за спадковим договором.

Ключові слова: юридичні факти, юридичні склади, підстави спадкування, види спадкування

З часів Стародавнього Риму право закріплює дві підстави спадкування: закон і заповіт [1, с. 197]. На даному етапі розвитку спадкових правовідносин згідно з Цивільним кодексом України (надалі – ЦК) визначено два види спадкування: за заповітом або за законом (ст.1217). Закон і заповіт, які названі видами спадкування, є такими лише в узагальнюючому значенні, встановлюючи порядок здійснення спадкових правовідносин (за волею спадкодавця – за заповітом, а за відсутності такої – за законом).

Дана проблематика досліджувалася в різний період вітчизняними і зарубіжними фахівцями з цивільного та спадкового права. У межах цієї проблематики питанням юридичних фактів, які є основними елементами формування видів або підстав спадкування, приділяли увагу такі фахівці: Б. С. Антимонов, В. В. Васильченко, К. О. Граве, Л. Ю. Грудцина, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, Ю. О. Заїка, С. О. Зінченко, В. Б. Ісаков, О. О. Красавчиков, І. О. Покровський, Є. О. Рябоконь, Є. О. Суханов, Є. О. Харитонов, В. Ю. Чуйкова, С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, Я. М. Шевченко та деякі інші.

В юридичній літературі поняття «види спадкування» і «підстави спадкування» науковцями, зазвичай, отожднюються. У вітчизняному спадковому праві більше використовують термін «види спадкування» – саме так, як його передбачив законодавець [2; 3; 15]. Ще з стародавніх часів, зазначав І. О. Покровський, «спадкуванню відомий тільки один вид – саме вид спадкування за законом. Особистість спадкоємця визначається самою побудовою сім'ї і роду, і як становище особи у цих останніх не може бути змінено приватною волею індивіду, так і не може бути змінений нею і передбачений цим сімейним ладом порядок спадкування» [4, с. 296]. Але так само рівною мірою вітчизняними науковцями використовується і термін «підстави» для здійснення спадкування [5; 18; 21].

Спадкування, зазначає Ю. О. Заїка, у всіх випадках здійснюється на підставах і відповідно до закону [5, с. 78]. На противагу вітчизняним дослідникам, в теорії російської юридичної науки вчені застосовують більше поняття «підстави спадкування» [1; 6; 9; 14; 18], це, вочевидь, пов'язано із законодавчим закріпленням його у ст. 1111 ЦК Російської Федерації «Підстави спадкування», в якій зазначається, що спадкування здійснюється за заповітом і за законом [7].

Розподіл спадкових правовідносин на види залежить від змісту (прав і обов'язків суб'єктів) та структури його елементів (етапи спадкування). Слід зазначити, що розподіл спадкових правовідносин як на види, так і на підстави здійснюється з метою визначення прав і обов'язків спадкоємців на кожному етапі спадкування, а також правових норм, які слід застосовувати у процесі відкриття та прийняття спадщини. По суті, в основі розподілу правовідносин на види лежать юридичні факти, які породжують для спадкоємців юридичні наслідки. Правильне встановлення юридичних фактів, що належать до підстав спадкування, має істотне значення, оскільки кожен із цих видів спадкування спричиняє певний встановлений порядок спадкування, який визначає коло спадкоємців та обсяг цивільних прав і обов'язків, яких вони набувають [8, с. 840]. Таким чином, здійснення спадкування залежить від визначених нормою закону юридичних фактів, які і формують підстави/види виникнення спадкових відносин. В дійсності ні заповіт, ні закон безпосередньо не закликають до спадкування. Для цього необхідно встановлення певними правовими нормами юридичних фактів, які і формують підстави виникнення тих чи інших правовідносин залежно від сукупності норм, якими вони регулюються. Тому поняття «види» застосовується у більш широкому та

узагальнюючому значенні, тоді як «підстави» є динамікою здійснення спадкування.

Наприклад, такий юридичний факт як договір є підставою виникнення цивільних правовідносин (п. 1 ч. 2 ст. 11 ЦК), який є основним юридичним фактом для виникнення зобов'язальних правовідносин, але не є підставою виникнення спадкових правовідносин, як вважає багато вчених. З одного боку, за структурою побудови спадковий договір є юридичним фактом, визначеним і закріпленим у Книзі шостій «Спадкове право» (статті 1302 – 1308 ЦК), деякі умови якого містять елементи і терміни спадкових правовідносин. Крім того, аргументом на користь можливого віднесення даного договору до підстав спадкування буде ще той факт, що у набувача виникає право власності на майно з моменту настання такого юридичного факту як смерть відчужувача. З іншого боку, із сукупності цих норм не виникають спадкові правовідносини як у спадкоємців за заповітом або за законом при прийнятті спадщини. Це підтверджується і п. 28 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 травня 2008 року № 7, що перехід майна від відчужувача до набувача на підставі спадкового договору не є окремим видом спадкування, а тому на відносини сторін не поширюються відповідні правила про спадкування, в тому числі право на обов'язкову частку.

Отже, *отримання права власності на майно за спадковим договором не можна віднести до «виду спадкування», оскільки для виділення його в окремий вид недостатньо всіх виокремлюючих ознак, таких як: 1) наявність юридичних фактів, встановлених правовими нормами; 2) сукупність норм, які визначають ці факти; 3) наявність зв'язку між юридичними фактами і сукупністю норм, що регулюють певні правовідносини.*

Але спадковий договір як юридичний факт може стати підставою спадкування у разі смерті одного з відчужувачів (подружжя). Отже, в контексті вищевикладеного вбачається за доцільне розмежовувати поняття «види» і «підстави» спадкування для правильного застосування норм права, які призводять до встановлення певного порядку отримання спадщини, і дослідити юридичні факти та їх роль у формуванні підстав спадкування.

Підстави виникнення, зміни та припинення правовідносин називають юридичними фактами [9, с. 33]. Юридичні факти – це факти реальної дійсності, з якими норми права пов'язують настання юридичних наслідків, тобто пов'язують виникнення, зміну та припинення цивільних правовідносин. О. О. Красавчиков розглядав виникнення цивільних правовідносин як результат взаємодії комплексу передумов, стверджуючи, що юридичні факти реалізують утворену можливість виникнення цивільного правовідношення за допомогою як матеріальних передумов, так і норм права та правосуб'єктності, що перетворюють її в дійсність учасники регульованого правом суспільного відношення, які є достатньо правосуб'єктними, стають пов'язаними між собою певними правами і обов'язками [10, с. 101].

В. Б. Ісаков, аналізуючи ознаки юридичних фактів, також схиляється до висновку, що за своєю природою вони є матеріально-ідеальними, в них є місце тісного поєднання матеріального змісту та юридичного оформлення [11, с. 8].

З даним визначенням не погоджується С. О. Зінченко, який вважає, що в юридичних фактах немає «ні грама матеріального, якщо тільки не враховувати той зовнішній матеріальний носій (паперовий чи електронний), на якому фіксується правова інформація (юридичний акт, договір, акт державної реєстрації та ін.)» [12, с. 16–17]. Крім того, автор стверджує, що юридичні факти завжди виступають як вольовий акт, який породжує, змінює чи припиняє права. Як аргумент він наводить той факт, що жодні події самі по собі не можуть сприяти виникненню, зміні та припиненню правовідносин. Настання події (смерть, народження людини, сплив строку або терміну та ін.) – це фізичні, біологічні, хімічні та інші явища, що в якості умов лише спонукають відповідних суб'єктів сформувати у цьому випадку вольовий акт як юридичний факт. Отже, автор розглядає смерть як фізичне явище, що є лише передумовою для формування вольового акта як юридичного факту. А, остаточно, юридичним фактом, з яким пов'язують виникнення, зміну та припинення правовідносин, буде акт реєстрації смерті, вважає автор.

З цим слід не погодитися, оскільки реєстрація такого явища як смерть є лише констатацією, яка підтверджується юридичними документами (медичною довідкою про смерть, рішенням суду про оголошення особи померлою), на підставі яких вже потім вчиняються дії, що підтверджують факт смерті (державна реєстрація смерті). Зокрема, таким актом реєстрації смерті є відповідно до ст. 49 ЦК України акти цивільного стану – це події та дії (юридичні факти), які нерозривно пов'язані з фізичною особою і започатковують, змінюють, доповнюють або припиняють її можливість бути суб'єктом цивільних прав та обов'язків. Актом цивільного стану є смерть фізичної особи, що підлягає державній реєстрації (частини 2 і 3 ст. 49 ЦК України). Тобто акти цивільного стану є самостійними юридичними фактами, які можуть здійснюватися залежно від волі зацікавлених осіб (дії), так і відбуватися незалежно від їх волі (події). Під актами цивільного стану слід розуміти конкретні соціальні обставини (події та дії), які викликають відповідно до норм права настання певних правових наслідків – виникнення, зміну або припинення правових відносин. Акти цивільного стану поєднують два протилежні і водночас нерозривно пов'язані моменти: явище дійсності – подію або дію (матеріальний момент), яке породжує в силу закріплення нормою права певні правові наслідки (юридичний момент) [13, с. 98]. Тому смерть фізичної особи і такий адміністративно-правовий акт державного органу реєстрації актів цивільного стану як реєстрація смерті фізичної особи, становлять акт цивільного стану – смерть фізичної особи, який можна віднести до складу юридичних фактів.

В цьому сенсі слід погодитися з російськими вченими, що «державна реєстрація дії, події або права робить їх публічно дійсними. Для всіх учасників обороту це означає, що тільки зареєстровані відповідно до вимог законодавства дії та події є юридичними фактами, які породжують цивільно-правові наслідки, і що тільки зареєстровані права вважаються існуючими. З цієї ж причини, така подія як смерть людини може спричинити виникнення спадкових правовідносин тільки після її реєстрації в якості акта цивільного стану» [14, с. 434–435]. *Таким чином, державна реєстрація дії (події) є лише публічним контролем за цивільним оборотом, яка здійснюється з метою*

забезпечення найбільш повної охорони майнових прав спадкоємців для підтвердження достовірних відомостей про існування чи відсутність юридичних фактів, які є підставами виникнення у спадкоємців спадкових правовідносин у результаті прийняття ними спадщини.

Дещо дуалістичного значення залежно від підстав спадкування надає юридичному факту смерті В. Ю. Чуйкова, констатує, «...якщо при спадкуванні за законом смерть спадкодавця – подія, то при спадкуванні за заповітом смерть спадкодавця-заповідача тільки умова, настання якої тягне за собою реалізацію його волі, що висловлена у заповіті» [15, с. 7].

За наявності лише норм права без юридичного факту правовідносини неможливі. Проте, як зазначає О. Ф. Скакун, юридичні факти можуть спричиняти юридичні наслідки, що не втілюються в правовідносинах, тому, на її думку, не слід прив'язувати юридичні факти лише до правовідносин [16, с. 557]. Для настання юридичного факту важливі дві ознаки – це фактична і юридична обставина. У спадкових правовідносинах недостатньо тільки норми права, що регулює порядок спадкування, для того, щоб стати спадкоємцем, необхідно мати фактичну обставину, а точніше юридичний склад фактичних і юридичних обставин. Так, фактичним складом обставин буде відкриття спадщини (за наявності правоприпиняючого юридичного факту – смерті спадкодавця), а юридичною обставиною – подання заяви про прийняття спадщини за місцем її відкриття. Крім того, якщо розглянути такий юридичний факт як смерть спадкодавця, то ст. 346 ЦК України відносить його до підстав припинення права власності, тоді як для спадкового права – це підстава виникнення права на спадкування, яке здійснюється на підставі заповіту або закону. Тому один юридичний факт може мати різні юридичні наслідки – як правоутворюючі, так і правоприпиняючі. *Отже, юридичний факт – смерть спадкодавця – це юридичний склад сукупності фактичних і юридичних ознак, що спричиняють виникнення спадкових відносин у спадкоємців. Смерть як фактична обставина – це життєва обставина (подія), яка призвела до фізіологічного припинення існування фізичної особи. Смерть як юридична обставина – це офіційна констатація події у формі державної реєстрації юридичного факту. Тому даний юридичний факт є передумовою виникнення у спадкоємців права спадкування на етапі відкриття спадщини.*

Даний юридичний факт є основним для виникнення у спадкоємців права на спадкування, який стоїть першим у послідовності фактів на етапі відкриття спадщини. Крім юридичного факту смерті спадкодавця, відкриття спадщини відбувається у разі оголошення фізичної особи померлою. Часом відкриття спадщини відповідно до ч. 3 ст. 46 ЦК України буде вважатися: 1) день набрання законної сили рішення суду про це; 2) день вірогідної смерті, якщо особа пропала безвісті за обставин, що загрожували їй смертю або дають підстави припустити це. Тому в цьому випадку юридичним фактом для відкриття спадщини буде рішення суду.

Як зазначає Ю. О. Заїка, спадкові правовідносини можуть виникнути лише за наявності певної сукупності юридичних фактів: смерть фізичної особи або презумпція смерті відповідно до рішення суду; наявність у померлого

майна, яке може виступати як предмет спадкування; здатність певної особи набути права на спадщину. Відсутність одного з юридичних фактів спадкові правовідносини не породжує [5, с. 11].

Як впливає з вищевикладеного, особливістю спадкових правовідносин є те, що підставою їх виникнення є сукупність юридичних фактів – юридичний склад. Під юридичним складом, зазвичай, розуміють сукупність юридичних фактів, які необхідні для настання певних юридичних наслідків. В юридичні склади можуть входити різні комбінації, які складаються як із дій (оголошення особи померлою), так і з подій (смерть спадкодавця). Крім того, юридичні склади можуть породжувати правові наслідки за умови виникнення складових із юридичних фактів, по-перше, у чітко визначеному законодавством порядку, по-друге, це наявність їх всіх разом і у певний час. Наприклад, «спадкоємець, який вказаний у заповіті, може стати власником спадкового майна у разі наявності таких юридичних фактів, які розгортаються у суворій послідовності: складання заповіту спадкодавцем; відкриття спадщини; прийняття спадщини спадкоємцем. В загальній теорії права такі юридичні склади називають складними (пов'язаними) системами юридичних фактів» [14, с. 439].

Для переходу до спадкоємців спадщини необхідне послідовне накопичення передбаченого законом визначеного складу юридичних фактів, тобто юридичного складу спадкового правонаступництва. Зокрема, Б. Б. Черепакін виділяв три групи таких юридичних фактів:

1) юридичні факти, які є передумовою виникнення права спадкування, що закріплюються у своїй сукупності на момент відкриття спадщини. Вони, в свою чергу, поділяються на дві самостійні підгрупи юридичних фактів: спадкування за законом і спадкування за заповітом [17, с. 408];

2) юридичний факт – відкриття спадщини, який пов'язаний з моментом смерті спадкодавця або оголошення його судом померлим [17, с. 412];

3) завершуючим юридичним фактом юридичного складу є акт прийняття спадщини [17, с. 414].

Тому така ознака як «сувора послідовність» є основною у побудові складів юридичних фактів і визначальною для формування юридичного складу не тільки для спадкування за заповітом, а й для спадкування за законом, а також отримання майна у власність за спадковим договором. Отже, виділяють такі склади юридичних фактів за заповітом – складання заповіту; встановлення осіб, які мають право на обов'язкову частку (осіб, які закликаються до спадкування, спадкодавець сам визначає); смерть спадкодавця; відкриття спадщини; прийняття спадщини. На думку Б. С. Антимонова та К. О. Граве, «своїм заповітом спадкодавець створює лише додатковий юридичний факт, який у поєднанні з фактом відкриття спадщини та іншими фактами утворює на підставі норм закону спадкові правовідносини» [18, с. 57].

Для спадкування за законом потрібні такі групи юридичних фактів: 1) фізична особа повинна входити до визначеного законом кола спадкоємців; 2) факт смерті спадкодавця, який породжує факт відкриття спадщини; 3) прийняття спадщини [19, с. 373]. Стає очевидним, що крім фактів смерті спадкодавця і відсутності заповіту є також факт спорідненості з померлим, який дає підстави для зарахування даної особи до тієї черги спадкоємців за законом, яка

закликається у порядку черговості, наявність осіб, які проживали зі спадкодавцем однією сім'єю не менше п'яти років до часу відкриття спадщини (ст. 1264 ЦК України), або перебування непрацездатної або неповнолітньої особи, яка не була членом сім'ї спадкодавця, на утриманні померлого протягом не менше п'яти років до його смерті (ст. 1265 ЦК). При спадкуванні за законом закликання спадкоємців наступних черг можливе лише у випадку, коли до факту смерті спадкодавця приєднається факт відсутності спадкоємців попередніх черг, рівно як і відмова від спадщини або неприйняття її ними.

Очевидно, що, на перший погляд, між двома підставами спадкування багато спільних юридичних фактів (смерть спадкодавця, відкриття спадщини, прийняття спадщини), і відмінність полягає лише у призначенні спадкоємців, але не слід забувати, що кожна група може мати свою сукупність фактів. При спадкуванні за законом коло спадкоємців визначено законом, а при спадкуванні за заповітом – спадкоємця призначає сам спадкодавець у своєму заповіті. А. П. Сергеев і Ю. К. Толстой вважають, що в такому випадку спадкодавець може зіграти роль «собаки на сіні», позбавивши у заповіті права спадкування всіх спадкоємців за законом і, разом з тим, нікому нічого не заповівши. Але у цьому випадку спадкодавець повинен знати, на що він йде, хоча і не прямо, але опосередковано спадкодавець санкціонує тим самим перехід спадщини до держави ...» [20, с. 613]. Так, звісно, за наявності такого юридичного факту як призначення спадкоємця спадкодавцем у заповіті виникає певний ризик у спадкоємців, перш за все першої черги, бути позбавленими права на спадкування. Але даний юридичний факт може виникнути тільки за волею заповідача і є першим у суворій послідовній сукупності юридичних фактів, що становлять підставу спадкування за заповітом.

Деякі елементи юридичного складу виникнення спадкових прав можуть бути і заперечними. Даний склад юридичних фактів Є. О. Рябоконтюк відносить до етапу відкриття спадщини, вважаючи, що незалежно від підстави спадкування – утримання від вчинення діянь, спрямованих на позбавлення життя спадкодавця або спадкоємців, для переходу спадкового майна до територіальної громади як відумерлого – відсутність спадкоємців за законом, якщо спадкодавцем заповідана лише частина майна або позбавлення їх права спадкування в силу норм закону [21, с. 81].

Серед підстав спадкування вище була згадана підстава отримання майна у власність за спадковим договором, яку вбачається розглянути як юридичний факт у складі юридичних фактів на етапі відкриття спадщини. Договір як юридичний факт займає особливе місце в механізмі правового регулювання спадкових відносин. Він розширює можливість спадкоємців в частині встановлення можливої моделі поведінки у спадкових правовідносинах. Договір є одним із поширених правомірних дій, перелічених вище. Укладаючи договір, спадкоємці діють для досягнення певної юридичної мети – отримання майна у власність.

Стаття 1302 ЦК України, яка дає визначення спадкового договору, дає змогу зробити висновок, що цей договір є складною правовою конструкцією. За спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача), і в разі його смерті набуває права власності на майно відчужувача. За

своєю суттю спадковий договір є одним з видів правочинів. В силу структурної складності договір може виступати юридичним фактом із сукупністю прав і обов'язків, а також документом, в якому закріплено права, обов'язки і відповідальність сторін. Саме договір як юридичний факт – основна складова у механізмі динаміки права на стадії реалізації нормативної моделі правосуб'єктності. У зв'язку з цим С. О. Зінченко пропонує зосередитись на вивченні механізму формування договору–юридичного факту в аспекті його природи і змісту [12, с. 132]. З огляду на це автор вважає за необхідне застосувати категорію «умови договору», так як умови використовують для укладення договору. До укладення і на стадії укладення договору умови є тією позицією (вказані в законі або запропоновані будь-якою із сторін), за якими необхідно дійти згоди. Як тільки сторонами було досягнуто згоди, вважає С. О. Зінченко, «ми маємо справу тільки з волею учасників, єдиним вольовим актом» [12, с. 134]. Таким чином, ті умови, щодо яких сторони досягли згоди, переходять у права і обов'язки, які становлять зміст правовідносин. Тому спадковий договір слід розглядати як юридичний факт, зміст якого становить сукупність умов спадкового договору. На перший погляд, можна виділити такі ознаки спадкового договору, що дає нагоду виділити його як підставу набуття майна у власність шляхом спадкування: 1) наявність укладеного спадкового договору; 2) смерть спадкодавця; 3) отримання майна у власність.

У структурі спадкового договору слід виділити такі умови (факти), які спричиняють виникнення підстави для отримання майна у власність: 1) спеціальний суб'єкт спадкових правовідносин – відчужувачем є подружжя, один з подружжя (ст. 1303 ЦК) (особи, які входять до першої черги спадкування за законом), тоді як набувачем – може бути як фізична, так і юридична особа; 2) предметом даного договору є спадщина, яка може складатися із майна, що є спільною сумісною власністю або особистою власністю подружжя; 3) умовами договору як підстави спадкування є: а) можливість вчинення набувачем дії (майнової або немайнової) до відкриття спадщини або після її відкриття (ст. 1305 ЦК); б) у разі смерті одного з подружжя спадщина переходить до другого із подружжя, а вже потім до набувача за договором (ч. 2 ст. 1306 ЦК). Смерть відчужувача слід виокремити в самостійний від умов договору факт, так як для укладення спадкового договору він не має значення, але є необхідною умовою для моменту набуття права власності на майно, яке було предметом договору.

Отже, всі ці умови становлять не окремі юридичні факти, а сукупність умов єдиного юридичного факту – спадкового договору. Тому спадковий договір як правочин за своєю суттю є юридичним фактом (підставою), який здатен спричинити виникнення таких наслідків, як і при спадкуванні – отримання майна набувачами у власність. Така ідентичність наслідків ще не дає підстав виокремлювати спадковий договір в окремий вид спадкування, так як схожі наслідки притаманні і деяким іншим похідним способам набуття права власності (договір купівлі-продажу, договір дарування, набувальна давність, спадкування). Але при цьому слід враховувати особливу сукупність умов спадкового договору, що формують підставу (юридичний факт) відкриття спадщини, а відтак, формують окремий порядок спадкування.

Підсумовуючи викладене, можна зробити такі висновки:

1) розглядаючи юридичні факти як підстави спадкування, слід розмежовувати поняття «види» спадкування і «підстави» спадкування за такими ознаками: 1) наявність юридичних фактів, встановлених правовими нормами; 2) сукупність норм, які вони регулюють; 3) наявність зв'язку між юридичними фактами і сукупністю норм, що регулюють певні правовідносини;

2) спільним юридичним фактом для будь-яких підстав спадкування є смерть спадкодавця, оскільки він є: 1) обов'язковим фактом для формування будь-якої підстави (виду) спадкування; 2) є основним юридичним фактом у ланцюгу сукупності послідовних юридичних фактів, які призводять до виникнення спадкових правовідносин; 3) спонукає до виділення підстав спадкування (за заповітом, за законом, за спадковим договором);

3) у зв'язку з цим пропонується таке визначення: юридичний факт – смерть спадкодавця – це юридичний склад сукупності фактичних і юридичних ознак, що спричиняють виникнення спадкових відносин у спадкоємців. Смерть як фактична обставина – це життєва обставина (подія), яка призвела до фізіологічного припинення існування фізичної особи. Смерть як юридична обставина – це офіційна констатація події у формі державної реєстрації юридичного факту;

4) спадковий договір слід розглядати як юридичний факт, який становить сукупність умов спадкового договору, що формують підставу (юридичний факт) відкриття спадщини, а відтак, формують окремий порядок спадкування. Пропонується виділити такі ознаки спадкового договору, що дає змогу виокремити його серед підстав спадкування як окремий порядок спадкування: 1) наявність укладеного спадкового договору; 2) смерть спадкодавця; 3) отримання майна у власність.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Гражданское право*. В 4-х т. Т. II.: Вещное право. Наследственное право. Исключительные права. Личные неимущественные права: Учеб. / [Зенин И. А и др.]; отв. ред. Е. А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 496 с. – (Серия «Классический университетский учебник»).
2. *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.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2008. – 1216 с.
3. *Харитонов Є. О., Старцев О. В.* Цивільне право України: Підручник. – вид. 2-е, перероб. і доп. – К.: Істина, 2007. – 816 с.

Implementation of the inheritance depends on certain rules of law legal facts, which form the base (types) of hereditary relationship. The author proposes to distinguish between the concept of "species" and "foundation" of inheritance, depending on the composition of legal facts. In particular, it is proposed to allocate the following reasons inheritance: by will, by law, the inheritance contract.

Осуществление наследования зависит от определенных нормой закона юридических фактов, которые и формируют основания (виды) возникновения наследственных отношений. В статье предлагается разграничивать понятия «виды» и «основания» наследования в зависимости от состава юридических фактов. В частности, предлагается выделить следующие основания наследования: по завещанию, по закону и отдельный порядок приобретения права собственности на вещь по наследственному договору.

4. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. – 5-е изд., стереот. – М.: Статут, 2009. – 351 с. – (Классика российской цивилистики).
5. *Заїка Ю. О.* Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток: Монографія. – 2-е вид. – К.: КНТ, 2007. – 288 с.
6. *Грудцына Л. Ю.* Наследственное право: Учебный курс. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Изд-во Эксмо, 2006. – 272 с.
7. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья.* – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.interlaw.ru/law/docs/10064072-091.htm>.
8. *Цивільний кодекс України. Постатейний коментар у 2-х частинах. Частина 2 / Кер. автор. колектив. та відповід. ред. проф. А. С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнецова.* – К.: Юстініан, 2006. – 1008 с.
9. *Гражданское право. Часть первая: Учебник для вузов /* Под ред. В. П. Камышанского, Н. М. Коршунова, В. И. Иванова. – М.: Эксмо, 2007. – 704 с. – (Российское юридическое образование).
10. *Красавчиков О. А.* Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2-х т. Т. 2. – М.: Статут, 2005. – 494 с. – (Классика российской цивилистики).
11. *Исаков В. Б.* Юридические факты в российском праве. – М., 1998. – С. 8.
12. *Зинченко С. А.* Юридические факты в механизме правового регулирования. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 152 с.
13. *Суб'єкти цивільного права /* За заг. ред. академіка АПРН України Я. М. Шевченко. –Х.: Харків юридичний, 2009. – 632 с.
14. *Гражданское право. В 4-х т. Т. 1. Общая часть: учеб. /* [Ем В. С. и др.]; отв. ред. Е. А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 720 с.
15. *Чуйкова В. Ю.* Правові питання спадкування за заповітом: Автореф. дис... на здобут. наук. ступ. канд. юрид. наук / Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Х., 1999. – 24 с.
16. *Скаун О. Ф.* Теория держави і права (Энциклопедический курс): Підручник. – Х.: Еспада, 2006. – 776 с.
17. *Черепашин Б. Б.* Труды по гражданскому праву. – М.: «Статут», 2001. – 479 с. – (Классика российской цивилистики).
18. *Антимонов Б. С., Граве К. А.* Советское наследственное право. – М.: Юрлит. – 1955. – 264 с.
19. *Цивільне право України: Підручник: У 2-х т. /* Борисова В. І., Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. Борисова В. І., Спасибо-Фатєєвої І. В., Яроцького В. Л. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – 480 с.
20. *Гражданское право: Учеб. В 3-х т. Т. 3.* – 4-е изд. перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – 784 с.
21. *Рябоконе С. О.* Спадкове правовідношення в цивільному праві: дис. на здобут. ступеня канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.03 /Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2002. – 229 с.

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СПАДКОЄМЦІВ ЗА ВИМОГАМИ, ЩО ОБТЯЖУЮТЬ СПАДЩИНУ

Гелич А. О.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

У статті визначається поняття вимог, які обтяжують спадщину. Автор робить висновок про те, що вимоги, які обтяжують спадщину, розглядаються як складова частина спадкового майна. Під вимогами, які обтяжують спадщину, розуміють борги спадкодавця та витрати на утримання, догляд, лікування та поховання спадкодавця.

Ключові слова: спадкування, спадщина, борги спадкодавця, вимоги кредиторів спадкодавця.

Актуальність розгляду питання відповідальності спадкоємців за вимогами, що обтяжують спадщину, пояснюється тим, що необхідно, враховуючи правове регулювання Книги першої Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, визначити правову природу спадщини як особливого об'єкта спадкових правовідносин та встановити, зокрема, співвідношення понять «спадщина» та «вимоги, що обтяжують спадщину».

Ступінь наукової розробки теми. В сучасній літературі дослідження відповідальності спадкоємців за вимогами, що обтяжують спадщину, мають більш фрагментарний характер і, звичайно, розглядаються у зв'язку із питанням поняття та складу спадщини. Теоретичні проблеми об'єктів цивільних правовідносин та об'єктів спадкування розглядали такі автори: М. М. Агарков, В. А. Белов, С. М. Братусь, О. В. Дзера, М. К. Галянич, Д. М. Генкін, І. В. Жилінкова, Ю. О. Заїка, М. Д. Єгоров, О. С. Іоффе, І. М. Кучеренко, В. В. Луць, З. В. Ромовська, Є. О. Рябоконь, В. І. Серебровський, Ю. К. Толстой, С. Я. Фурса, Р. Й. Халфіна, Є. О. Харитонов, Б. Б. Черепакін, Я. М. Шевченко та інші. Питання боргової відповідальності спадкоємців ґрунтовно досліджувалось в дореволюційній літературі, зокрема, в монографіях Г. Дормидонтова «Об ответственности наследников по обязательствам, оставленных наследодателем», І. Кістяківського «Долговая ответственность наследника в римском праве» та ін.

Метою даної статті є визначення правової природи вимог, що обтяжують спадщину, підстав виникнення та порядку їх задоволення.

Питання відповідальності спадкоємців за вимогами, що обтяжують спадщину, повинно ґрунтуватися на загальних положеннях щодо об'єкта спадкування. В юридичній літературі найбільш поширеним є розуміння категорії «об'єкт спадкування», згідно з яким у порядку спадкування до спадкоємців від спадкодавця переходять майнові і деякі немайнові права і обов'язки, які утворюють актив і пасив спадщини як єдине ціле. Спадщина визначається як сукупність цивільних прав та обов'язків, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини та не припинилися внаслідок його смерті. Права та обов'язки спадкодавця, які входять до складу спадщини, можуть мати майновий та немайновий характер.

Таке розуміння спадщини відповідає поняттю спадщини в цивільному законодавстві та визначається тлумаченням норм Книги шостої ЦК України «Спадкове право», яка містить положення щодо поняття спадкування, складу спадщини, прийняття та відмови від спадщини тощо. Ст. 1218 ЦК України «Склад спадщини» встановлює: «До складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті». Зміст вказаної норми дає змогу здійснити загальну характеристику складу спадщини, яка уточнюється в нормах щодо визначення

прав та обов'язків спадкодавця, які не входять до складу спадщини, та в нормах, що встановлюють спеціальний правовий режим деяких видів прав та обов'язків, які належали спадкодавцеві.

Статтею 1216 ЦК України визначається поняття спадкування як перехід прав і обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). Тобто відповідно до вказаної норми спадкування – це перехід прав і обов'язків спадкодавця до спадкоємців, але не до кредиторів спадкодавця. На відміну від, наприклад, англо-американської системи, де спадкування – це опосередкований перехід прав і обов'язків від спадкодавця через екскутора до спадкоємців та кредиторів спадкодавця [5, с. 1166, 1171–1173].

Питання обов'язків спадкодавця як складової частини спадщини, з одного боку, вважається незаперечним, а з іншого – є предметом наукової дискусії та викликає значну кількість проблем при застосуванні відповідних норм. Центральним питанням щодо вимог, які обтяжують спадщину, є питання відповідальності спадкоємців за боргами спадкодавця, яка здійснюється в порядку, передбаченому ст. 1281–1282 ЦК України. В літературі це питання отримало назву боргової відповідальності спадкоємців.

Традиційно вважається, що відповідальність спадкоємця за вимогами, які обтяжують спадщину, ґрунтується на універсальному правонаступництві спадкоємців та є його наслідком. Зазначимо, що така точка зору ґрунтується на традиційному уявленні про сутність боргової відповідальності спадкоємця, яка в дореволюційній літературі перебувала під значним впливом романістики. Як відомо, боргова відповідальність спадкоємця в римському праві мала необмежений характер. Правову природу такої відповідальності дослідники намагалися обґрунтувати на підставі застосування різних теорій. Так, як зазначає І. Кістяківський, найбільшого поширення в науці набула теорія, яка вбачала в спадкуванні наступництво особистості спадкодавця. Її прибічниками були Пухта, Ієрінг, Зом, Лассаль. Уточнимо, що йдеться про «юридичну, майново-правову» особистість спадкодавця. Це розмежування покликане відділити від «юридичної особистості» ті правові відносини, які припиняються разом зі смертю спадкодавця і на спадкоємця не переходять. Важливий висновок, який виводиться із цієї теорії, що якщо спадкування – є наступництвом особистості померлого, то й обов'язки, природно, переходять до спадкоємців. При цьому розміри відповідальності повинні залишитися такими самими, як і в особи спадкодавця, яка продовжує своє існування у спадкоємцеві. Як критик цієї теорії І. Кістяківський зазначав, що в римському праві далеко не всі навіть майнові права і обов'язки спадкодавця переходили до спадкоємців, наприклад, не переходили всі особисті

сервітути, права та обов'язки із договору доручення тощо [4, с. 2–6]. Далі автор здійснив огляд теорії спадкового правонаступництва і боргової відповідальності спадкоємця, що її висунув Ф. Лассаль, який вбачав сутність римського спадкування в наступництві спадкоємцем волі особи, яка залишила спадщину [4, с. 6–8]. Також викладається теорія, прибічниками якої були Гофман, Унтер та інші. Відповідно до цієї теорії предметом універсального правонаступництва є майно спадкодавця. Майно – це не сума предметів, з яких складається спадщина, а єдність активу і пасиву. Права вимоги, борги – невід'ємні частини цієї єдності, тому вони і переходять до спадкоємця в цілому [4, с. 8]. В російській літературі проти такого розуміння виступив Л. Кассо, який вказував, що майно в римському праві складається виключно з активу. Борги не є складовою частиною майна: «вони обтяжують майно, зменшують його і можуть довести до нуля його вартість, і саме тому вони є зовнішнім фактором, який не може бути підведений під поняття про bona». Таким чином, відповідальність спадкоємця за боргами спадкодавця – це не наслідок універсальності спадкового правонаступництва, а необмежений характер відповідальності за боргами спадкодавця, це спеціальний принцип римського права. Йому історично протиставляється принцип обмеженої відповідальності спадкоємців за боргами спадкодавця, який був прийнятий в германському праві і перейшов до сучасних законодавств [4, с. 17]. На думку І. Кістяківського: «Необмежена відповідальність не спеціально римський принцип; йому неможливо протиставити принцип германський – відповідальність обмежену. Необмежена відповідальність властива всім народам на певних щаблях їх культурного розвитку. Причина її появи в історії, так само як і причини самого факту переходу обов'язків на спадкоємців, полягає у спільності сімейного майна» [4, с. 37].

Звичайно, спадкове право України ґрунтується на принципово інших засадах відповідальності спадкоємців за боргами спадкодавця, але теоретичне обґрунтування такої відповідальності, яке ми знаходимо в літературі з римського спадкового права, має значну цінність і є важливим для досліджень такого характеру.

В сучасній літературі із спадкового права існують різні точки зору щодо правової природи боргової відповідальності спадкоємців. Наприклад, В. Серебровський взагалі заперечує те, що борги спадкодавця є складовою частиною спадщини. Як бачимо із вищенаведеного огляду літератури, така точка зору має певні історичні, наукові традиції.

Відповідно до точки зору В. Серебровського боргова відповідальність спадкоємця походить не із сутності універсального спадкового правонаступництва, а встановлюється спеціально законом [6, с. 219]. Тобто цей визначний цивіліст був прибічником класичної точки зору, за якою необмежена відповідальність спадкоємця за боргами спадкодавця вбачалася як неодмінна ознака універсального характеру спадкування. На його думку, в сучасному спадковому праві така залежність не прослідковується.

Більш поширеною є точка зору, відповідно до якої обов'язки спадкодавця (борги) входять до складу спадщини. Так Ю. Заїка зазначає: «До складу спадщини входять не лише права спадкодавця, а й цілий ряд майнових зобов'язань, а саме, борги спадкодавця, що

впливає з універсального характеру спадкового правонаступництва» [1, с. 75]. Автор вказує, що термін «борг» законодавець використовує у значенні майнових обов'язків у широкому розумінні та зазначає, що в сучасних умовах пасиви спадщини можуть бути досить значними у зв'язку з майновими зобов'язаннями спадкодавця у сфері підприємницької діяльності [1, с. 75].

Відповідно до ч.1 ст. 1282 ЦК України спадкоємці, які прийняли спадщину, зобов'язані задовольнити вимоги кредитора повністю, але в межах вартості майна, одержаного у спадщину. Кожен із спадкоємців зобов'язаний задовольнити вимоги кредитора особисто у розмірі, який відповідає його частці у спадщині.

Спадкове правонаступництво (спадкування) – є специфічною категорією, яка характеризує перехід прав та обов'язків фізичної особи-спадкодавця (правопередника) до її спадкоємців (правонаступників). Зазначимо, що перехід частини спадкового майна, яка становить борги спадкодавця, до його кредиторів відбувається в межах зобов'язальних правовідносин, учасниками яких є кредитори спадкодавця та його спадкоємці, і не охоплюється поняттям спадкування відповідно до ст. 1216 ЦК України. Набуття спадкоємцями спадщини як сукупності прав та обов'язків є умовою відповідальності спадкоємців за зобов'язаннями спадкодавця, другою необхідною умовою є заявлення вимог кредиторів відповідно до порядку, встановленого ст. 1281 ЦК України.

Категорія відповідальності спадкоємця за боргами спадкодавця зазнала значних змін як у власне її правовому регулюванні, так і щодо понять, які є суміжними із цією категорією. Вони являють собою окремі види обов'язків спадкоємця, які підлягають іншому правовому режиму, що проявляється або в окремому порядку їх задоволення, або навіть не входять до складу спадщини, як, наприклад, витрати на охорону і управління спадковим майном.

Загальним правилом мало б слугувати те, що за рахунок і в межах вартості спадщини відшкодовуються вимоги, підстави яких мали місце до відкриття спадщини. Адже саме за часом відкриття спадщини встановлюються активи та пасиви спадкового майна. Відповідно до змісту ч.5 ст. 1268 ЦК України: «Незалежно від часу прийняття спадщини вона належить спадкоємцеві з часу відкриття спадщини». Але нормами законодавства можуть встановлюватися спеціальні випадки відшкодування витрат, які виникли після відкриття спадщини за рахунок спадкового майна, тобто, якщо буквально тлумачити ч. 5 ст. 1268 ЦК України, за рахунок майна, яке вже належить спадкоємцеві.

Традиційно, вимоги, що обтяжують спадщину, розглядаються як складова частина спадкового майна. Разом з тим потрібно зазначити, що такі вимоги за підставами їх виникнення є неоднорідними. Можна виділити борги самого спадкодавця, тобто обов'язки, які існували на момент відкриття спадщини, та обов'язки, які виникли після відкриття спадщини (витрати на охорону і управління спадковим майном тощо), і очевидно, що порядок задоволення таких вимог має бути різним. Крім того, особливим видом вимог, що обтяжують спадщину, є витрати на утримання, догляд, лікування та поховання спадкодавця, передбачені ст. 1232 ЦК України. Підстави виникнення таких зобов'язань можуть мати місце як до (витрати на утримання, догляд, лікування спадкодавця), так

і після (витрати на поховання спадкодавця) відкриття спадщини. Незалежно від цього ст. 1232 ЦК України встановлено, що спадкоємці зобов'язані відшкодувати розумні витрати, які були зроблені одним із них або іншою особою на утримання, догляд, лікування та поховання спадкодавця. Вказані витрати відшкодовуються до виплати боргів кредиторам спадкодавця за рахунок спадщини і в межах вартості спадкового майна, яке перейшло до кожного із спадкоємців. Вимоги про відшкодування зазначених витрат здійснюються після подання заяви зацікавленими особами, це може бути не лише спадкоємець, а й родичі померлого, виконавець заповіту, громадські організації за останнім місцем роботи померлого. Витрати компенсуються за рахунок грошей, що входять до складу спадщини. У разі їх відсутності нотаріус має право видати розпорядження про видачу із спадкового майна речей, вартість яких не має перевищувати суми фактичних затрат. Банки (фінансові заклади), на вкладах або на рахунках яких перебувають гроші спадкодавця, зобов'язані за розпорядженням нотаріуса надати їх особі, яка зазначена в ньому. Витрати на утримання, догляд, лікування спадкодавця можуть бути стягнені не більше ніж за три роки до його смерті [7, с. 861]. Таким чином, встановлюються спеціальні підстави виникнення, порядок пред'явлення та задоволення вимог, передбачених ст. 1232 ЦК України, що свідчить про їхню особливу правову природу, разом з тим вони можуть бути визначені як складова частина вимог, що обтяжують спадщину.

Ще більш складним є питання щодо витрат на охорону та управління спадковим майном (ст. 1283–1285 ЦК України). Частиною 4 ст. 1283 ЦК України передбачено, що витрати на охорону спадкового майна відшкодовуються спадкоємцем відповідно до їхньої частки в спадщині. Тобто буквально тлумачення цієї норми вказує на те, що, по-перше, такі витрати мають здійснюватися самим спадкоємцем, і, по-друге, спадкоємці не мають права обґрунтовувати перед кредиторами спадкодавця зменшення активу спадкової маси вказаним видом витрат. Такі самі міркування мають стосуватися і витрат, понесених у зв'язку із управлінням спадщиною (ст. 1285 ЦК України). Відповідно до ст. 64 Закону України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. в редакції Закону від 01.10.2008 р. можна зробити висновок, що витрати на охорону

та управління спадковим майном здійснюються за рахунок спадкового майна [2]. В п. 199 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України на відміну від попередньої редакції не вказується прямо, що нотаріус до закінчення строку на прийняття спадщини може видати спадкоємцеві дозвіл на одержання частини вкладу спадкодавця у банку (фінансовій установі) на покриття витрат, пов'язаних із охороною і управлінням спадковим майном [3]. На нашу думку, навіть якщо такі витрати будуть компенсованими за рахунок спадкового майна, надалі вони мають бути перераховані як витрати спадкоємця і не повинні входити до складу спадщини.

Висновки. Таким чином, вимоги, що обтяжують спадщину, розглядаються як складова частина спадкового майна. Зазначимо, що такі вимоги за підставами їх виникнення є неоднорідними. Можна виділити борги самого спадкодавця, тобто обов'язки, які існували на момент відкриття спадщини, та обов'язки, які виникли після відкриття спадщини (витрати на охорону і управління спадковим майном). Особливим видом вимог, що обтяжують спадщину, є витрати на утримання, догляд, лікування та поховання спадкодавця, передбачені ст. 1232 ЦК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Заїка Ю.О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток: Монографія. 2-е вид. – У.: КНТ, 2007. – С.75.
2. Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. № 3425-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.
3. Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: затв. наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004 р. № 20/5 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 10. – Ст. 639.
4. Кистьяковский И. А. Долговая ответственность наследника в римском праве. – К., 1900. – С. 2–17, 37.
5. Основные институты гражданского права зарубежных стран / Отв. ред. В. В. Залесский. – М.: Норма, 2009. – С. 1166, 1171–1173.
6. Серебровский В.И. Избранные труды. М.: Статут (Серия «Классика российской цивилистики»), 1997. – С. 219.
7. Цивільний кодекс України. Постатейний коментар у двох частинах. Частина 2. Керівники авторського колективу та відповідальні редактори проф. А. С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнецова. – К.: Юстиніан, 2005. – С. 861.

The article deals with the concept of demands which burden inheritance. The author comes to conclusion that demands which burden inheritance are considered as a part of inheritance. The testator's debts, living expenses, cure and funeral costs are deemed as demands that burden inheritance.

В статті определяється понятие требований, обременяющих наследство. Автор делает вывод о том, что требования, отягощающие наследство, рассматриваются как составная часть наследственного имущества. Под требованиями, обременяющими наследство, понимают долги наследодателя и расходы на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя.

ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАСТАВИ ВІДПОВІДНО ДО ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Корнієнко Ю. І.

науковий співробітник відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва

У статті розглядаються проблеми, пов'язані з існуванням та формуванням інституту застави на сучасному етапі розвитку цивільного законодавства. Досліджено правову природу застави, визначено змішану/подвійну природу цього інституту цивільного права.

Ключові слова: застава, речово-правова природа застави, зобов'язально-правова природа застави.

Протягом тривалого терміну на сторінках юридичної літератури ведеться дискусія про те, чи є застава правом речовим чи зобов'язальним, особливо інтенсивно відбувалося обговорення до 1917 р. В радянський період це питання виявилось спочатку малоцікавим для науки цивільного права, а згодом взагалі не досліджувалось, але не тому, що переважала одна точка зору або було винайдено компромісне рішення. Це пов'язано з тим, що, по-перше, увага науковців була зосереджена на питаннях, які вбачались на той час важливішими (про право власності, правоздатність соціалістичних організацій тощо) [1, с. 9]. По-друге, в умовах планової економіки застава не мала істотного значення, тому інтерес до неї, до її правової природи втрачався. По-третє, наприкінці 40-х років ХХ ст., напевно, внаслідок тогочасної державної політики, радянська цивілістична наука дійшла висновку про доцільність «передачі в архів» категорії речових прав. Після «позбавлення» науки цивільного права питання про речові права автоматично вирішилася проблема з правовою природою застави – виключно зобов'язальна. Відповідно, змінилося й законодавство (Цивільний кодекс СРСР не містив положень про речові права).

Наприкінці 50-х початку 60-х років ХХ ст. деякі науковці вважали можливим диференціацію цивільних правовідносин на речові й зобов'язальні. Але, як правило, ґрунтовного дослідження речових прав не проводилось. Майже не з'являлись праці, які б містили об'єктивний аналіз речових прав. Лише останнім часом повернувся інтерес до речових прав. У зв'язку з цим, а також «офіційною реабілітацією» речових прав проблема правової природи застави стала актуальною.

Проблеми, пов'язані з існуванням та формуванням інституту застави, не знайшли достатнього дослідження у працях українських науковців і тому потребують глибшого тлумачення та роз'яснення. Дослідження правової природи застави були предметом дискусій та наукових досліджень таких науковців як: Т. С. Шкрум, І. І. Пучковська, В. В. Носік, Д. М. Гридзук, В. О. Олійник, Р. А. Майданик тощо.

Метою даної статті є дослідження правової природи застави, яка містить у собі цілу низку спірних, дискусійних, донині не розв'язаних положень.

Отже, як зазначено вище, питання про юридичну природу застави віддавна є одним із найбільш дискусійних у цивілістиці. На думку одних учених, наприклад, Г. Ф. Шершеневича, право застави є речовим правом. У Німецькому цивільному уложенні сам законодавець оголосив заставне право речовим [10]. Інші дослідники зараховують заставу до категорії зобов'язальних прав. Серед дослідників також висловлюється думка про те, що заставу треба відносити до прав, які досить схожі до речових, хоча й мають деякі ознаки зобов'язальних [2, с. 14]. Отже, щоб визначити сутність заставного права, необхідно враховувати відмінності, які існують між речовими й зобов'язальними правами. Однак багато дослідників неодноразово підкреслювали умовність такої класифікації. Зокрема, Ю. С. Гамбаров зазначав: «...речові й зобов'язальні права взаємно обумовлюються і часто переходять з одного в інше. Докорінна протилежність речових і зобов'язальних прав виражається різко тільки на перших ступенях розвитку права, коли всі права

виступають у цивільному житті у своїй конкретній оболонці і суто типових формах» [9, с. 326]. Існування змішаних, речово-зобов'язальних правовідносин визнавалось також О. С. Іоффе [12, с. 75]. Цікаву думку висловив з цього приводу М. М. Агарков: «відмінність абсолютних і зобов'язальних правовідносин є відмінністю саме правовідносин, а не інститутів. У межах одного і того самого інституту можуть бути правовідносини як абсолютні, так і відносні...» [4, с. 31 – 32]. Детальний аналіз проблеми існування конструкцій з речово-правовими і зобов'язально-правовими елементами міститься в дослідженнях М. І. Брагінського [7]. При цьому головною перешкодою для розподілу прав на речові та зобов'язальні визнається наявність прав, що не можуть бути віднесені ні до тієї, ні до іншої категорії [6, с. 32].

Враховуючи певну умовність поділу прав на речові та зобов'язальні, між ними існують і зберігаються відмінності, які мають практичне значення і відображаються на підходах до законодавчого врегулювання згаданих прав. Як справедливо зазначає Ю. В. Тімоніна, «сучасна законодавча тенденція така, що поряд із винятково зобов'язальними чи винятково речовими правовідносинами існує і збільшується змішана група відносин, в якій містяться як зобов'язальні, так і речові елементи» [5, с. 52]. Аналіз чинного законодавства свідчить, що деякі засоби забезпечення виконання зобов'язань (наприклад, застава) є зобов'язаннями, зміст яких дає підстави стверджувати також і те, що цей вид правовідносин містить елементи такого речового права як «права на чужі речі» [13, с. 35]. Дія згаданих речових елементів настільки значна, що в деяких правових системах застава (наприклад, у Німеччині) розглядається як одне з речових прав.

Так, Р. А. Майданик також зазначає, що застава загалом є речовим правом на мінову вартість, а не на сам предмет, оскільки воно породжує пряме і безпосереднє відношення між особою і річчю з приводу задоволення вимог кредитора за рахунок коштів реалізації заставленої речі. У зв'язку з цим слід зазначити, що безпідставність заперечення речово-правової природи заставного права підтверджується як нелогічністю подібних міркувань, так і неможливістю виступу речі боржником, оскільки боржник зобов'язаний щось виконати, зобов'язаний діяти, а для речі це неможливо [3, с. 34].

Речово-правовий характер застави підтверджується поширенням на це право положень про права слідування, старшинства, абсолютність захисту та обтяження титулу власника.

Задоволення вимог кількох заставодержателів на один предмет застави здійснюється за принципом старшинства. Зміст цього принципу полягає в тому, що заставне право користується перевагою перед встановленими пізніше речовими правами на ту саму річ, а колізія кредиторів вирішується за принципом старшинства.

Положення зазначеного принципу знайшли відображення у співвідношенні різних за часом виникнення іпотек, як однієї з видів застави, на одне й те саме майно. У випадку, якщо строк виконання зобов'язання, забезпеченого наступною іпотекою, настає раніше строку виконання зобов'язання, забезпеченого попередньою іпотекою, то при зверненні стягнення на заставлене майно, в першу чергу, задовольняються вимоги попередніх

заставодержателів, навіть якщо строк виконання за ними не настав. Якщо ж ці заставодержателі не скористаються наданим їм правом, то до набувача нерухомості переходять зобов'язання заставодавця за попередньою іпотекою. Заставодержатель вправі захищати своє право речово-правовими способами захисту від будь-яких третіх осіб, у тому числі й від власника речі, обтяженої заставою. Застава передбачає обмеження власника в праві розпорядження заставленим майном. Заставодавець вправі відчужувати предмет застави, передавати його в оренду або безоплатне користування іншій особі або іншим чином розпоряджатися ним лише за згодою заставодержателя, якщо інше не передбачено законом або договором і не впливає із сутності застави [3, с. 35].

У разі переходу права власності на предмет застави до іншої особи право застави зберігається. правонаступник заставодавця стає на місце заставодавця і несе всі обов'язки заставодавця, якщо угодою із заставодержателем не встановлено інше. Зазначимо, що право слідування характерне не для всіх видів застави. Право слідування є безумовною речово-правовою рисою іпотеки, на відміну від застави товарів в обороті. Як відомо, товари в обороті, відчужені заставодавцем, перестають бути предметом застави з моменту їх переходу у власність набувача, а придбані заставодавцем товари, вказані в договорі про заставу, стають предметом застави з моменту виникнення у заставодавця на них права власності або господарського відання.

Речово-правовий характер іпотеки житла обумовлений сукупністю притаманих цій конструкції принципів речового права – слідування, старшинства, абсолютності захисту та обтяження титулу власника [3, с. 35].

Підсумовуючи вищезазначене, розглянемо зобов'язально-правові й речово-правові елементи заставних правовідносин у сучасному цивільному законодавстві, а також чи було співвідношення речових і зобов'язально-правових елементів природи застави незмінним при формуванні сучасної концепції застави.

Отже, заставі (відповідно до Цивільного кодексу (ЦК) України і Закону України «Про заставу») властиві такі основні риси зобов'язальних правовідносин:

1. Право застави не встановлює тривале й безпосереднє панування над річчю, що від початку й до кінця свого існування мало б той самий характер [8, с. 331]. За загальним правилом, застава може надати кредиторів лише тимчасове панування над річчю, що обумовлено виконанням забезпеченого зобов'язання. Якщо зобов'язання не буде виконано, то предмет застави підлягає продажу й задоволення вимог кредитора походить із вирученої суми.

2. Застава, будучи одним зі способів забезпечення виконання зобов'язань, виступає в ролі акцесорного зобов'язання і є інститутом зобов'язального права. У ЦК України застава регулюється в розділі зобов'язального права (гл. 49 «Забезпечення виконання зобов'язання»).

3. Відповідно до ст. 576 ЦК України предметом застави може бути будь-яке майно (зокрема, річ, цінні папери, майнові права), що може бути відчужене заставодавцем і на яке може бути звернене стягнення. Як відомо, майнове право саме по собі ні за яких умов не може слугувати предметом речових прав [11, с. 412].

4. Ризик випадкового знищення або випадкового пошкодження предмета застави несе власник заставленого

майна, якщо інше не встановлено договором або законом. У разі випадкового знищення або випадкового пошкодження предмета застави заставодавець на вимогу заставодержателя зобов'язаний надати рівноцінний предмет або, якщо це можливо, відновити знищений або пошкоджений предмет застави (ст. 580 ЦК України). Аналогічне правило неможливо уявити щодо майна, яке належить будь-кому на речовому праві [11, с. 413].

Не можна заперечувати, що заставі також властиві ознаки речово-правових відносин:

1. Право слідування – право застави слідує за річчю (перехід права власності від заставодавця до іншої особи не припиняє заставних правовідносин) (ст. 576 ЦК України).

2. Право переваги – заставодержатель задовольняє свої вимоги до заставодавця за принципом старшинства, за правом переваги (ст. 572 ЦК України). Задоволення вимог кількох заставодержателів на один предмет застави здійснюється за таким принципом: у разі вчинення перезастави (неодноразової застави) одного і того самого майна перевагу в задоволенні своїх майнових вимог має перший заставодержатель, а наступні за ним заставодержателі – кожен попередній перед усіма наступними – у порядку виникнення їх права застави. Причому право звернути стягнення на предмет застави у кожного наступного заставодавця виникає після повного задоволення вимог попереднього кредитора (тобто виключається пропорційність врахування вимог). Додатково щодо рухомого майна зазначений принцип відображається у перевазі зареєстрованої застави над незареєстрованою (ст. 18 Закону України «Про заставу») [14, с. 15].

3. Речовий характер права вимоги надає змогу використати всі встановлені заходи для збереження предмета застави, у тому числі захист від вимог третіх осіб (ст. 587 ЦК України).

4. Абсолютний характер захисту (захист права на предмет застави перед невизначеним колом третіх осіб). Так, ЦК України передбачає речово-правовий захист інтересів заставодержателя. Зокрема, ст. 587 ЦК України надає заставодержателю, у якого перебувало або повинне було перебувати заставлене майно, право витребувати його із чужого незаконного володіння (віндикаційний позов). Забезпечення усунення порушень прав заставодержателя, якщо ці порушення не пов'язані з позбавленням володіння, коли за умовами договору він вправі користуватися переданим йому предметом застави, передбачає можливість звернення до суду з негативним позовом. Оскільки віндикаційний і негативний позови є основними засобами захисту прав власника, будучи атрибутами речово-правових відносин, варто розглядати заставу за законодавством України як правовий інститут, що має змішану природу.

Перебільшення значення зобов'язального елемента порівняно з речовим, так і навпаки, відстоювання речово-правової природи застави, поєднане з запереченням зобов'язально-правового елемента, призводить до незавершеності конструкції застави. Отже, слід погодитися з позицією деяких вчених про те, що дискусія про речово-правовий чи зобов'язально-правовий характер застави повинна бути вирішена у формі визнання подвійної (змішаної) природи застави.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Генкин Д. М., Новицкий И.Б., Рабинович Н. В. История советского гражданского права. – М., 1949.
2. Фогельсон Ю. Б. Избранные вопросы общей теории обязательств: курс лекций. – М.: Юристь, 2001.
3. Майданик Р. А. Правова природа інституту іпотеки // Юридичний вісник. – 2009. – № 1 (10). – С. 31 – 38.
4. Азарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву – М., 1940.
5. Актуальные проблемы гражданского права // Сборник статей. Вып. 2 / Под ред. М. И. Брагинского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: «Статут», 2000.
6. Актуальные проблемы гражданского права // Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В. В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: «Статут», 2002.
7. Брагинский М. И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений // Гражданский кодекс России: Проблемы. Теория. Практика. – М., 1998. – С. 113 – 130.
8. Хвостов В. М. Система римського права. Учебник. – М. – Спарк, 1996.
9. Гамбаров Ю.С. Вещное право. – Спб., 1913.
10. Германское право. Часть 1. Гражданское уложение. – М., 1996. – С. 245 – 276.
11. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общие положения. – М.: Статут, 1998. – С. 402.
12. Иоффе О. С. Советское гражданское право. Курс лекций. Ч.1. – Л., 1958.
13. Становлення і розвиток цивільних і трудових правовідносин у сучасній Україні: монографія / Кол. авторів: Я. М. Шевченко, О. М. Молявко, Г. В. Єрьоменко та ін.; Кер. авт. колективу, наук. ред. Я. М. Шевченко. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001.
14. Пацурківський Ю. П. Правова природа застави // Науковий вісник Чернівецького університету. Збірник наукових праць. Вип. 154. Правознавство. – Чернівці: ЧДУ, 2002.

In the article problems are examined related to forming and existence of institute of mortgage on the modern stage of development of civil law, legal nature of mortgage is investigational, the mixed / ambivalent nature of this institute of civil law is marked.

В статье рассматриваются проблемы, связанные с формированием и существованием института залога на современном этапе развития гражданского права, исследована правовая природа залога, обозначена смешанная / двойственная природа этого института гражданского права.

ПРАВО НА БЕЗОПЛАТНУ МЕДИЧНУ ДОПОМОГУ: ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ ТА ЇХ РЕАЛІЗАЦІЯ В УКРАЇНІ

Молодик К. Ю.,

*кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник відділу міжнародного порівняльного права та порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

У статті розглядаються проблеми поєднання публічно-правових та приватноправових засад нормативно-правового регулювання надання безоплатних медичних послуг. Досліджено підходи до вказаного питання, напрацьовані у рамках низки міжнародних організацій (ООН, Ради Європи тощо), а також у законодавстві та правозастосовній практиці України, Росії, Білорусії та Казахстану. Наголошено на необхідності більш активної участі вітчизняних вчених-правознавців в пошуку широкого суспільного компромісу з питання, що досліджується.

Ключові слова: плата, медична допомога, рівність, солідарність.

Конституція України (стаття 49) , як, до речі, і раніше чинна Конституція УРСР, проголошує право на безоплатну медичну допомогу. Звісно, вона абсолютно безоплатною ніколи не була, адже і за радянських часів існували госпрозрахункові поліклініки, в першу чергу у галузі стоматології, але не тільки. Не були повністю безоплатними і такі медичні послуги як санаторно-курортне лікування. За путівки певний відсоток платили профспілки, а частину – члени профспілки (громадяни). Були винятки, коли за путівки профспілки платили 100 % їх вартості. Крім того, якщо під час стаціонарного лікування хворі дійсно за ліки не платили, то під час амбулаторного лікування ліки в аптеці, як правило, не були безкоштовними, крім окремих випадків. Отже, повністю безоплатної медицини ніколи й не було.

Якщо буквально тлумачити ст. 49 Конституції України, то можна зробити висновок, що всі ліки в аптеках мають бути безкоштовними. Але всі розуміють, що це неможливо: існує певна межа безоплатності, і ми повинні її провести виходячи з сучасних умов розвитку суспільства.

Так, за повідомленнями ЗМІ у середині поточного року Київська міська державна адміністрація оприлюднила проект розпорядження «Про регулювання тарифів на платні послуги, що надаються лікувально-профілактичними державними і комунальними закладами охорони здоров'я», в якому йшлося про встановлення тарифів на величезний перелік послуг, що надаються шістьма великими комунальними медичними закладами, розташованими у місті Києві [1]. Звісно, інформація про реальну вартість тих чи інших медичних послуг потрібна: необхідність її оприлюднення пов'язана як з економним плануванням бюджетних витрат на забезпечення надання таких послуг, так і як орієнтир для страхових компаній, які працюють на ринку медичного страхування в контексті того, в яких межах мають відшкодовуватися відповідні послуги, отримані страхувальниками. Однак з цього не випливає, що всі зобов'язані платити з власної кишені за все, що довільно встановлює у власних нормативно-правових актах місцева влада того чи іншого регіону

Автор не пропонує у цій статті перелік платних та безоплатних медичних послуг, адже це потребує фахової медичної підготовки та є предметом чисельних, нерідко дуже політизованих, дискусій у багатьох країнах світу. Нашою метою є виявлення та дослідження кола загальних стандартів, підходів, що напрацьовані з відповідного питання на рівні міжнародних організацій та в іноземних країнах, з тим, щоб на їх основі в подальшому можна було б, із залученням лікарів, визначити відповідний перелік для нашої країни.

Перед Європейським судом з прав людини порушувалося питання щодо платної медичної допомоги, однак було визнано, що Європейська конвенція з основоположних прав і свобод людини не гарантує права на безоплатну медичну допомогу, а тому скарги до суду відповідного спрямування є неприйнятними для розгляду. Зокрема, така позиція була висловлена Судом при розгляді справи Пансенко проти Латвії (звернення було визнано неприйнятним) та полягала в тому, що «Конвенція не гарантує, як таких, соціально-економічних прав, включаючи право на безоплатне житло, право на працю, право на безоплатну медичну допомогу чи право вимагати фінансову допомогу від держави для досягнення певного життєвого рівня» [2]. Суд також визнав непринятною іншу заяву (Яжвінський проти Словаччини, зазначаючи, що Конвенція «... не гарантує, як такі, право на працю, право на соціальне забезпечення чи право на захист особистого здоров'я» [3]).

Разом з тим хоча Суд дійсно не захищає права, які безпосередньо не передбачені Конвенцією, Рада Європи, усвідомлюючи величезну суспільну значущість відповідної проблематики, у своїх актах (як Парламентської Асамблеї, так і Кабінету Міністрів) постійно повертається до медичних питань.

Зокрема, Комітет Міністрів Ради Європи ще у 1986 році у Рекомендації № R(86)5 «Про універсальний доступ до медичної допомоги» закликав країни-члени Ради Європи гарантувати, щоб кожний міг отримати необхідну йому медичну допомогу без фінансових перешкод, для забезпечення чого слід запровадити систему фінансової солідарності між всіма захищеними особами [4].

«Положення про доступність медичної допомоги», схвалене четвертою Всесвітньою медичною асамблеєю у Відні (1988 рік), проголошує, що жодна людина, яка потребує допомоги, не повинна отримати відмову в ній через нездатність сплатити. Суспільство зобов'язане забезпечити прийнятне субсидування надання необхідної допомоги тим, хто потребує, а лікарі мають у прийнятних рамках брати участь у наданні такої субсидованої допомоги [5].

Також важливо зауважити, що Рада Європи не могла не враховувати й об'єктивно різний рівень можливостей для фінансування публічної медицини у різних країнах-членах. Тому у Рекомендації Парламентської Асамблеї Ради Європи 1254 (1994) «Про права людей похилого віку на медичне обслуговування і на соціальне забезпечення: етика та політика» такі рекомендації були чітко поділені на дві різні групи: перша – для країн Західної Європи, друга – для країн Центральної та Східної Європи. Так, останнім було запропоновано боротися зі зниженням рівня державної системи охорони здоров'я, а також зробити послуги публічного соціального сектора більш ефективними задля забезпечення реальної підтримки для суспільства та родин [6].

Комітет Міністрів Ради Європи в Рекомендації № R(98)11 «Про організацію послуг з медичної допомоги для хронічних хворих» вказав, що до числа завдань, на яких рекомендується зосередитися країнам-членам задля забезпечення рівності та доступності медичних послуг для цієї категорії пацієнтів, належать у тому числі забезпечення рівності в доступі до медичної допомоги та обмеження приватних внесків пацієнтів на медичні витрати [7].

Радою Європою цілком усвідомлюється і той факт, що певні види медичної допомоги мають дефіцитний характер, і держави вимушені організувати «черги» з числа громадян, яким необхідні такі послуги. Тому було прийнято рішення про видання окремої Рекомендації № R(99)21 «Про критерії організації списків осіб, що очікують на безоплатну медичну допомогу, та строки очікування в сфері охорони здоров'я», в тексті якої Комітет Міністрів Ради Європи неодноразово звертає увагу країн – членів Ради Європи на фундаментальний принцип: доступ до медичної допомоги має бути в усіх, хто її потребує, незалежно від їх спроможності сплатити за неї. Критерії організації черговості щодо надання тих видів медичної допомоги, які об'єктивно неможливо одночасно надати всім, хто цього потребує, мають забезпечувати досягнення завдань рівності, справедливості та ефективності, при цьому соціально-економічний стан пацієнта не може належати до числа відповідних критеріїв [8].

У свою чергу, Європейська Хартія прав пацієнтів, яку було запропоновано для підписання країнам-членам ЄС у 2002 році, декларує, що кожен має право на доступність медичних послуг, яких він потребує за станом здоров'я. Медичні служби мають гарантувати рівну доступність для всіх без дискримінації за ознакою наявності фінансових ресурсів. Людина, яка потребує лікування, але не може сплатити за нього, має право на безоплатне медичне обслуговування [9].

На жаль, такі розумні рекомендації аж ніяк не знизили актуальності проблематики безоплатної медичної допомоги як в Європі, так і в інших країнах світу. Тому Всесвітня організація охорони здоров'я у доповіді 2008 року про стан охорони здоров'я у світі «Первинна медико-санітарна допомога: сьогодні актуальніше, ніж будь-коли» змушена була визнати таке. Медична допомога набуває нищівного характеру у випадках, коли люди не мають соціального захисту та повинні оплачувати медичні послуги у місці обслуговування. Щорічно у світі понад 100 мільйонів осіб зубожіють через необхідність сплати за медичну допомогу. У багатьох країнах світу комерціалізація медичного обслуговування вже досягла нечуваних масштабів, що призвело до поглиблення нерівності, низької якості, а в деяких випадках – небезпечності для здоров'я медичного обслуговування. Комерціалізація медицини значною мірою сприяє підризу довіри до медичного обслуговування та здатності органів охорони здоров'я захистити населення. Тому у більшості країн існує широкий консенсус щодо того, що кожен повинен мати можливість турбуватися про своє здоров'я та отримувати лікування у разі хвороби чи травми не доводячи себе до жебрацтва та злиденного стану [10, Вступ та огляд. – с. Xiv-Xvii та Глава 1, с.16–17].

Питання безоплатної медичної допомоги неодноразово були предметом розгляду іноземних конституційних та вищих загальних судів.

Величезний науковий інтерес із зазначеного питання мають ухвали Конституційного Суду Російської Федерації. Так, в ухвалі від 4 лютого 2000 року № 14-О зазначений суд наголосив, що страхові внески до фондів обов'язкового медичного страхування є «конституційною базою для фінансування медичної допомоги, що надається громадянам державними та муніципальними закладами охорони здоров'я безоплатно». Розвиваючи таку позицію, Суд визнав, що на приватних нотаріусів правомірно був покладений обов'язок сплачувати внески до зазначених фондів, і немає необхідності у відкритті справи щодо конституційності законодавства, яке встановило такий обов'язок [11].

Специфіка медичних послуг пов'язана з переплетінням в процесі її правового регулювання приватноправових (адже право на охорону здоров'я – це цивільне особисте немайнове право, а договір про надання платних медичних послуг – це цивільний договір) та публічно-правових (здоров'я є конституційним правом, яке забезпечується та захищається державою через публічно-правові механізми) засад. При винесенні ухвали від 6 червня 2002 року № 115-О щодо заяви громадянки Є. З. Мартинової [12] Конституційний Суд РФ, на нашу думку, дуже вдало описав взаємодію цих засад. Зокрема, суд звернув увагу на таке:

– оплатне надання медичних послуг є реалізацією гарантованої в РФ свободи економічної діяльності, права кожного на вільне використання своїх здібностей для підприємницької та іншої не забороненої законом економічної діяльності та здійснюється медичними установами в рамках договорів, що регулюються нормами Цивільного кодексу РФ про оплатне надання послуг;

– оскільки засадами цивільного законодавства є недоторканність власності, свобода договору, необхідність безперешкодного здійснення цивільних прав, забезпечення поновлення порушених прав, їх судового захисту, то таке правове регулювання не суперечить Конституції РФ та є, разом з іншими федеральними законами, правовою основою надання громадянам платної медичної допомоги,

– діяльність з надання платної медичної допомоги є підприємницькою діяльністю, яка здійснюється під публічним контролем,

– договір про надання платної медичної послуги є публічним цивільним договором, тобто виконавець не може відмовитися від його укладення, якщо має можливість виконати його. Причина цього полягає у фактичній нерівності сторін (громадянин – замовник послуги є економічно слабкою стороною договору, яка підлягає захисту) в договорі про надання медичної допомоги, його особливому характері (в тому числі унікальності багатьох видів медичної допомоги, залежності її якості від кваліфікації лікаря),

– виконавець за договором не має права на односторонню відмову від виконання зобов'язань за цим договором, навіть за умови відшкодування спричинених цим збитків, адже це є несумісним з суттю медичної професійної діяльності, лікарським обов'язком, морально-етичними та юридичними нормами, що визначають обов'язки лікаря і взаємовідносинах з хворими та права пацієнтів.

У зв'язку з тим, що у чинному Цивільному кодексі України [13] відсутні положення щодо правового врегулювання договорів про надання платних медичних послуг, такі правові позиції можуть бути корисними при

відповідному удосконаленню вітчизняного цивільного законодавства.

Інший громадян Росії – М. Ю. Фуркалок намагався оскаржити до Верховного суду РФ (який є по даній категорії справ судом першої інстанції) урядову постанову, що врегулює засади надання платних медичних послуг у державних та комунальних медичних закладах. У задоволенні таких позовних вимог йому було відмовлено спочатку 18 травня 2002 року по першій інстанції [14], а 25 липня 2002 року – і касаційною колегією Верховного Суду РФ [15].

Важливо, що і в даному випадку Верховний Суд РФ застосовував «публічно-правовий підхід» до відповідних правовідносин: з одного боку, він посилався на норми публічного права (Основи законодавства РФ про охорону здоров'я громадян) щодо програм державних гарантій надання громадянам РФ безоплатної медичної допомоги; з іншого – суд одночасно керувався і нормами цивільного права, зазначаючи, що статті 50 та 120 Цивільного кодексу РФ «не містять заборони некомерційним організаціям, зокрема, державним і муніципальним медичним закладам, надавати платні медичні послуги населенню на доповнення до гарантованого обсягу безоплатної медичної допомоги». До зазначеної позиції першої інстанції касаційна колегія, по суті, лише додала, що перевірка конституційності відповідного правового регулювання належить до виключної компетенції Конституційного Суду РФ, у решті висновків погодилася із судом першої інстанції.

У свою чергу, Конституційний Суд Республіки Білорусь, перевіряючи конституційність національного законодавства у сфері платної медицини, у своєму висновку від 26 травня 2003 року № 3-157/2003 за зверненням палати представників Національних Зборів Білорусі зазначив, що це звернення було викликано тим, що «...запровадження платних видів медичної допомоги викликає неоднозначну реакцію у населення і медичних працівників республіки, у численних зверненнях громадян порушується питання про конституційність правових актів, що регламентують надання платних видів медичної допомоги і послуг» [16]. Під час розгляду цього спору був досягнутий певний політико-правовий компроміс, який полягав у тому, що Уряд затвердив новий перелік платних послуг, скоротивши їх кількість десь удвічі. Було встановлено, що платні медичні послуги є додатковими до гарантованого державою обсягу безоплатної медичної допомоги. Також суд дійшов висновку, що надання медичних послуг другорядного значення за термінологією Всесвітньої організації охорони здоров'я допустимо понад гарантованого обсягу медичної допомоги, що встановлений як державна соціальна гарантія в галузі охорони здоров'я. Певною мірою таке твердження є «запозиченням» правової позиції, що була напрацьована Конституційним Судом України (надалі – КСУ) і викладена в його рішенні від 29 травня 2002 року № 10-рп/2002 у справі про безоплатну медичну допомогу та полягала у тому, що «другорядні» медичні та «парамедичні» послуги можуть бути платними. У підсумку білоруський Конституційний Суд визнав відповідну статтю 5 національного Закону «Про охорону здоров'я» конституційною, а в решті справи провадження у справі припинив.

У науковій літературі тезис про те, що при наданні медичної допомоги пацієнт дійсно є економічно слабкою стороною у відповідних правовідносинах, обґрунтовується

такими аргументами як правового, так і економічного характеру : унікальністю окремих видів медичних послуг; відсутністю у пацієнта повної адекватної інформації про те, яка послуга йому потрібна, її справедливу ціну та брак часу для отримання додаткової інформації про це, особливо у разі важкого його стану; можливістю існування різних рекомендацій щодо характеру подальшого лікування, що надані одному пацієнту різними лікарями; неможливістю для людини передбачати свої майбутні хвороби та які кошти їй прийшлося би витратити в майбутньому на їх лікування та вживати заходи для їх накопичення; можливістю завищення цін на медичні послуги через нееластичність попиту на них (їх споживачі, зазвичай, слабо реагують на зміни їх цін) [18].

Слід зазначити, що Україна дуже обережно ставиться до прийняття на себе міжнародно-правових зобов'язань щодо медичної допомоги, бажаючи залишити за собою у цьому питанні більший простір для маневру у внутрішньому законодавстві. Наприклад, ратифікуючи Європейську соціальну хартію (переглянуту) від 3 травня 1996 року, Україна зробила під час ратифікації застереження, яким виключила застосування на її території «профільної» статті 13 зазначеної Хартії, цим відмовившись прийняти на себе обов'язки забезпечити: щоб будь-якій малозабезпеченій особі, яка неспроможна отримати достатніх коштів власними зусиллями або з інших джерел, зокрема за рахунок допомоги по соціальному забезпеченню, надавалась належна допомога, а у разі захворювання забезпечувався догляд, якого вимагає стан її здоров'я; щоб політичні або соціальні права осіб, які отримують таку допомогу, на цій підставі не обмежувалися; передбачити, що кожна людина може отримувати у відповідних державних чи приватних службах такі поради та персональну допомогу, які можуть бути необхідними для запобігання виникненню особистого або сімейного нужденного становища, для його подолання чи полегшення [19].

Разом з тим положення Конституції України щодо організації надання безоплатних послуг вітчизняними державними та комунальними медичними установами були відображені та розкриті законодавцем у низці чинних законів України, зокрема в статті 4 «Основ законодавства про охорону здоров'я» від 19 листопада 1992 року № 2801-ХІІ (далі – Основи) [20], де одним з основних принципів охорони здоров'я в Україні визнано багатоканальність економіки охорони здоров'я і багатоканальність її фінансування, поєднання державних гарантій з демонополізацією та заохоченням підприємництва і конкуренції; статтях 1 – 4, 11 Закону України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії» від 5 жовтня 2000 року № 2017-ІІІ, виходячи з того, що показник необхідного забезпечення медичними послугами віднесено до кола соціальних норм і нормативів [21]; Цивільному кодексу України від 16 січня 2003 року № 435-ІV (статті 201, 281–287, 901–906) [13] (позитивне забезпечення). Негативне забезпечення цього ж права здійснюється кримінальним законодавством: так, відповідно до частини першої статті 184 Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року № 2341-ІІІ встановлено кримінальну відповідальність за незаконну вимогу оплати за надання медичної допомоги [22].

Отже, і тут знову-таки ми бачимо поєднання публічно-правових та приватноправових засад у регулюванні відповідних правовідносин.

Відповідно до частини 6 статті 18 Основ всі заклади охорони здоров'я мають право використовувати для підвищення якісного рівня своєї роботи кошти, добровільно передані підприємствами, установами, організаціями і окремими громадянами, а також з дозволу власника або уповноваженого ним органу встановлювати плату за послуги в галузі охорони здоров'я. Однак слід враховувати, що КСУ двічі – в уже згаданому вище рішенні 29 травня 2002 року [17], а також у більш ранньому своєму рішенні від 25 листопада 1998 року № 15-рп/98 [23] вказував на те, що перелік платних послуг має бути визначений виключно у формі закону. Доктринально такий підхід є доволі спірним, адже в Основному законі країни такого прямо не визначено, і КСУ робив відповідні висновки із доволі опосередкованого загального тлумачення положень Конституції, іноді достатньо далеких від медицини. На нашу думку, як для рівня закону України це питання є занадто «технологізованим», і до того ж в процесі розвитку медицини постійно з'являються нові медичні послуги – такий закон прийшлося б постійно корегувати. Вивчення досвіду Росії, Білорусі та Казахстану свідчить про те, що у зазначених країнах вирішення відповідних питань за законом делеговано Уряду. Вітчизняний КСУ став на достатньо жорстку позицію, яка полягає в тому, що і парламент, встановлюючи перелік платних медичних послуг, не може робити цього довільно – деякі медичні послуги, як впливає з рішення КСУ від 25 листопада 1998 року, за жодних обставин не можуть бути визнані оплатними навіть парламентом.

Разом з тим, попри всю дискусійність мотивації зазначених рішень КСУ, вони є остаточними і обов'язковими для виконання. Тому не можна визнати правомірними дії Уряду, який постановою «Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 17 вересня 1996 р. № 1138» від 11 липня 2002 року № 989 [24] не лише фактично поновив, а ще й розширив перелік платних послуг, що був викладений у «Переліку платних послуг, які можуть надаватися в державних та комунальних закладах охорони здоров'я, вищих медичних навчальних закладах та науково-дослідних установах», який був затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 17.09.1996 року № 1138 [25] та переважна більшість якого була визнана рішенням КСУ від 25 листопада 1998 року неконституційним.

Звісно, нікого не влаштовує поточна ситуація з медициною, якій притаманні такі ганебні риси як незабезпечення громадян навіть мінімальним рівнем медичного обслуговування, особливо у лікарняних закладах, розташованих у дотаційних регіонах країни; спроби використання майна державної та комунальної форм власності, закріпленого за лікувальними закладами, для отримання доходу всупереч конституційному призначенню такого майна – наданню безоплатної медичної допомоги; непрозорий розподіл між пацієнтами обмежених видів ресурсів допоміжного (сервісного) характеру, що є у володінні зазначених установ тощо.

Як позитив слід відзначити те, що після багатьох років «мовчання» у 2009 році Кабінет Міністрів України нарешті

вініс до парламенту проект закону «Основні засади діяльності в сфері охорони здоров'я» (реєстраційний номер 5054 від 20.08.2009 року) [26]. Заступник Міністра охорони здоров'я України І. Яковенко зазначив, що в цьому документі передбачені «гарантії безоплатної медичної допомоги, а також прописані конкретні платні послуги і Кабінет Міністрів отримає право наповнювати перелік платних послуг... такі послуги потрібні, адже це відповідає європейським стандартам, у той же час держава має гарантувати обов'язкові безоплатні медичні послуги» [27].

Однак існує і альтернативний Проект Закону про фінансування охорони здоров'я та обов'язкове соціальне медичне страхування в Україні від 30.06.2009 року № 4744 [28]. Хоча він внесений на розгляд парламенту групою народних депутатів, у тому числі головою профільного парламентського комітету з охорони здоров'я Т. Д. Бахтєєвою, в числі його співавторів, як це не дивно, – є низка «профільних» посадовців органів виконавчої влади достатньо високого рівня. Виникає закономірне запитання – а що саме відповідає урядовій позиції – законопроект № 5054 чи законопроект № 4744? Разом з тим вони обидва не містять переліку платних медичних послуг чи, принаймні, чітких критеріїв для його формування, віддаючи це питання фактично на розсуд Уряду, неконституційність чого вже визнавав КСУ.

Звісно, з часом буде знайдено певний компроміс: повного переліку платних послуг у законі, на нашу думку, все ж не буде, проте це питання не буде віддано і «на відкуп» урядовій дискреції – у законі буде, принаймні, визначено групи послуг, за які може бути запроваджена плата (припустимо, експериментальна медицина, косметичні послуги за відсутності явних дефектів зовнішності тощо). Це ніяк не принижує важливості механізмів загальнообов'язкового державного медичного страхування, але слід усвідомлювати, що навіть у заможних країнах світу медичні страховки покривають не все – певні послуги перебувають за їх межами. У виробленні за допомогою наукового інструментарію такого компромісу й полягають перспективи подальших наукових доробок у цьому напрямі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Мерія* знову взялася за тарифи на медпослуги. Ціни. – Режим доступу – <http://kiev.pravda.com.ua/news/4a3908c7571a7/>.
2. *European Court on Human Rights Decision as to the admissibility of Application no. 40772/98 by Anna Pancenko against Latvia of 28 October 1999.* – Режим доступу – офіційний інтернет-сайт Європейського Суду з прав людини, сторінка <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=39246644&skin=hudoc-en&action=request>.
3. *European Court on Human Rights Partial Decision as to the admissibility of Application nos 33088/96, 52236/99, 52451/99 - 52453/99, 52455/99, 52457/99 - 52459/99 by Anton Jazvinsky against the Slovak Republic of 7 September 2000.* – Режим доступу – офіційний інтернет-сайт Європейського Суду з прав людини, сторінка <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=39250646&skin=hudoc-en&action=request>.
4. *Council of Europe. Committee of Ministers Recommendation No. R (86) 5 to Member States on making medical care universally available. Adopted on 17 February 1986 (393rd meeting of the Ministers' deputies).* – Режим доступу - Офіційний інтернет-сайт

Ради Європи, гіперпосилання зі сторінки http://www.coe.int/t/dg3/health/recommendations_en.asp.

5. *Положение о доступности медицинской помощи, принято 40-й Всемирной медицинской ассамблеей, Вена, Австрия, сентябрь 1988 г.* – Режим доступу – Офіційний інтернет-сайт Верховної Ради України, сторінка http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=990_030.

6. *Council of Europe. Parliamentary Assembly Recommendation 1254 (1994) on the medical and welfare rights of the elderly: ethics and policies. Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 10 November 1994.* Режим доступу - Офіційний інтернет-сайт Ради Європи, гіперпосилання зі сторінки http://www.coe.int/t/dg3/health/recommendations_en.asp.

7. *Council of Europe. Committee of Ministers Recommendation No. R(98) 11 to Member States on the organization of health care services for the chronically ill.* – Режим доступу – Офіційний інтернет-сайт Ради Європи, гіперпосилання зі сторінки http://www.coe.int/t/dg3/health/recommendations_en.asp.

8. *Council of Europe. Committee of Ministers Recommendation No. R(99)21 to Member States on criteria for the management of waiting lists and waiting times in health care. Adopted on 30 September 1999 (681st Meeting of the Ministers' Deputies).* – Режим доступу – Офіційний інтернет-сайт Ради Європи, гіперпосилання зі сторінки http://www.coe.int/t/dg3/health/recommendations_en.asp.

9. *Европейская Хартия прав пациентов, представленная в Брюсселе 15 ноября 2002 года.* – Режим доступу – <http://www.healthrights.am/rus/more/727/>.

10. *Всемирная организация здравоохранения. Первичная медико-санитарная помощь : сегодня актуальнее чем когда-либо. Всемирный доклад о состоянии здравоохранения в мире, 2008 год (пер. с англ.).* – Швейцария, Женева, 2008. – 152 с.

11. *Определение Конституционного Суда РФ от 4 февраля 2000 г. № 14-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Московского городского фонда обязательного медицинского страхования на нарушение конституционных прав и свобод положением части второй статьи 2 Закона Российской Федерации «О медицинском страховании граждан в Российской Федерации»* – Режим доступу – официальный интернет сайт Конституционного Суда Российской Федерации, страница http://ksportal.garant.ru:8081/SESSION/S_9ZxfKqSb/PILOT/main.html.

12. *Определение Конституционного Суда РФ от 6 июня 2002 г. № 115-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Мартыновой Евгении Захаровны на нарушение ее конституционных прав пунктом 2 статьи 779 и пунктом 2 статьи 782 Гражданского кодекса Российской Федерации».* – Режим доступу – официальный Интернет-сайт Конституционного Суда Российской Федерации, страница http://ksportal.garant.ru:8081/SESSION/S_9ZxfKqSb/PILOT/main.html.

13. *Офіційний вісник України, 2003. – № 11 (28.03.2003).* – Ст. 461.

14. *Решение Верховного Суда РФ от 18 апреля 2002 года по делу по жалобе Фуркалюка Михаила Юрьевича об отмене постановления Правительства Российской Федерации от 13 января 1996 г. № 27 «Об утверждении Правил предоставления платных медицинских услуг населению медицинскими учреждениями» в части, касающейся государственных и муниципальных медицинских учреждений (пункты 1, 4, 7 Правил)* – Режим доступу – официальный Интернет-сайт Верховного Суда Российской Федерации, страница http://www.supcourt.ru/stor_text.php?id=6068799.

15. *Определение кассационной коллегии Верховного Суда РФ от 25 июля 2002 года по делу по жалобе Фуркалюка Михаила Юрьевича об*

отмене постановления Правительства Российской Федерации от 13 января 1996 г. № 27 «Об утверждении Правил предоставления платных медицинских услуг населению медицинскими учреждениями» в части, касающейся государственных и муниципальных медицинских учреждений (пункты 1, 4, 7 Правил)». – Режим доступа – официальный интернет-сайт Верховного Суда Российской Федерации, страница http://www.supcourt.ru/stor_text.php?id=6015495.

16. *Заключение* Конституционного Суда Республики Беларусь от 26 мая 2003 года № 3-157/2003 о соответствии Конституции Республики Беларусь статьи 5 Закона Республики Беларусь «О здравоохранении», постановления Кабинета Министров Республики Беларусь от 27 августа 1996 г. № 566 «О платных видах медицинской помощи и услуг, оказываемых в государственных учреждениях здравоохранения», постановления Совета Министров Республики Беларусь от 28 июня 2002 г. № 871 «Об утверждении Положения о порядке оказания платных медицинских услуг в государственных организациях здравоохранения» – Режим доступа – официальный интернет-сайт Конституционного Суда Республики Беларусь, страница <http://www.kc.gov.by/main.aspx?guid=10353>

17. *Рішення* Конституційного Суду України від 29 травня 2002 року № 10-рп/2002 у справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 49 Конституції України «у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно» (справа про безоплатну медичну допомогу). – Офіційний вісник України, 2002. – № 23 (21.06.2002). – Ст. 1132.

18. *Чубарова Т.* Обеспечение населения медицинскими услугами: экономические проблемы // Проблемы прогнозирования. – 2008. – № 6. – С.98–109.

19. *Закон* України «Про ратифікацію Європейської соціальної

хартії (переглянутої)» від 14.09.2006 року № 137-V // Офіційний вісник України, 2006. – № 40 (18.10.2006). – Ст. 2660.

20. *Відомості* Верховної Ради України. – 1993. – № 4 (26.01.93). – Ст.19.

21. *Офіційний* вісник України. – 2000. – № 44 (17.11.2000). – Ст. 1876.

22. *Офіційний* вісник України. – 2001. – № 21 (08.06.2001). – Ст. 920.

23. *Рішення* Конституційного Суду України від 25 листопада 1998 року № 15-рп/98 у справі за конституційним поданням 66 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних закладах охорони здоров'я та вищих медичних закладах освіти» (справа про платні медичні послуги). – Офіційний вісник України, 1998. – № 50 (31.12.98). – Ст. 1854.

24. *Офіційний* вісник України. – 2002. – № 29 (02.08.2002). – Ст. 1374.

25. *Урядовий кур'єр*. – 26.09.1996. – № 181–182.

26. *Проект* закону «Основні засади діяльності в сфері охорони здоров'я» (реєстраційний номер 5054 від 20.08.2009 року) // Режим доступа – Офіційний інтернет-сайт Верховної Ради України, сторінка http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=35944.

27. *Кабмін* получит право создавать списки платных медуслуг в рамках предоставления медпомощи украинцам. – Режим доступа – http://www.rbc.ua/rus/newsline/show/kabmin_poluchit_pravo_sozdavat_s_piski_platnyh_meduslug_v_ramkah_predostavleniya_medpomoshchi_ukraintsam_08122009.

28. *Проект* Закона про фінансування охорони здоров'я та обов'язкове соціальне медичне страхування в Україні (реєстраційний номер 4744 від 30.06.2009 року) // Режим доступа – Офіційний інтернет-сайт Верховної Ради України, сторінка http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=35697.

The focus of article is the ways to combine public law and private law foundations of legal regulation of free of charge medical assistance. It were researched both standards of international organizations (UN, Council of Europe etc.), Ukrainian, Russian, Belorussian and Kazakh substantial legislation and law-executive practice regarding that problem. If exists a strong lack of professional law scientists' participation in the process of looking for wide social compromises in medical sphere.

В статье рассматриваются проблемы сочетания публично-правовых и частноправовых основ правового регулирования предоставления бесплатных медицинских услуг. Исследованы подходы к указанному вопросу, наработанные в рамках ряда международных организаций (ООН, Совет Европы и т.д.), а также в законодательстве и правоприменительной практике Украины, России, Белоруссии и Казахстана. Указано на необходимость более активного участия отечественных ученых-правоведов в поиске широкого общественного компромисса по исследуемому вопросу.

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ГІДНОСТІ ОСОБИ В УМОВАХ МЕДИЧНОГО ВТРУЧАННЯ

Миронова Г. А.,

провідний науковий співробітник

відділу теорії та історії приватного права

НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

В статті досліджується проблема визначення правових ознак феномена гідності людини з метою розроблення системи правових засобів охорони гідності особи в специфічних умовах медичного втручання. Актуалізовано необхідність правового розв'язання ціннісних колізій, що виникають під час застосування примусових заходів медичного характеру.

Ключові слова: гідність людини, медичне втручання, примусове лікування.

Гідність людини є провідним гуманістичним концептом сучасного цивілізованого суспільства, що віддзеркалює історичний факт піднесення людської особистості на вищий щабель соціальної цінності.

Інститут фундаментальних прав людини, що складається у модерну добу, стає формою правової об'єктивації нового особистісного статусу людини, осередком якого є поняття людської гідності. Основою цього процесу є

усвідомлення природного статусу людської особи, що дарований їй Богом, отже таким, що не залежить від особливостей соціокультурного середовища. Як довела у своєму докторському дослідженні О. Гришук, протягом новітньої доби поступово було обґрунтовано потребу та реалізовано спробу «надати універсального характеру ідеї гідності людини» [1, с. 12] та створити відповідні нормативні механізми її правової охорони.

Вихідна складність проблеми пов'язана із труднощами правової інтерпретації етичних категорій. Відтак, актуальним предметом сучасних наукових досліджень залишається проблема правової позитивації соціально-етичних цінностей і обґрунтування їх регулятивного значення, яка все більше привертає до себе увагу науковців. Так, С. Рабінович артикулює її як проблему «втільнення доюрідичних, загально соціальних «природних» явищ у позитивно-правову реальність» [2, с. 15], В. Косович — «зв'язку аксіологічних закономірностей суспільного буття і практики правового регулювання суспільних відносин» [3], а Н. Варламова — «виявлення існуючої кореляції між регулятивним смислом певної цінності (прав людини) та змістовною специфікою права як особливого соціального регулятора» [4, с. 29]. Отже, наукове дослідження з заявленої теми передбачає послідовне напрацювання теоретичних засад правового розуміння гідності людини та розв'язання логічно послідовних завдань: 1) визначення правових ознак феномена гідності людини; 2) розроблення системи правових засобів правової охорони гідності особи, зокрема, в специфічних умовах медичного втручання.

Ціннісні феномени об'єктивно є складовою правової реальності, оскільки учасниками правовідносин є моральні суб'єкти, саме для реалізації потреб та інтересів яких працюють інститути права. Тому застосування етичних понять у праві не є штучною незручністю, але свідчить про вихідну моральність права. Генетична спорідненість правового і морального регулювання корениться в самих основах людського буття — уніфікованих цінностях духовної людяності, що мають особливу моральну природу та сконцентровані в загальнолюдських елементарних етичних вимогах, імперативах. Визнаний теоретик концепції соціального порядку Т. Парсонс визначає цінності як комплекси символічних стандартних зразків культури, що володіють нормативним значенням [5]. Також С. Максимов називає цінності «системо утворюючим елементом правової реальності» [6, с. 277].

Сучасна філософсько-правова традиція нормативного тлумачення цінностей та обґрунтування їх регулятивного значення походить від І. Канта. Виключна роль у сучасній науково-правовій концепції гідності людини належить його етичній парадигмі, яка містить цілісну картину феномена та його розуміння у контексті практичних завдань правового регулювання. За цією парадигмою, цінність предметів (речей) завжди відносна та обумовлена застосуванням їх як засобів, в той час як існування розумних істот (осіб) має в собі абсолютну цінність, отож, само по собі є метою, що не може бути замінена на будь-яку іншу, заради якої особа могла б стати засобом. Саме з цього вихідного положення випливає, за Кантом, «об'єктивний принцип волі, що слугує всезагальним практичним законом, ... імперативом: чини так, щоб ти завжди ставився до людства, як в своїй особі, так

і в особі іншого, як до мети і ніколи як до засобу» [7, с. 268—269]. У такий спосіб філософ логічно підходить до розуміння категорії «достоїнство» як основного спонукувального мотиву волі, оскільки її причиною є не користь, а самоцінність людини. Отже, достоїнство людини є цінністю як такою, тобто абсолютною, що безмежно вище за будь-яку відносну цінність та не припускає ніякого еквівалента. «Єдиним адекватним виразом оцінки, яку розумна істота може надати достоїнству, є повага» [7, с. 277—278].

Коментуючи І. Канта, О. Гришук зазначає: «Людина, котра розглядається як особа, є суб'єктом практичного морального розуму і є понад будь-яку ціну. З цього пункту бачення людина не може розглядатись як засіб для цілей інших людей, навіть власних цілей, а лише як ціль у собі з погляду на те, що має гідність — внутрішню абсолютну цінність. Абсолютною цінністю може бути лише хтось, хто є істотою розумною і як ціль сама в собі здатен до самовизначення і самовідповідальності» [8, с. 90]. С. Максимов у своєму монографічному дослідженні серед правових цінностей, завдяки яким уможливилось право, називає, в першу чергу, цінність людської особистості, саме задля захисту якої існує право. Адже предметом правового визнання є певна властивість особистості — моральна автономія, тобто «здатність здійснювати вибір в умовах самообмеження і самоконтролю» [6, с. 276].

Серед визнаних в науці типів визначень гідності людини найбільш придатним для правового опрацювання є розуміння гідності у сенсі іманентної родової властивості людини. В цьому значенні, як пише А. Хованська, гідність можна віднести до виду цінностей, які «у рівний спосіб належать всім людським істотам та утверджені на базових цінностях буття людей... Це — необхідна, а не випадкова риса всіх людей... таке, що є вічним, незмінним, та визначає межі того, як слід ставитись до людей» [9, с. 50]. Достоїнство у такий спосіб — це властивість, яка не залежить від емпіричної реалізації та позитивних правових норм, її основа — «аксіоматичний порядок речей, фундамент і основа будь-якого суспільства» [9, с. 50]. За таким розумінням життя і гідність людини є природними феноменами та, як такі, не потребують дозволу на існування, будучи первинними щодо особливостей соціокультурного середовища. Отже, цінність життя та гідності людини є абсолютною та передує позитивно-правовим нормам та інститутам. Рівність людей стосовно гідності та основних прав передбачає універсальність вимог, що реалізуються через правові принципи та норми. Враховуючи наявні сьогодні культурне розмаїття та національний плюралізм, можуть використовуватись різні позитивно-правові засоби для досягнення універсальної мети. Однак міркування плюралізму, зокрема, національно-культурної ідентичності, не повинні використовуватись для виправдання паплюження людської гідності.

Отже, фактично йдеться про існування сучасного етичного стандарту шанування гідності людини, тобто системи нормативних положень, в якій визначено «необхідний та достатній мінімум загальнолюдських вимог до правового і соціального статусу людини» [1, с. 12], що є базовими і обов'язковими для її гідного існування. Ці вимоги мають реалізовуватись через позитивно-правові механізми окремих країн, що взяли на себе відповідний обов'язок, незалежно від конкретних особливостей

правового та соціокультурного устрою. Тому актуальне завдання правової науки полягає в тому, щоб перекласти загальні гуманістичні ідеали і принципи із соціально-етичної реальності в юридичну, внаслідок чого, зокрема, гідність людини набуває статусу правового поняття. Саме юридичний механізм покликаний забезпечити перехід від декларативного проголошення гідності особи найвищою цінністю до реального здійснення права на гідність у життєдіяльності кожної особи.

Для того, щоб отримати адекватний критерій того, що вважати достоїнством в правових умовах ситуацій певного типу, ми, безсумнівно, потребуємо системи індикаторів, які відображають конкретний зміст цього поняття. Оскільки застосування правових норм (стандартизованих правил) передбачає оперування стандартизованими предметами та ситуаціями, необхідно вирішити, яким саме чином розробити стандартний набір ознак поняття «гідність», що піддаються емпіричній обробці — спостереженню, вимірюванню, регулюванню, тобто знайти спосіб вираження поняття через ознаки, що їх можна спостерігати та формалізувати. У такий спосіб охорона гідності правовими засобами уможливиться за умови попередньої концептуальної інтерпретації та перекладу основних понять, що становлять правову модель сучасного розуміння феномена гідності людини. Метою правової інтерпретації є визначення сукупності правових смислів, які надаються у теорії права та у практиці правотворення ціннісним феноменам.

Будучи таким феноменом, що має безліч емпіричних проявів, гідність людини в принципі не може бути охопленою у граничному переліку позитивних ознак. Саме тому представляється доречною пропозиція А. Хованської, яка полягає у такому: оскільки дія норм права починається саме з моменту порушення вимоги поваги до гідності у конкретних обставинах певної типової ситуації, то визначення напрямів правової охорони гідності повинно знаходитись у площині антитези до базового поняття «гідність». Якщо базовим є поняття гідності як самоцінності моральної автономії, то антитезою може слугувати схема, що охоплює ідеї та поведінку, протилежні чи несумісні із розумінням поваги до гідності людини, тобто такі, що є фактично приниженням гідності [9, с. 51]. Така загальна схема містить 12 пунктів, останній з яких стосується медичного лікування та лікарняного догляду, що не враховують індивідуальний вибір чи не відповідають вимогам поваги до людської індивідуальності. Виходячи з цього, правовими індикаторами приниження людини, що несумісні з ідеєю шанування її гідності у відносинах медичної сфери, є: 1) лікування і догляд, що не враховують індивідуальний вибір; 2) примусове лікування, що принижує людську гідність.

Отже, правовий механізм охорони гідності людини в умовах медичного втручання має розроблятися на основі інституалізації принципу згоди на втручання у сферу здоров'я. Цей механізм містить, зокрема, такі нормативні елементи: операційні визначення понять (пацієнт, лікар, медичне втручання, медична інформація, інформована згода на медичне втручання тощо); право на інформацію про стан здоров'я; право на вибір лікувального закладу і лікаря; правові ознаки інформованої згоди (предмет, суб'єкти, способи фіксації); механізм отримання/надання/відкликання

згоди; процедури свідчення представників (законних та добровільних); цивільно-правові інститути довіреності, представництва, заповіту стосовно волевиявлення щодо медичного втручання. Зокрема, складовими сучасних правових стандартів щодо згоди на медичне втручання є такі правила. 1. Будь-яке втручання у сферу здоров'я може здійснюватися тільки після добровільної свідомої згоди на нього відповідної правомочної особи. 2. Якій заздалегідь надається відповідна інформація про а) мету, б) характер, в) наслідки та г) ризики втручання. 3. Щодо неповнолітньої особи, то втручання може здійснюватись тільки з дозволу її законного представника, при цьому думка неповнолітньої особи враховується як визначальний чинник, важливість якого збільшується пропорційно віку та ступеня зрілості цієї особи. 4. Недієздатна внаслідок психічної хвороби особа у міру можливості бере участь у процедурі надання дозволу. 5. Дозвіл у будь-який час може бути відкликаний. 6. Якщо через надзвичайну ситуацію згода не може бути отримана, будь-яке необхідне з медичної точки зору втручання може негайно здійснюватись в інтересах здоров'я відповідної особи. 7. Якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним раніше. 8. Щодо використання видаленої частини тіла людини, то вона може передаватися на збереження та використовуватись з іншою метою, ніж та, заради якої її було видалено, тільки за умови дотримання відповідних процедур інформування та надання згоди. 9. Медичне втручання у вигляді видалення органів та тканин з метою трансплантації не може бути здійснено відносно особи, яка не здатна надати відповідну добровільну інформовану згоду [10].

Актуальний інтерес для теорії та практики правового регулювання відносин медичної сфери представляє проблема розв'язання ціннісних колізій, які виникають у специфічних правових ситуаціях під час застосування примусових заходів медичного характеру, зокрема, проблема адекватного втілення принципу згоди на медичне втручання в умовах примусового лікування. Примусові заходи з приводу медичного втручання досліджуються сьогодні на ґрунті теорії кримінального права і розглядаються за своєю природою як форма правообмеження, зокрема, обмеження права людини на недоторканність [11, с. 42; 12, с. 85]. Отже, як і всі правообмеження, які застосовуються до осіб, вони мають бути безпосередньо встановлені Конституцією України або законами України.

Зasadничі принципи щодо застосування примусових заходів медичного характеру викладені у «Положенні та поглядах Всесвітньої психіатричної асоціації про права та захист психічних хворих» (Афіни, 17 жовтня 1989 р.) та юридично закріплені у «Конвенції про передачу осіб, які страждають психічними розладами, для проведення примусового лікування». За загальним правилом примусове медичне втручання є грубим порушенням прав людини і пацієнта, отже, потребує суворої регламентації на рівні національного законодавства — особливих критеріїв та гарантій при застосуванні. Примусове втручання (лікування) повинно здійснюватись відповідно до правила найменшого обмеження прав людини, виключно на основі рішення суду чи іншого компетентного незалежного органу. Клінічні досліди ніколи не повинні проводитись на пацієнтах, які примусово госпіталізовані.

Істотні положення щодо етичних та організаційних принципів догляду за здоров'ям у системі виконання покарань містять Рекомендації № R (98) 7 Комітету Міністрів Ради Європи. В документі йдеться про такі етичні та правові стандарти. По-перше, це принцип рівності, який полягає в тому, що політика охорони здоров'я у виправних установах має бути порівняною із національною політикою охорони здоров'я та бути її частиною, то ж медична практика у суспільстві та виправних установах повинна керуватись однаковими етичними принципами. По-друге, принцип згоди хворого та медична таємниця. За винятком випадку, коли ув'язнений страждає від хвороби, під час якої він не може розуміти природу свого стану, ув'язнений повинен мати можливість дати лікарю свою згоду на будь-яке медичне обстеження та взяття аналізу, крім випадків, передбачених законом. Ув'язненому повинні роз'яснюватись підстави для обстеження. Повинна бути отримана згода від душевнохворих та від пацієнтів, що перебувають в ситуаціях, коли медичні обов'язки та правила безпеки є не обов'язковими, наприклад, у випадках відмови від їжі та лікування; будь-який відступ від згоди хворого повинен бути законним та базуватись на загальних принципах. У випадку, якщо засуджений відмовляється від лікування, яке йому пропонується, він повинен на вимогу лікаря написати заяву про відмову у присутності свідка. Лікар повинен надати доступні роз'яснення про медичне лікування, існуючу альтернативну терапію та попередити про ризик, який може виникнути внаслідок його відмови. Лікар повинен пересвідчитися, що хворий усвідомлює свій стан.

Окремим різновидом примусового лікування є примусове годування. Загальні умови застосування примусового годування в Україні не мають законодавчого підґрунтя. Процедури примусового годування застосовуються тільки до затриманих чи засуджених осіб та прописані у таких підзаконних нормативних актах: Інструкції про умови тримання і порядок примусового годування в установах кримінально-виконавчої системи осіб, які відмовляються від уживання їжі (Наказ державного департаменту з питань виконання покарань від 12.06.2000 № 127) (далі — Інструкція) та Інструкції про порядок тримання осіб, затриманих органами Державної прикордонної служби України в адміністративному порядку за порушення законодавства про державний кордон України і за підозрою у вчиненні злочину (Наказ Адміністрації державної прикордонної служби від 30.06.2004 № 494).

За цими нормативними документами примусове годування застосовується до осіб: 1) ув'язнених у слідчих ізоляторах, 2) засуджених в установах виконання покарань, 3) що перебувають у лікувально-трудових профілакторіях, 4) затриманих органами Державної прикордонної служби України в адміністративному порядку за порушення законодавства про державний кордон України і за підозрою у вчиненні злочину. Рішення про початок примусового годування приймає начальник установи або особа, що виконує його обов'язки, на підставі письмового висновку комісії лікарів про значне погіршення стану здоров'я голодуючого та виникнення загрози його смерті. Про прийняте рішення повідомляється прокурор, який здійснює нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах. Періодичність примусового годування визначається лікарем залежно від

загального стану здоров'я особи, яка відмовляється від уживання їжі. Порядок примусового годування є таким. Здійснюється фельдшером під наглядом лікаря у присутності начальника установи та молодших інспекторів. Якщо особа чинить опір під час примусового годування, то до неї застосовують наручники, фізичну силу (молодші інспектори вживають заходів, щоб утримати її в позиції, яка необхідна для проведення цієї процедури), роторозширювач, зонд з лійкою, який вводиться через рот у стравохід чи через ніс. При поліпшенні стану здоров'я особи, що відмовляється від їжі, годування можна тимчасово припинити, про що в медичній картці робиться мотивований висновок.

За своєю соціально-правовою природою примусове годування голодуючого є крайнім заходом для збереження його життя, отже, застосовується тільки у випадках, коли роз'яснювальна робота та інші заходи впливу на нього залишаються безрезультатними, а подальше годування загрожує життю. Конфлікт цінностей загострюється у ситуаціях, коли голодуючий, який надав чітке розпорядження не рятувати його, перебуває у критичному стані. Адже лікар має, з одного боку, шанувати святість життя, а з іншого, поважати право пацієнта на самостійне розпорядження власною особою.

Етичне тлумачення типових ситуацій та принципи допомоги голодуючим з боку лікарів містить Мальтійська декларація стосовно тих, хто оголосив голодування (прийнята 43-ю Всесвітньою медичною асамблеєю, Мальта, 1991 г., переглянута та доповнена на 44-й Всесвітній медичній асамблеї, Марбелла, 1992 р.). За положеннями цієї Декларації, а) голодуючим є психічно нормальна людина, яка заявляє про те, що вона починає голодування, та відмовляється від прийому їжі та/або рідини протягом значного проміжку часу; б) будь-яка допомога будь-якому пацієнту повинна здійснюватись за його згодою (схваленням); в) медичний персонал не повинен справляти надмірний тиск будь-якого типу для призупинення голодування; г) лікування та догляд не повинні обумовлюватись призупиненням голодування. Тільки у крайньому випадку, якщо у пацієнта запаморочення свідомості або він перебуває у коматозному стані, лікар має бути вільним у прийнятті логічних рішень замість пацієнта стосовно подальшого лікування, виходячи з вищих інтересів пацієнта, якими їх бачить лікар.

За тлумаченням Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ) примусове годування – це медичний захід, який, в принципі, не вважається поведінням, що принижує людську гідність (Справа «Невмержицький проти України» № 54825/00). Сама можливість застосування примусового годування походить з положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (Рада Європи, 1950 р.) (далі — Конвенція). Оскільки Конвенція зобов'язує договірні сторони захищати право кожного на життя, примусове годування може застосовуватись за наявності належних медичних підстав. Такий обов'язок держави вимагає дієвих заходів з рятування життя людини, яку органи влади взяли під варту. Тому примусове годування не повинно бути свавільним, але має відповідати меті якнайкращого забезпечення інтересів пацієнта, його застосування має бути необхідним та відповідати визначеним процедурним гарантіям.

Втім, ЄСПЛ вказав на неприпустимість способу примусового годування, що передбачено Інструкцією. Застосування таких обмежувальних засобів як кайданки, роторозширювач, а також резинова трубка, призначена для встромляння у стравохід, особливо у випадку, коли ці засоби застосовуються силоміць для подолання опору пацієнта, визнано катуванням у розумінні статті 3 Конвенції, тобто поводженням, що принижує людську гідність. Звичайно, в критичних ситуаціях, якими є випадки, коли затримана особа відмовляється від їжі, може статися конфлікт між правом людини на недоторканність і обов'язком держави за статтею 2 Конвенції. За суттю цей конфлікт є ціннісним, який не вирішується самою Конвенцією. В національному праві цей конфлікт може бути вирішеним через передбачену можливість примусового годування, але цей захід повинен застосовуватись у такий спосіб, який «не суперечить визнанням міжнародним стандартам медичної етики та обов'язковим правилам міжнародного законодавства» [13, с. 11].

Намаганням усунути невідповідності норм національного права щодо міжнародних етичних та правових стандартів стосовно охорони прав та гідності людини під час примусового годування був проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо лікування шляхом примусового годування особи згідно з постановою суду за медичними показаннями» № 3735. Проблема коригування правового механізму застосування заходів примусового годування в Україні певною мірою законопроектом вирішувалася. Так, питання про застосування лікування шляхом примусового годування до осіб, які тримаються під вартою, та до засуджених, які відмовляються від їжі, якщо це загрожує їх життю і здоров'ю пропонувалося вирішувати судом за місцем їх перебування за поданням адміністрації установи попереднього ув'язнення чи відбування покарання, у якому перебуває особа, що відмовляється від їжі, та на підставі медичного висновку, у якому за результатами об'єктивних та лабораторних обстежень обґрунтовується необхідність такого лікування. Розгляд справи передбачався за участю прокурора, представника адміністрації установи попереднього ув'язнення чи відбування покарання, що звернулася з поданням та висновком, медичного працівника, що підписав висновок, і самої особи, яка тримається під вартою, чи засудженого, що відмовляється від їжі, та/або їх представника. Однак законопроект фактично не торкнувся способів примусового годування, проти яких було спрямовано Рішення ЄСПЛ «Невмержицький проти України». У такий спосіб, беручи до уваги необхідність приведення національного законодавства у відповідність із міжнародними стандартами, зокрема, нормами Конвенції, проблема правової охорони гідності пацієнта в умовах примусового лікування в Україні залишається актуальною.

ВИСНОВКИ.

Важливе завдання правової науки полягає в тому, щоб перекласти гуманістичні ідеали сучасності із соціально-етичної реальності в юридичну. Отже, цінності, про які заявлено у знакових правових документах сучасної доби, мають бути інтерпретовані до рівня нормативно визначених правових засад, внаслідок чого, зокрема, гідність набуватиме ознак правового поняття.

Юридична складова системи правової охорони гідності людини має забезпечити вимогу поваги до моральної

автономії особи за допомогою системи спеціальних правових засобів, зокрема, механізму інституціалізації принципу згоди на медичне втручання. Актуальний інтерес для теорії та практики правового регулювання відносин медичної сфери представляє проблема розв'язання ціннісних колізій, які виникають під час застосування примусових заходів медичного характеру, зокрема, проблема адекватного втілення принципу згоди на медичне втручання в специфічних умовах примусового лікування, догляду за здоров'ям у системі виконання покарань та примусового годування.

Концепція, що частково представлена у статті, має, на думку автора, науково-теоретичний та прикладний потенціал. Її подальший розвиток та використання у практиці нормотворення дасть змогу виконувати важливі теоретичні та практичні завдання: отримати нове знання про нормативний зміст ціннісних понять; напрацювати методологію та технологію складання алгоритму якісного нормотворення для забезпечення регулювання відносин медичної сфери; розробити методику тестування чинних нормативно-правових актів на предмет виявлення та усунення помилок, суперечностей, прогалин.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Гришук О.* Людська гідність у праві: філософський аспект // Проблеми державотворення і захисту прав людини: Матеріали XIII регіональної науково-практичної конференції. 8–9 лютого 2007 р. — Львів: Юридичний Львівського національного університету імені Івана Франка, 2007. — С. 11—13.
2. *Рабинович С.* Природно-правова очевидність та її юридична позитивація // Юридична Україна. — 2009. — №1. — С. 15—21.
3. *Косович В.* Оціночні поняття як джерело і форма права // Вісник Львівського університету. Серія юридична, 2004. — Вип. 40 // <http://www.lawyer.org.ua/?w=r&i=&d=603>.
4. *Варламова Н.* Права человека как предмет юридической интерпретации // Государство и право. — 2009. — № 2. — С. 24—29.
5. *Парсонс Т.* Системы современных обществ // http://www.sociology.mephi.ru/docs/sociologia/html/parsons_modern_soc_systems.html.
6. *Максимов С.* Правовая реальность: опыт философского осмысления. Монография. — Харьков: Право, 2002. — 328 с.
7. *Кант И.* Основы метафизики нравственности // Соч. в шести томах. Мысль, 1965. — С. 211—310.
8. *Гришук О.* До історії розвитку ідеї людської гідності (VI ст. до н.е. — XIX ст.н.е.) // Антропология права: філософський та юридичний вимір (стан, проблеми, перспективи): Матеріали Першого всеукраїнського круглого столу. — Львів: Край, 2006. — С. 77—94;
9. *Хованская А.* Достоинство человека: международный опыт правового понимания // Государство и право. — 2002. — № 3. — С. 48—54.
10. Правові механізми інституціалізації принципу згоди на медичне втручання розглядаються автором у статтях: *Миронова Г.* Етичні стандарти правового регулювання відносин за участю пацієнтів як складова європейської людиноцентристської доктрини // Антропология права: філософський та юридичний виміри. Матеріали Третього всеукраїнського круглого столу. — Львів, 2008. — С. 233—244; *Миронова Г.* Право пацієнта на вибір методів лікування: «білі плями» українського законодавства // Право України. — 2009. — № 3. — С. 59—64;
11. *Назаренко Г.* Принудительные меры медицинского характера. Учеб. Пособие. — М.: Дело, 2003.

12. Книга М. Визначення сутності примусових заходів медичного характеру // Юридична Україна.— 2008.— № 3.— С. 85–90.

The subject of article is the problem of legal protection of human dignity in the context of medical intervention. It is proved, that the patient's human dignity is realized, first of all, through the normative construction of informed consent to a medical intervention.

Предметом статті являється проблема правової охорони достоїнства человека в условиях медицинского вмешательства. Актуализована необходимость разработки правового механизма для решения ценностных коллизий, возникающих в специфических условиях применения принудительных мер медицинского характера.

13. Петриченко О. Накормить голодающего: благо или истязание? Решить непросто // Юридическая практика.— 2008.— № 1—2.

ЗМІСТ ЦИВІЛЬНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

Зозуляк О. І.,

здобувач відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

В статті досліджуються теоретико-правові проблеми, пов'язані із визначенням змісту цивільної правосуб'єктності юридичної особи. На основі аналізу норм сучасного цивільного законодавства автор доходить висновку, що цивільна правосуб'єктність юридичної особи носить приватноправовий характер, у зміст якої входить широкий спектр не тільки майнових, а й особистих майнових прав.

Ключові слова: юридична особа, цивільна правосуб'єктність юридичної особи, цивільні права та обов'язки юридичної особи.

Нещодавньою кодифікацією цивільного законодавства суттєво реформовано більшість цивільно-правових інститутів, зокрема, інститут юридичної особи. Цей інститут завжди виступав центральною фігурою цивілістики, а до вивчення феномена юридичної особи як надскладної категорії прикуто увагу переважної більшості вчених-цивілістів.

Актуальним залишається питання щодо розкриття змісту цивільної правосуб'єктності юридичної особи, тобто визначення сукупності тих прав та обов'язків, які можуть належати їй як суб'єкту цивільного права, що й становитиме мету цієї статті.

Сучасний український законодавець закріплює за юридичними особами досить широкий спектр цивільних прав та обов'язків, а з огляду на економічні процеси та зростання ролі останніх у цивільному обороті такий підхід законодавця видається цілком виправданим та очевидним. Спробуємо проаналізувати, якими ж цивільними правами та обов'язками наділяється юридична особа.

По-перше, вона виступає суб'єктом речових прав, передбачених законом. І хоча на відміну від радянського законодавця, який майнову відокремленість юридичної особи виводив як окрему її ознаку, у сучасному легальному визначенні поняття «юридична особа» відсутня така ознака як майнова відокремленість. Разом з тим аналіз інших статей Цивільного кодексу (далі – ЦК) України приводить нас до висновку, що юридична особа все-таки є майново відокремленою. Так, відповідно до ч. 2 ст. 96 ЦК України юридична особа відповідає за своїми зобов'язаннями усім належним їй майном. Отже, передумовою самостійної відповідальності юридичної особи є наявність у неї відокремленого майна. Норми, присвячені визначенню майнової основи господарювання, зосереджені у розділі III Господарського кодексу (далі – ГК) України із однойменною назвою. Згідно із ч. 1 ст. 133 ГК України основу правового режиму майна суб'єктів господарювання становлять право власності та інші речові права – право господарського відання (закріплюється за державними комерційними та комунальними комерційними підприємствами) та право оперативного управління (майно

на даному правовому режимі закріплюється за казенними та комунальними некомерційними підприємствами).

Таким чином, вступаючи у цивільно-правові відносини майнового характеру, юридичні особи не тільки мають право, а й зобов'язані володіти відокремленим майном. А тому тут варто погодитись із В. А. Семеусовим, котрий вважає, що зміст цивільної правоздатності юридичної особи визначається її майновою правоздатністю [1, с. 90].

По-друге, в умовах економічної багатоманітності та розвитку підприємництва помітно зростає роль правочинів у житті юридичних осіб. Якщо раніше в більшості випадків межі можливої поведінки юридичних осіб визначалися приписами законодавства і положеннями управлінських актів, то тепер їхня самостійність значною мірою зросла, що, у свою чергу, веде до збільшення кількості договірних зобов'язань, учасником яких виступає юридична особа.

Таким чином, зміст цивільної правосуб'єктності юридичних осіб немислимий без такого його елемента як правочиноздатність. Правочиноздатність юридичної особи можна розглядати як можливість вчиняти правомірні дії, спрямовані на виникнення, зміну чи припинення її цивільних прав та обов'язків. А з огляду на правочинну природу договору, яка підтверджується ч. 2 ст. 202 ЦК України, можна говорити і про договороздатність юридичної особи як видове поняття стосовно її правочиноздатності.

На думку В. С. Мілаш, договірну правоздатність слід розглядати не як абстрактну можливість бути стороною договору, а гарантовану законом (тобто реальну) можливість вступати в певні договірні відносини як однією із сторін [2, с. 103].

ЦК України містить низку обмежень щодо участі юридичних осіб у різного роду договірних моделях. І це цілком правильно, адже договороздатність юридичної особи не охоплює можливості укладати договори, спрямовані на набуття або реалізацію тих цивільних прав і обов'язків, котрі можуть належати лише фізичній особі. Так, тільки фізична особа може бути відчужувачем в договорі довічного утримання (ст. 746), замовником у договорі побутового підяду (ст. 865), пасажиром у договорі перевезення

пасажирів та багажу (ст. 910), поклаждавцем у договорі зберігання речі у ломбарді (ст. 967). Така позиція законодавця підтверджує той факт, що для юридичних осіб характерними є ті договори, що відповідають її правовій природі як суб'єкта цивільних правовідносин.

Разом з тим у ЦК України містяться обмеження не лише щодо участі юридичних осіб у договірних конструкціях, а й щодо осіб фізичних. Наприклад, у договорі складського зберігання на стороні товарного складу (ст. 957), договорі страхування на стороні страховика (ст. 984), кредитному договорі (ст. 1054), договорі банківського вкладу (ст. 1058), договорі банківського рахунку (ст. 1066) на стороні банку виступають юридичні особи, які спеціально створені для здійснення відповідної діяльності.

По-третє, за юридичними особами закріплюється право самостійно або з іншими суб'єктами створювати юридичні особи. До такого твердження доходимо, проаналізувавши ст. 3 Закону України «Про господарські товариства» від 19 вересня 1991 р. № 1576-ХІІ, в якій вказано, що засновниками та учасниками товариства можуть бути підприємства, установи та організації, а також громадяни, крім випадків, передбачених законом. Право юридичних осіб об'єднуватись з іншими юридичними особами передбачене ч. 1 ст. 118 ГК України. В контексті цього питання треба звернути увагу на можливість створення юридичними особами філій та представництв, які не є юридичними особами. Таке право передбачене ст. 95 ЦК України. Філії та представництва наділяються майном юридичної особи, що їх створила, і діють на підставі затвердженого нею положення.

По-четверте, за юридичними особами закріплене право успадковувати майно. Дане право передбачене ч. 2 ст. 1122 ЦК, де вказано, що спадкоємцями за заповітом можуть бути юридичні особи та інші учасники цивільних правовідносин. Проте, на відміну від фізичних осіб, юридичні особи не мають права заповідати своє майно. Згідно з ч. 1 ст. 104 ЦК України майно юридичної особи переходить до її правонаступників в результаті реорганізації.

По-п'яте, законодавством закріплюється за юридичними особами здатність виступати суб'єктами права інтелектуальної власності. Вважається, що творцем може бути тільки людина. Це положення знаходить своє відображення у законодавстві про інтелектуальну власність, де прямо передбачено, що творцями стосовно різних об'єктів інтелектуальної власності є фізичні особи. Наприклад, із визначення поняття автора у ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р. № 3792-ХІІ випливає, що ним може бути тільки фізична особа. І хоча юридична особа не може бути автором твору, вона може стати суб'єктом авторського права. Юридична особа виступає суб'єктом права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок, в якій працює працівник, що створив відповідний об'єкт. В законах України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» 15 грудня 1993 р. № 3687-ХІІ та «Про охорону прав на промислові зразки» 15 грудня 1993 р. № 3688-ХІІ вживається поняття «роботодавець» – особа, яка найняла працівника за трудовим договором (контрактом).

Варто наголосити, що сучасний законодавець не тільки суттєво розширив обсяг майнових прав юридичних осіб. Надзвичайно важливо, що сьогодні, нарівні із майновими

правами юридичних осіб захищаються їх особисті немайнові права. Такий крок законодавця, без сумніву, свідчить про ступінь зрілості України як правової держави.

Так, у ст. 94 ЦК України під назвою «Особисті немайнові права юридичної особи» визначено, що юридична особа має право на недоторканність її ділової репутації, на таємницю кореспонденції, інформацію та інші немайнові права.

Ділова репутація (від лат. *reputatio* – роздумування, осмислення) – суспільна думка про позитивні (достоїнства) та негативні риси когось або чогось [3, с. 104; 4, с. 267]. Рівень ділової репутації визначається рівнем професіоналізму, тривалістю роботи, наявністю позитивної інформації. Право на недоторканність ділової репутації може бути порушене через поширення неправдивої інформації. У чинному законодавстві відсутнє легальне визначення поняття «ділова репутація» юридичної особи. Значним внеском судової практики у визначенні досліджуваного поняття виступає Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 28 березня 2007 року № 01-8/184 «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію», у якому під діловою репутацією юридичної особи розуміється престиж її фірмового (комерційного) найменування, торговельних марок та інших належних їй матеріальних активів серед кола споживачів її товарів та послуг [5].

Зазначимо, що визначення ділової репутації як особистого немайнового права юридичної особи у наукових колах питання досить спірне. Так, зокрема, О. М. Ерделевський переконаний, що ділова репутація громадянина-підприємця чи комерційної юридичної особи за законодавством Російської Федерації може виступати предметом договору комерційної концесії. Виходячи з цього, їх ділова репутація не належить до числа особистих немайнових благ [3, с. 103–105]. Інша російська вчена – Н. В. Козлова також вважає, що ділова репутація за своєю природою є виключним правом майнового характеру, яке може належати кожному суб'єкту права, котрий здійснює будь-яку діяльність [6, с. 164].

На нашу думку, з таким висновком важко погодитись, адже ділова репутація характерна як для юридичної особи, так і для фізичної, проте у тому випадку, коли йдеться про особу фізичну, немає сумнівів, що це її особисте немайнове право. Дійсно, юридична особа в силу своєї штучної природи не має тілесної оболонки, не володіє свідомістю чи психікою, а тому не може відчувати чи переживати. Проте для неї має значення поширення повідомлень про аспекти ділової діяльності, які насправді не мали місце: ненадання або неналежне надання страховиком чи банком своїх послуг, низька якість освітніх послуг навчальним закладом тощо. Наведене дає змогу дійти висновку, що ділова репутація юридичної особи є її особистим немайновим правом. Ці міркування підтверджуються і роз'ясненнями вищих судових органів. Так, відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31 березня 1995 року № 4 до втрат немайнового характеру юридичної особи відноситься її ділова репутація [7, с. 271].

Крім ділової репутації в ЦК України як особисті немайнові права юридичної особи закріплені ще право на інформацію та таємницю кореспонденції, а також інші немайнові права. Збирання, зберігання, використання і

поширення інформації є вільним. Разом з тим реалізація права на інформацію не повинна порушувати права, свободи та інтереси інших громадян, права та інтереси юридичних осіб. Юридична особа наділяється правом на комерційну таємницю. В юридичній літературі комерційну таємницю розуміють як науково-технічну, технологічну, комерційну, організаційну та іншу інформацію, що використовується в економічній діяльності, яка має реальну потенційну комерційну цінність в силу її невідомості третім особам, котрі могли б отримати вигоду від її розголошення чи використання, до якої немає вільного доступу на законних підставах і щодо якої здійснюються заходи охорони, відповідні її цінності [8, с. 78–82].

Відповідно до ст. 36 ГК України відомості, пов'язані із технологією, управлінням, фінансовою та іншою діяльністю суб'єкта господарювання, що не є державною таємницею, розголошення яких може завдати шкоди інтересам суб'єкта господарювання, можуть бути визнані його комерційною таємницею. А у ч. 2 ст. 505 ЦК України визначено, що комерційною таємницею можуть бути відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого та іншого характеру, за винятком тих, які відповідно до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці.

Разом з тим цивільним законодавством не визначається правовий режим комерційної таємниці, порядок віднесення інформації до такої таємниці, порядок доступу до неї тощо. На сьогодні існує лише Проект Закону України «Про комерційну таємницю», а відсутність належного правового регулювання у цій сфері сприяє розвитку такого негативного явища як комерційне шпигунство, ускладнює, а інколи взагалі унеможлиблює юридичним особам належним чином захистити свої технології.

До інших немайнових прав юридичних осіб можна віднести фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, хоча окремі науковці наполягають на майновому характері цих прав [9, с. 326 – 327; 6, с. 148–149]. У цивільному законодавстві України немає безпосередньої вказівки на немайновий характер зазначених правових категорій, проте у Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31 березня 1995 року № 4 знаходимо саме таку їхню характеристику.

Іншим надзвичайно важливим правом юридичних осіб виступає право на відшкодування моральної шкоди. Слід одразу зазначити, що питання, пов'язані із відшкодуванням моральної шкоди юридичним особам, є надзвичайно дискусійними. Цивільно-правова доктрина характеризується різними поглядами на дану проблему від повного заперечення можливості відшкодування моральної шкоди юридичним особам до визнання за ними такого права, проте тільки у випадку посягання на їхню ділову репутацію. Особливу критику можна простежити у працях російських цивілістів. Так, А. П. Сергєєв і Ю. К. Толстой зазначають: «чаша терезів схиляється на користь того, що моральна шкода юридичній особі, виходячи із самої категорії моральної шкоди, як заподіяння фізичних та моральних страждань, заподіяна не може бути. У тих випадках, коли діловій репутації юридичної особи заподіяна шкода розповсюдженням будь-яких ганебних відомостей, вона може вимагати відшкодування заподіяних їй збитків, у тому числі у вигляді упущеної вигоди» [10, с. 311].

До наведених поглядів близькою є позиція російського законодавця, котрий передбачає можливість компенсації моральної шкоди юридичній особі лише у випадку захисту її ділової репутації (ч. 7 ст.152 ЦК РФ). Водночас О. М. Ерделевський переконаний, що правило про компенсацію моральної шкоди, передбачене ч. 7 ст. 152 ЦК РФ, слід застосовувати, зважаючи на правову природу юридичної особи. Автор зауважує, що суди загальної юрисдикції РФ не випадково задовольняють вимоги юридичних осіб про спростування відомостей, що не відповідають дійсності, котрі посягають на їх ділову репутацію, і про відшкодування збитків, але відмовляють в задоволенні вимог про компенсацію моральної шкоди, оскільки юридична особа, як штучна правова конструкція, не може довести факт нанесення фізичних чи моральних страждань [11, с.106].

На відміну від російського український законодавець не ставить під сумнів право юридичної особи на компенсацію моральної шкоди. У ч. 2 ст. 23 ЦК України прямо передбачено, що моральна шкода юридичної особи полягає у приниженні її ділової репутації. У зазначеній вище постанові визначено, що під немайновою шкодою, заподіяною юридичній особі, слід розуміти втрати немайнового характеру, що настали у зв'язку із приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошенням комерційної таємниці, а також вчиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи підірив довіри до її діяльності.

Більше того, сьогодні йдеться про право юридичної особи на відшкодування моральної шкоди, завданної незаконними діями органів державної влади та місцевого самоврядування за відсутності їх вини.

Показово, що практика Європейського Суду з прав людини стоїть на позиціях щодо доцільності компенсації моральної шкоди юридичним особам.

Так, рішенням у справі «Українська Прес-Група проти України» від 29.03.2005 р. стало рішенням, яким за порушення права на свободу поглядів на користь юридичної особи як компенсацію саме моральної шкоди стягнуто 33 000 євро. При цьому до уваги взято аргументацію позивача, що внаслідок винесення рішень національними судами редакторський склад видання та журналісти були піддані тиску та цензурі і не могли вільно висловлювати свої погляди стосовно головних соціальних і політичних подій, які сталися в країні. Відповідно, газета втратила свою гостроту та глибокі аналітичні погляди. Як наслідок, тираж газети зменшився, кілька провідних журналістів і працівників залишили газету. Крім того, винесення судами таких рішень означало, що заявник опублікував неправдиву інформацію, а це негативно позначилося на його репутації як ЗМІ [12].

Таким чином, можна дійти висновку, що обсяг цивільних прав та обов'язків юридичної особи визначається її правовою природою та видом правоздатності. Правосуб'єктність останньої носить приватноправовий характер, у зміст якої входить не тільки широкий спектр майнових, а й особистих немайнових прав.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Семеусов В. А.* Учение о специальной правоспособности юридических лиц (предприятий) / Семеусов А. В. // Проблемы правотворчества и совершенствования законодательства. – Иркутск, 1996.

2. Мілаш В. С. Проблеми договірної правосуб'єктності юридичних осіб / В. С. Мілаш // Право України. – 2004. – № 10. – С. 101–105.

3. Эрделевский А. Защита деловой репутации / А. Эрделевский // Закон. – 1998. – № 11, 12.

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

5. Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 28 березня 2007 року № 01-8/184 «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.arbitr.gov.ua>.

6. Козлова Н. В. Правосуб'єктность юридического лица по российскому гражданскому праву: Дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03 / Козлова Наталья Владимировна. – М., 2004. – 735 с.

7. Відшкодування матеріальної та моральної шкоди / Упорядн.: В. С. Ковальський, Л. П. Ляшко. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – 384 с.

8. Лопатин В. Н. Правовая охрана и защита коммерческой тайны / В. Н. Лопатин // Законодательство. – 1998. – № 11. – С. 78–82.

9. Амирханова И. В. Фирменные наименования как средства индивидуализации деятельности субъектов в предпринимательской сфере / И. В. Амирханова // Цивилистические записки. Межвуз. Сборник научных трудов. – М., 2001.

10. Гражданское право: Учебник: изд. 3-е, перераб. и доп. – В 2-х ч. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 1998. – Ч. 1. – 632 с.

11. Эрделевский А. М. О компенсации морального вреда юридическим лицам / А. М. Эрделевский // Хозяйство и право. – 1996. – № 11. – С. 104–108

12. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Українська Прес-Група» проти України» (Заява № 72713/01) від 29 березня 2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nau.ua>.

An article is devoted to the theoretical legal analyses of such legal category, as the content of the civil right capacity of legal person. On the analyses norms of the civil code of Ukraine, the author proved, that the civil right capacity of legal person has private legal character, including property and personal unproperty rights.

В статье исследуются теоретико-правовые проблемы, связанные с определением содержания гражданской правосубъектности юридического лица. На основании анализа норм современного гражданского законодательства автор статьи приходит к выводу, что гражданская правосубъектность юридического лица носит частноправовой характер, содержание которой составляет широкий спектр не только имущественных, но и личных неимущественных прав.

РЕГУЛЮВАННЯ АГЕНТСЬКИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ Й МОЛДОВІ

Проценко В. В.,

*молодший науковий співробітник
відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

У статті аналізується цивільно-правова складова відносин агентування та договору, що його опосередковує – агентського договору. Теоретично обґрунтована належність останнього до інституту торгового представництва та посередництва шляхом порівняння правових норм, що регулюють вказані відносини в законодавствах України та Республіки Молдова.

Ключові слова: агентування, агентський договір, торгове (комерційне) представництво, торгове (комерційне) посередництво, надання послуг, законодавство України, законодавство Республіки Молдова, порівняльно-правовий аналіз.

Будь-який торговий оборот вимагає залучення помічників, які б допомагали виробнику товарів здійснювати їх реалізацію. Відносини між зазначеними суб'єктами торгового обороту в різних країнах регулюються по-різному. Так, в Україні вони регулюються інститутами торгового представництва, посередництва та надання послуг (доручення, комісії та агентських відносин), а в Республіці Молдова – інститутами торгового посередництва та представництва (доручення, комісії та комерційного агентування).

При цьому слід зазначити, що, на нашу думку, в законодавстві України допущено помилку щодо підпорядкування відносин агентування цивільно-правовому інституту надання послуг. Як зазначають К. Цвайгерт та Х. Кетц: «Виявлення особливостей правового регулювання того чи іншого правового феномена ґрунтується на застосуванні порівняльного методу при вивченні права як об'єкта інтелектуальної діяльності» [1, с.12]. Беручи до уваги, що право України і Молдови входить до континентальної системи права, порівняння того чи іншого правового інституту на макрорівні повинно виявляти більшу подібність, ніж розбіжність.

Однак, незважаючи на схожість регулювання агентських відносин на макрорівні, водночас не можна не звернути

увагу на певні розходження, що простежуються в стилі кодифікації, у визначенні ролі й місця агентського договору в законодавстві України і, відповідно, Республіки Молдова.

Дослідженнями, поряд із іншими, інститутів доручення, комісії та агентування займалися у своїх працях такі українські вчені: О. Дзера, А. Довгерт, А. Дрішлюк, В. Кисіль, Р. Колосов, В. Луць, О. Підпригора, Н. Санахметова, І. Спасибо-Фатеева, С. Харитонов, Я. Шевченко, Р. Шишка та інші [2]. Щодо молдавських вчених, то над цим питанням працювали В. Ігнат'єв, А. Каленик, В. Трагіра, О. Халабуденко та ін [3].

Метою даного дослідження є намагання встановити зміст і мету цивільно-правової складової відносин агентування та договору, що його опосередковує – агентського договору, його належність до інституту торгового представництва та посередництва шляхом порівняння правових норм, що регулюють вказані відносини в законодавствах України та Республіки Молдова.

Сам факт включення агентування до *corpus juris* національного права України і Республіки Молдова однозначно свідчить про схожість відправних засад, якими керувалися законодавці щодо принципової необхідності врегулювання вказаних відносин нормами кодифікованих нормативно-правових актів.

Інститут агентування належить до числа відносно нових і, як наслідок, недостатньо повно розроблених приватноправових конструкцій України і Молдови. Остання обставина порушує питання про відповідність норм, покликаних врегулювати відносини, що виникають при здійсненні агентування, характеру і природі цих відносин.

За своєю юридичною природою агентський договір опосередковує відносини представництва у господарській сфері діяльності. Причому представництво, як зауважує Л. І. Шаповал, необхідно визначити як «юридичну діяльність представника для особи, яку він представляє, і правовий зв'язок між представником і особою, яку він представляє» [4, с.103]. Вивчення законодавчих і літературних джерел, аналіз практики дають підставу стверджувати, що правове регулювання відносин, які виникають з приводу агентування, має залучати інститути, які в країнах континентальної Європи регулюють договори доручення, комісії й схожі з ними договірні юридичні конструкції. Однак співвідношення різних елементів таких інститутів значною мірою залежить від рівня правової системи, в тому числі правової культури, що склалася в різних державах. У цьому зв'язку А. Томазі справедливо зазначає: «У більшості випадків це залежить від того, що у внутрішньому праві держав правова природа представництва пов'язана із загальною юридичною системою і тому є її частиною. Кожна правова система має свою власну концепцію договорів, які укладають посередники. Існуючі в різних країнах інститути виконують одну й ту ж економічну функцію, але мають неоднакову юридичну природу» [5, с. 637].

Дійсно, якщо проаналізувати систему договорів, закріплену нормами об'єктивного права в законодавстві України й Молдови, то можна виявити низку принципів розходжень у розумінні агентського договору. Насамперед, варто звернути увагу, що чинний ЦК України не містить легального визначення агентського договору «як конструкції, яка має право на самостійне існування» [6, с.850]. При цьому, як бачимо, норми родового інституту, що обумовлюють саму суть агентського договору, – інституту представництва – закріплені в гл. 17 «Представництво» ЦК України. Зазначена обставина, безумовно, свідчить про порушення предметної єдності генетично пов'язаних інститутів [7, 29] представництва й агентського договору і, мабуть, не може бути обґрунтована ні виходячи з політико-правової концепції регулювання приватноправових відносин, ні, тим більше, із завдань юридичної догматики.

При цьому принципово важливе значення має тлумачення ст. 243 ЦК України, що містить загальні положення про комерційне представництво. Комерційне представництво ґрунтується на нормах, з відомими вилученнями, встановлених для представництва в цілому, і може розглядатися як вид добровільного (заснованого на волевиявленні осіб) представництва з особливим суб'єктним складом і сферою застосування. При цьому комерційний представник може брати на себе зобов'язання здійснювати певні юридично значимі дії від імені й за рахунок особи, що представляє (пряме представництво), а також брати на себе зобов'язання здійснювати певні фактичні дії (чисте посередництво). Відповідно до чинного законодавства України представник не може брати на себе

зобов'язання здійснювати певні юридичні дії від власного імені, але за рахунок особи, яку представляє (непряме представництво). Частина 2 ст. 237 ЦК України безпосередньо передбачає, що не є представником особа, яка хоча й діяла в чужих інтересах, але від власного імені. Принциповий підхід українського законодавця, спрямований на неприпустимість змішування понять прямого й непрямого представництва, знайшов відображення, як відомо, й у відповідних нормах ГК України, яким були врегульовані агентські відносини у сфері господарювання: не є комерційними агентами підприємці, що діють хоча й у чужих інтересах, але від власного імені (п. 3 ст. 295 ГК України). Аналогічні за своїм правовим змістом приписи містить і ЦК РМ, причому ці правила повною мірою поширюються на дії комерційного агента. У цьому зв'язку виникає важливе з погляду систематизації правового матеріалу питання: наскільки виправдане жорстке розмежування дій від чужого імені (пряме представництво) і дій від власного імені, але в чужих інтересах (непряме представництво) стосовно моделі агентського договору?

Слід зауважити, що подібно дорученню й комісії агентський договір передбачає діяльність однієї сторони за рахунок та в інтересах іншої сторони. Однак для агентського договору конкретний спосіб участі агента у відносинах із третіми особами, що є констатуючою ознакою, для договорів доручення й комісії (і який лежить в основі розмежування цих договорів) принципового значення не має.

Якщо прийняти до уваги точку зору Г. Е. Алілова про те що «Зміст агентського договору є саме в тому, що діяльність, яка здійснюється агентом за дорученням і в інтересах принципала, породжує для принципала майнові наслідки» [8, с.525]. Звідси можна зробити висновок, що в цьому випадку визначальне значення має економічне підґрунтя дій учасників агентського договору. Дії від власного імені й дії від чужого імені, якщо їх розглядати з економічної точки зору, є, як відомо, «гілками одного дерева» [9, с.150].

Економічна складова відносин агентування є підтвердженням того, що агентський договір є комплексним інститутом договірної права. Причому стрижневою основою норм цього інституту, виходячи із приватноправової природи відносин, які він регулює, є норми цивільного права. Незважаючи на те, що основний масив норм, спрямованих на регулювання агентських відносин, міститься безпосередньо в ГК України, який є спеціальним законом по відношенню до ЦК України, норми господарського права стосовно агентського договору як цивільно-правового інституту можна визначити як допоміжні.

Зазначені особливості, пов'язані з природою норм, що регулюють агентський договір, характерні не тільки для системи права України, а й для правової дійсності Республіки Молдова. Незважаючи на те, що в Республіці Молдова відсутній кодифікований акт, який містить норми, адресовані виключно особам, що здійснюють господарську діяльність, а основний масив норм, пов'язаних з агентуванням, міститься безпосередньо в ЦК України, висновки про галузеву належність інституту агентського договору, його визначення як комплексного правового

інституту повною мірою можуть бути витребувані представниками молдавської юридичної науки й практики.

З метою виконання завдання цієї праці слід здійснити порівняльно-правовий аналіз окремих елементів структури досліджуваного правового інституту.

Його елементами є елементи типової угоди, що укладається для встановлення прав й обов'язків сторін. До таких елементів належать суб'єкти угоди, суб'єктивна сторона угоди – єдність волі й волевиявлення, форма і предмет угоди. Необхідно зазначити, що кожний з названих елементів агентського договору в законодавстві України й Молдови має характерні особливості.

Так, в п. 2 ст. 295 ГК України вказується, що комерційним агентом може бути суб'єкт господарювання (громадянин або юридична особа), який згідно з повноваженнями, закріпленими у агентському договорі, здійснює комерційне посередництво [10, с. 133].

У свою чергу, в ч. 1 ст. 1199 ЦК РМ сказано: «Комерційним агентом визнається фізична особа, що займається самостійною підприємницькою діяльністю...» [11, с. 252]. За змістом цитованої норми комерційним агентом у Республіці Молдова може бути фізична особа, що здійснює підприємницьку діяльність без утворення юридичної особи.

На нашу думку, обмеження суб'єктного складу агентського договору, а саме, фігури комерційного агента як «фізичної особи, що займається підприємницькою діяльністю», уявляється абсолютно не виправданим. Дане обмеження не узгоджується з нормою ЦК РМ, що встановлює принцип універсальної правоздатності юридичної особи, яка переслідує мету одержати прибуток, тобто юридична особа, що має на меті одержання прибутку, може здійснювати будь-яку не заборонену законом діяльність, у тому числі не передбачену установчим договором (ч. 2 ст. 60 ЦК РМ). Очевидно, що норма, яка обмежує можливість участі в комерційних відносинах юридичної особи як комерційного агента, є перешкодою до повноцінного використання агентського договору в комерційному обороті.

Згідно з вищезазначеним пропонуємо змінити зміст ч. 1 ст. 1199 ЦК РМ виклавши її в такій редакції: «Комерційним агентом визнається особа (фізична або юридична), що здійснює підприємницьку діяльність і якій на основі агентського договору доручається здійснювати комерційне представництво».

В Україні легальне визначення агентського договору закріплено в п. 1 ст. 297 ГК України як консенсуальну договірну модель, причому через призму обов'язків комерційного агента. Погодившись у цілому із запропонованим українським законодавцем визначенням агентського договору, треба зазначити, що й воно не позбавлено деяких недоліків. Зокрема, виходячи з даного визначення, ми бачимо, що «комерційний агент зобов'язується надати послуги в укладанні угод» [10, с. 134]. Отже, приймаючи на себе обов'язок у наданні послуг, комерційний агент одержує після виконання цього обов'язку право, зустрічне на винагороду в усіх випадках, навіть тоді, коли мети надання послуг – здійснення угоди – не буде досягнуто. Зазначене суперечить сформованому в теорії і законодавстві положенню, відповідно до якого право на винагороду у комерційного агента згідно з п. 2 ст. 301 ГК України виникає «після оплати третьою особою за угодою, укладеною за його участі» [10, с. 135].

По-друге, специфіка агентського договору передбачає, що він може бути укладеним як у письмовій формі, так і за допомогою наступного схвалення принципалом здійснених комерційним агентом юридичних і фактичних дій (ratihabito). Очевидно, ця особливість агентського договору повинна бути врахована в його легальному визначенні.

В Республіці Молдова, на нашу думку, значним недоліком у правовому регулюванні відносин, що випливають із агентського договору, є відсутність його легального визначення в законодавстві. Підхід молдавського законодавця, при якому агентський договір називається, але не визначається у вигляді певної моделі поведінки, призводить до необхідності постійного відмежування його від суміжних договірних конструкцій, зокрема, договору доручення й посередництва.

Порівнюючи вищенаведені приклади, пропонуємо доповнити ч. 3 ст. 1202 ЦК РМ таким змістом: «Відповідно до агентського договору комерційний агент зобов'язується здійснювати за дорученням принципала і у його інтересах юридичні і (або) фактичні дії, а принципал зобов'язується виплатити комерційному агенту винагороду по досягненню мети вчинених ним дій. Агентський договір укладається за допомогою надання принципалом комерційному агенту повноважень або наступним схваленням дій, здійснених комерційним агентом в інтересах принципала».

Основним обов'язком принципала є виплата комерційному агенту винагороди. Цей обов'язок у принципала виникає лише у випадку досягнення мети вчинених комерційним агентом дій. Слід звернути увагу на те, що законодавець Республіки Молдова саме діям зі сплати винагороди комерційному агенту приділяє особливу увагу, детально регламентуючи підстави виникнення суб'єктивного права комерційного агента на одержання комісійної винагороди. Зокрема, комерційний агент має право вимагати сплати винагороди в період дії агентського договору, коли угоду укладено в результаті його дій або коли угоду укладено із третьою особою, яка раніше стала клієнтом принципала в аналогічній угоді завдяки діям відповідного комерційного агента. Комерційний агент відповідно до ч. 4 ст. 1203 ЦК РМ зберігає право на сплату винагороди й після закінчення дії агентського договору, якщо: «Пропозиція третьої особи укласти договір (оферта або вимога) була отримана принципалом або комерційним агентом до закінчення терміну дії агентського договору, або коли угоду укладено завдяки діям комерційного агента в розумний строк з моменту закінчення терміну дії агентського договору» [11, с. 253]. Дуже детальна регламентація відносин по сплаті винагороди в законодавстві Республіки Молдова очевидно спрямована на захист інтересів комерційного агента і, як наслідок, на створення умов для стабільного цивільного обороту. Відсутність аналогічної норми в законодавстві України може призвести до виникнення спорів щодо винагороди комерційного агента після закінчення терміну дії агентського договору. У цьому зв'язку, на нашу думку, положення національного законодавства України, що регламентує сплату винагороди комерційному агенту, варто доповнити нормою, що закріплює право комерційного агента на винагороду після закінчення терміну дії агентського договору у випадку, коли пропозицію про укладення угоди було отримано від третьої особи до закінчення терміну дії агентського договору.

Однією із особливостей правового регулювання відносин, що виникають із агентського договору, спрямованих на захист інтересів сторін договору, є положення про немонопольні і монопольні агентські відносини (ст. 299 ГК України), а також положення про застереження щодо конкуренції (ст. 1210 ЦК РМ). Нагадаємо, що при монопольних агентських відносинах комерційний агент, що представляє відповідного суб'єкта господарювання, не має права здійснювати комерційне посередництво інших суб'єктів господарювання в межах, передбачених договором (п. 2 ст. 299 ГК України). У такий спосіб монопольні агентські відносини виникають на основі угоди, що обмежує суб'єктивне право комерційного агента на укладання аналогічних угод з іншими контрагентами. Підкреслимо, що в жодному разі не йдеться про обмеження дієздатності комерційного агента, йдеться в цьому випадку про зобов'язання *non facere*, змістом якого є не здійснення певної дії, а утримання від такої дії (бездіяльність). Для того, щоб утримання від дії набуло характеру зобов'язального правовідношення, воно повинно мати належний ступінь визначеності. Отже, агентський договір при включенні до його тексту застереження про конкуренцію повинен містити чітку вказівку на характер дії, що становить зміст суб'єктивного права управомоченої сторони. А якщо ні, то зобов'язання з негативним змістом, будучи сформульованим у вкрай загальному вигляді, «стає приватним обмеженням дієздатності» [12, с. 676] і тому не підлягає захисту. Звідси виходить, що суб'єкт господарювання – принципал, для того, щоб його суб'єктивне право на обмеження конкурентної діяльності комерційного агента було захищено, повинен конкретно визначити характер дій, що становлять предмет конкуренції, період дії монопольної угоди і територію, на яку вона поширюється. Проте варто мати на увазі, «що такі обмеження не можуть суперечити положенням антимонопольного законодавства» [13, с. 855].

Відмінною рисою монопольної угоди від застереження про конкуренцію є те, що монопольна угода за змістом ст. 299 ГК України діє в період дії договору (у межах, передбачених договором), тоді як застереження про конкуренцію спрямоване на обмеження дій після припинення договору. Отже, застереження про конкуренцію відповідно до ст. 1210 ЦК РМ є самостійною угодою, що встановлює зобов'язання *non facere*. Причому умовою дійсності такої угоди є укладення її в письмовій формі.

Зазначимо, що чинне законодавство Республіки Молдова не містить положень, аналогічних тим, які передбачені законодавством України щодо монопольних відносин, однак і не виключає можливості встановлення такого роду відносин угодою сторін. Враховуючи, що закони у сфері регулювання підприємницьких (за участю підприємців) відносин виконують не тільки регуляторну функцію, а також функцію стимулювання розвитку підприємництва, на нашу думку, було б важливіше закріпити положення про монопольні відносини в нормах статей ЦК РМ.

З іншого боку, беручи до уваги відсутність положень про застереження від конкуренції в статтях законодавства України, що регулює агентські відносини, пропонуємо закріпити в ньому положення, аналогічне тому, що міститься в ст. 1210 ЦК РМ, передбачивши таким чином

можливість укладення самостійної угоди, що обмежує діяльність комерційного агента в сфері дій принципала по припиненню агентського договору.

Однією з особливостей правового регулювання агентських відносин в Україні є обов'язок по нерозголошенню конфіденційної інформації в агентських відносинах, передбачений ст. 302 ГК України. Зазначена стаття передбачає обов'язок агента «зберігати таємну інформацію навіть після припинення договору та не використовувати її у власних інтересах» [13, с. 856]. У цьому зв'язку слід звернути увагу на певне логічне протиріччя, що міститься в нормі названої статті. З одного боку, в назві ст. 302 ГК України йдеться про «обов'язок по нерозголошенню конфіденційної інформації в агентських відносинах» [10, с. 135], а з іншого – диспозиція норми пропонує комерційному агенту не передавати й не використовувати зазначену інформацію не тільки в період дії агентського договору, а й «після припинення агентських відносин» [10, с. 135]. Таким чином, законодавець припускає, що обов'язок по збереженню, не поширенню і не використанню конфіденційної інформації зберігається за комерційним агентом не тільки в період дії агентського договору, а й після його припинення. Суб'єктивному обов'язку комерційного агента кореспондується суб'єктивне право принципала, яке може бути реалізоване в межах агентських правовідносин. Припинення правовідносин тягне за собою втрату суб'єктивного права. Отже, для встановлення права вимоги принципала до комерційного агента необхідна певна правова підстава – юридичний факт. Цілком зрозуміло, що таким фактом агентський договір бути не може, оскільки відносини по ньому припинилися. Немає також підстави відносити існуючі відносини, що передбачають обов'язок по нерозголошенню конфіденційної інформації, до абсолютних відносин. Агентські відносини – відносини зобов'язального характеру, окремі права й обов'язки, їх складові, є відносними за своєю юридичною природою. Враховуючи вищезазначене, пропонуємо змінити формулювання правила, що встановлює обов'язок комерційного агента по збереженню конфіденційної інформації, закріпивши натомість положення про те, що обов'язок по нерозголошенню такої інформації після припинення агентського договору за комерційним агентом зберігається за умови, що сторони уклали спеціальну угоду про захист конфіденційної інформації, що діє протягом певного строку, ними встановленого.

Однією з особливостей правового регулювання агентських відносин в Україні є досить детальна регламентація підстав їхнього припинення, передбачена ст. 304 ГК України. Так, «припинення – остання стадія існування зобов'язання, із завершенням якої первісний юридичний зв'язок між сторонами, виражений у конкретному зобов'язанні, втрачається» [14, с. 157].

Як і будь-які зобов'язальні правовідношення, агентські відносини можуть бути припинені за згодою сторін. На відміну від інших підстав припинення агентського договору, передбачених ст. 304 ГК України, а також положеннями про припинення договірних зобов'язань, що містяться в ЦК України, припинення договору за згодою сторін не є способом захисту прав управомоченої сторони на випадок порушення договірних

зобов'язань зобов'язаною стороною. В інших випадках, передбачених ст. 304 ГК України й іншими нормативними розпорядженнями чинного законодавства України, йдеться про схожі, але не тотожні правові інститути. На думку А. Г. Карапетова, «даний спосіб розірвання договору являє собою двосторонню угоду, спрямовану на припинення правовідносин, що випливають із даного договору» [15, с. 162]. Зрозуміло, що такого роду двостороння угода є дійсною в тому числі і при порушенні агентського договору однією із сторін.

Інші підстави припинення агентського договору, прямо передбачені ст. 304 ГК України, можна віднести до так званих підстав «безумовного розірвання». Безумовне розірвання агентського договору можливе без дотримання правил про істотне порушення договірних зобов'язань, передбаченого ст. 615 ЦК України, відповідно до якої у випадку порушення зобов'язання однією стороною інша сторона має право частково або в повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом. Таким чином, підстава безумовного розірвання договору представляє ще одну групу підстав припинення договірних зобов'язань.

Нагадаємо, що безумовне розірвання агентського договору можливе, виходячи з його природи, у випадку відкликання повноважень комерційного агента суб'єктом, якого він представляє, або відмови комерційного агента від подальшого здійснення комерційного посередництва за договором, укладеним сторонами без визначення терміну дії, а також вибуття однієї із сторін договору внаслідок її припинення. Очевидно, що законодавець, наділяючи сторони договору правом на розірвання агентського договору на безумовних підставах, надає їм право вибору застосування того чи іншого конкретного способу у випадку істотного порушення договору. Управомочена особа може спробувати розірвати договір, довівши істотність порушення договору на підставах, передбачених ст. 304 ГК України, однак вона також має право піти шляхом розірвання договору, посиляючись на спеціальні норми чинного законодавства.

Як бачимо, відмінними рисами припинення агентського договору на підставах безумовного розірвання є те, що управомочена особа не повинна доводити істотність порушення договору. Однак варто мати на увазі, що при такому способі припинення договору ця особа втрачає право стягувати з боржника збитки, викликані вимушеним розірванням договору. У свою чергу, розірвання договору на підставі його істотного порушення вимагає від управомоченої сторони доказування такого порушення, усуває обов'язок сплати своєму контрагентові будь-яких компенсацій, а також надає право управомоченій стороні на стягнення збитків, викликаних порушенням договору. У всіх названих випадках йдеться про повне припинення договірних правовідносин.

Звертає на себе увагу те, що законодавець не дає вичерпного переліку підстав безумовного розірвання агентського договору. У цьому зв'язку, з огляду на схожу правову природу агентського договору й договору доручення, варто погодитися з думкою О. І. Дрішлюка про те, що агентський договір може бути припинений у випадку визнання довірителя (принципала) або повіреного (агента) недієздатним, обмеження його цивільної дієздатності або визнання безвісно відсутнім [14, с. 160].

У свою чергу, діючий ЦК РМ не містить спеціальних положень, що регламентують припинення агентського договору, адресуючи сторони такого договору до загальних приписів щодо припинення договірних зобов'язань, а також до правил про припинення зобов'язань, відповідним чином застосованих до агентських відносин (договір доручення). На нашу думку, відсутність спеціальних правил, що регулюють припинення агентського договору, негативно відображається на захисті прав управомоченої сторони і має потребу в усуненні на законодавчому рівні.

Як бачимо, порівняльно-правовий аналіз моделі агентського договору, виробленої правом України й Республіки Молдова, дає підставу виділити ряд загальних, зближуваних рис, що дають змогу віднести досліджуваний договір до комплексних договірних правових інститутів. Стрижневою основою інституту агентського договору служать норми цивільного права, що обумовлюють дозвільний характер регулювання агентських відносин. Зазначена спільність підходів законодавців України й Республіки Молдова в питанні регулювання агентського договору не виключає ряду специфічних особливостей, сприйняття яких порівнюваними правовими актами у вказаних випадках може слугувати вдосконаленню правового регулювання відносно нового інституту договірних відносин – агентського договору.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. – Т. 1. Основы. – М., 1995.
2. Дзера О. В. НПК Цивільного кодексу України. – 3-тє вид. – К.: Юрінком Інтер, 2008; Довгерт А. С. Цивільний кодекс України. Постатейний науково-практичний коментар в двох частинах. – К.: Юстініан, 2006; Дрішлюк О. І. Агентський договір: цивільно-правовий аспект. Дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. – Одеса, 2003; Кисіль В. І. Механізми колізійного регулювання в сучасному міжнародному приватному праві: Дис... докт. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2001; Колосов Р. В. Договір комісії і агентський договір у цивільному праві. Дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. – К., 2004; Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-е вид., стер. – Юрінком-Інтер, 2001; Санихметова Н. О. Підприємницьке право. – К.: АСК, 2005; Харитонов Е. О., Санихметова Н. А. Гражданское право: Частное право. Цивилистика. Физические лица. Юридические лица. Вещное право. Обязательства. Виды договоров. Авторское право. Представительство. – К., 2001; Цивільне право України: У 2-х т. / За ред. Я. М. Шевченко. – К.: Ін Юре, 2003.
3. Игнатьев В. К вопросу о возникновении понятия «посредничество» и его роли в современном развитии малых форм предпринимательства и саморегулирования // Закон и жизнь. – 2007. – № 5; Каленик А. Коммерческое право. – Кишинев: Business-Elita, 2004; Трагира В. Конституционное право человека и гражданина на предпринимательскую деятельность в Республике Молдова. – Кишинев: tipografia Centrala, 2006; Халабуденко О. Юридические конструкции в гражданском праве // Закон и жизнь. – 2006. – № 4.
4. Шановал Л. І. Правова природа представництва в цивільному праві // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 9 (35).
5. Tomazi A. Les conflits de lois en materier de representantion conventionnelle et opportunitie d'une cinvetion internationale // Revue de droit international prive. – 1958. – № 4.
6. Договірне право України. Особлива частина: навч.

посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.: – К.: Юрінком Інтер, 2009.

7. *Цивільне право України*. Кн. 1 / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К.: Юрінком Інтер, 2005.

8. *Авилов Г. Е.* Агентирование // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996.

9. *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. – Т. 2. – М., 2000.

In the Article the civil-law component of relations of agency is being analyzed and the contract that mediates them – the Agency Contract. It is also given a theoretical substantiation of an accessory of the last to trade representation and mediation by comparison of law rules regulating the specified relations in legislations of Ukraine and Republic of Moldova.

В статье анализируется гражданско-правовая составляющая отношений агентирования и договора, опосредствующего его – агентского договора. Дано теоретическое обоснование принадлежности последнего к институту торгового представительства и посредничества путем сравнения правовых норм, регулирующих указанные отношения в законодательствах Украины и Республики Молдова.

ОСОБЛИВОСТІ СЕМАНТИЧНОЇ ПРИРОДИ ЮРИДИЧНИХ ТЕРМІНІВ

Янчук І. А.,

кандидат філологічних наук,

старший науковий співробітник

відділу проблем приватного права

НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

У статті розкрито особливості термінологічної номінації, семантичну природу терміна, його специфіку та особливості, що дає змогу розглядати дефініцію як основну ознаку терміна в процесі застосування в юридичній галузі.

Ключові слова: юридична термінологічна лексика, дефініція, семантична природа терміна, вимоги до терміна, особливості застосування.

Юридичний термін позначає наукове поняття, яке в сукупності з іншими юридичними поняттями є складовою наукових теоретико-прикладних досліджень. До наукових узагальнень і підходів мають застосовуватися усталені однозначні терміни. Процес визначення, наскільки терміни відповідають таким вимогам, може тривати досить довго. Такий стан речей можна вважати закономірним, оскільки науковий термін створюється на перспективу, тривалий час, з можливістю сталого вжитку в майбутніх наукових теоріях і розробках. У свою чергу, саме в науковому обігу терміни набувають ознак подальшого майбутнього застосування, сталості та обов'язковості. Метою цих закономірностей є, передусім, створення однозначного та несуперечливого терміна. Юридична галузь об'єктивно зацікавлена в таких ознаках термінологічних одиниць.

Однозначність як найхарактерніша ознака терміна завжди актуальна. Право має забезпечувати справедливе рішення, до втілення якого залучаються найбільш вдалі за вибором змісту та обсягом інформації термінологічні найменування. Головним моментом на цьому шляху є пошук однозначного терміна. Проте зміст наукового поняття не завжди має однозначну мовну відповідність. Термінологічне оформлення приватноправових понять не спрощується до уявлення «одне поняття – один термін». Для термінів використовуються лексичні форми, особливістю яких має бути раціональна стислість, тобто термін, втілений як у форму одного слова, так і в словосполучення, повинен мати раціональну (оптимальну) довжину. Юриспруденція використовує такі можливості,

10. *Господарський кодекс України*. – К.: Паливода А. В., 2005.

11. *Гражданский кодекс Республики Молдова*. – Кишинев, 2009.

12. *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики* / Под общ. ред. В. А. Белова. – М.: Юрайт-Издат, 2007.

13. *Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб.* / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.: – К.: Юрінком Інтер, 2009.

14. *Дришлюк О. І.* Агентський договір: цивільно-правовий аспект. Дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. – Одеса, 2003.

15. *Каранетов А. Г.* Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. – М.: Статут, 2007.

залучаючи до широкого наукового обігу скорочення, аббревіатури, коротші словотворчі елементи терміна. Всі лексичні форми, різні за способом утворення, є значеннєвими одиницями мови.

Семантична природа терміна зумовлена притаманними мові закономірностями, які відбуваються на лексичному рівні, стосуються тих процесів і змін, які об'єктивно відбуваються в мові та впливають на формування спеціальної лексики. Варто завжди брати до уваги той факт, що термін (на відміну від професіоналізму) стає, врешті-решт, офіційним позначенням поняття. У такому позначенні мають враховуватися, передусім, семантичні характеристики тих мовних одиниць, які залучаються до визначення терміна. У різноманітних процесах диференціації (дивергенції), внаслідок чого виленовуються нові одиниці та інтеграції (конвергенції), коли з'являються спільні елементи, до термінологічної дефініції (визначення) мають залучатися семантично виважені та однозначно визначені слова. За таких умов у лексичній синонімії, паронімії, багатозначності – процесах, не сприятливих для визначення однозначного терміна, треба вирізняти необхідну семантику, розмежовувати різні значення, виокремлювати одне, важливе для конкретного випадку слово. Наприклад, серед великої кількості лексичних паронімів – слів, які близькі за звучанням, але різні за значенням і написанням, слід враховувати лексичні значення, за допомогою яких розкриється зміст обраного терміна у відповідному визначенні, порівн.: *винахідлива* (людина) – *винахідницька* (пропозиція); *відносини* (суспільні) – *відношення* (об'єктивні,

тотожні); *громадський* (діяч, контроль) – *громадянський* (обов'язок, подвиг); *допускатися* (помилки) – *припускатися* (якоїсь думки); *завдання* (почесне, політичне) – *задача* (математична); *кваліфікаційний* (розряд, комісія) – *кваліфікований* (спеціаліст); *книжковий* (магазин) – *книжний* (стиль, вислів); *конструктивний* (елемент, метод) – *конструкційний* (матеріал, метал); *метод* (економічний) – *методика* (опрацювання матеріалу), *методологія* (наукових досліджень); *методичний* (підхід, посібник) – *методологічний* (семинар); *об'єктивістський* (погляд) – *об'єктивний* (фактор); *освітлення* (яскраве) – *висвітлення* (детальне); *особистий* (підпис) – *особовий* (рахунок); *первинний* (струм) – *первісний* (лад, община); *привітальний* (лист) – *привітний* (чоловік); *реалістичний* (твір) – *реальний* (факт); *уява* (творча) – *уявлення* (не мати жодного уявлення); *формувати* (крону дерева) – *формулювати* (поняття) та ін.

У таких випадках термінологічне найменування має спиратися тільки на одне значення, тобто брати до уваги варто лише одне слово, «відкидаючи» решту збережених мовою одиниць, у створенні однозначного терміна. Інший підхід до термінологічного визначення полягає в тому, чи зберігати в межах термінології паралельний вжиток близьких значень, чи вилучати з термінологічного обігу елемент синонімічних відношень (порівн.: *пошкодження* / *псування*; *чинник* / *фактор*; *фальсифікація* / *підробка*; *визначення* / *формулювання*; *започаткувати* / *зініціювати* тощо).

У будь-якому випадку йдеться про вибір притаманних кожному конкретному найменуванню засобів втілення термінологічного змісту. Тому термінотворення досить часто, а часом – передусім, актуалізує проблему появи (створення), застосовування, фахового вибору та використання саме семантики юридичної термінології. Термінологічне значення – це особливе значення. Основними ознаками терміна, враховуючи це, є: «системність; наявність дефініції; тенденція до однозначності в межах свого термінологічного поля, тобто термінології певної галузі; стилістична нейтральність; точність семантики, висока інформативність» [1, с. 629]. Тому словосполучення *обсяг терміна*, яке досить часто трапляється в юридичному мовленні, варто уточнити. Якщо йдеться про раціональність (оптимальність) форми, то це «довжина» терміна (аббревіатура, скорочена форма, словосполучення та ін.). Якщо ж аналізується термін на позначення поняття, то виокремлюється *обсяг значення*, яке залишається на одному рівні з поняттям і спрямоване до поняття як до своєї межі, яка може бути далекою або, навпаки, досить близькою. Поняття як категорія мислення і спеціальне лексичне значення як мовна категорія не ототожнюються в терміні. Суттєві ознаки поняття експліцитно представлені не в самому терміні, а в дефініції – його визначенні або тлумаченні.

У дефініції повною мірою має визначатися однозначність терміна та зумовлюватися його несуперечливість. Несуперечливий термін має бути однаково зрозумілим у всіх сферах застосування права – теоретико-методологічному осмисленні, науковому вжитку, юридичній практиці, професійному спілкуванні, публічних виступах тощо.

Аналізуючи семантичну природу терміна, дослідники вказують на те, що термін, як слово (словосполучення) спеціальної сфери застосування, позначає наукове або виробничо-технологічне поняття, яке, як підкреслюють

термінологи, потребує дефініції (визначення). Дефініція містить інформацію про найістотніші ознаки позначуваного поняття. Без дефініції неможливо вибудувати логічні зв'язки, узагальнювати думку, виокремлювати послідовність семантичної сполучуваності елементів термінологічної системи, формування якої залежить від стану свідомого впорядкування і своєчасного коригування на підставі обов'язкового дефінітивного критерію. Саме дефінітивний критерій, на думку багатьох дослідників, стає тією обов'язковою вимогою до фахової термінології: «Дефінітивність виявляється обов'язковою ознакою терміна: ті, що мають визначення – терміни, ті, що не мають визначення, не є термінами» [2, с. 51].

Оскільки головною проблемою терміна залишається, передусім, його зміст, а точніше – однозначність, для термінологічного визначення слід дбайливо добирати такі слова та словосполучення як загального, так і спеціального вжитку, які б виважено, обґрунтовано та стисло пояснювали б семантичні особливості термінологічної лексики, тому що «недбало вибраний термін спотворює зміст статті кодексу, створює можливості для подвійного тлумачення закону і ускладнює його сприйняття» [3, с. 59].

Крім того, у застосуванні сучасної загальноновживаної лексики в тлумаченнях фахових термінів важливо дотримуватися імперативних і диспозитивних мовних правил і норм, враховувати загальні тенденції, мовні зміни, залучати автентичні та запозичені елементи, зумовлюючи свій вибір не стільки особистими пріоритетами та смаками, скільки об'єктивними закономірностями функціонування і розвитку мови. За таких умов досить проблематично виокремити єдиний критерій (або підхід) щодо створення (вибору) однозначного терміна, надати йому статусу універсального та застосовувати до будь-яких значущих мовних форм, які набувають термінологічних ознак.

На жаль, жоден із критеріїв не може розглядатися як універсальний, який забезпечить і, передусім, зумовить однозначність терміна. Навіть дефініція не може розглядатися як універсальний критерій, бо зовсім недостатньо визначити термін як юридичний (або правовий термін, або термін права чи юриспруденції тощо). Треба охарактеризувати його відповідно до конкретної сфери застосування, де кожне визначення потребує вибору між багатьма найменуваннями та підходами залежно від різних правових аспектів і спрямувань, пор.: *відповідальність* (за Конституцією України, цивільним правом, кримінальним правом, законодавством про працю та ін.); *особа* (фізична, юридична, без громадянства та ін.); *майно* (за Цивільним кодексом України та Господарським кодексом України та ін.); *звичай* (як соціальна норма та як джерело права та ін.). У будь-якому випадку кожного разу термінологічне визначення уточнюється завдяки властивій мові особливості звужувати значення відповідно до потреб юридичної галузі, задоволення суспільних інтересів, де із родового значення термін може переводитися у ранг видового найменування (порівн.: *система*, правова *система*, *система* права; *зречення* як дія за значенням зрікатися і *зречення* прав; *передання* як дія за значенням передати та *передання* речі; *розроблення* як дія за значенням розробляти та *розроблення* проекту закону та ін.

Крім того, з метою унеможливлення вибору невдалих лексичних одиниць у кожному конкретному випадку

(тлумаченні терміна) важливо всебічно аналізувати попередній лексикографічний досвід та спиратися на лексичні визначення, уточнення і коментарі, які зафіксовані у вітчизняних тлумачних словниках української мови як сучасного, так і історично віддалених етапів мовного функціонування. До того ж, у тлумачних словниках фахової мови попередніх часів зосереджено великий обсяг юридичних термінів. Деякі з них (такі, наприклад, як: *чин, чинити, правочин, безхазяйна річ*), незважаючи на віддаленість у часі, відповідають сучасним вимогам змісту та форми терміна. Повернені з пасивного складу лексики, вони залучилися до активного вжитку.

Дефінітивний критерій надає змогу у термінологічній дефініції відобразити найсуттєвіші характеристики поняття юридичної галузі. До того ж, дефінітивний критерій передбачає залучення попереднього досвіду щодо термінологічних визначень, що на сьогодні дає змогу розмежувати термінологічну лексику за відтінками значень, внести зміни на лексичному рівні, відслідкувати введення термінологічних найменувань з пасивного складу лексики в активний слововжиток. Завдяки цьому юридична термінологічна лексика набуває окреслених меж застосування. Наприклад, в українській мові терміни *чинність, сила, дія* відповідно до фахового застосування (наукового обігу або юридичної практики) розрізняються за вживанням у словосполученнях. Термін *чинність* – «діяння за певних умов, набуття юридичної сили» – вживається там, де виконання закону обов'язкове. Порівн.: набирати (набрати), набувати, набути *чинності*: конвенція *набула чинності*; постанова *набрала чинності*. Термін *сила* вживається у значенні «дієвість», має своє коло терміносполучень: *юридична сила, зворотна сила*. Вживання терміна *дія* обмежується позначенням процесу постійного функціонування закону, порівн.: *дія закону* – процес постійного функціонування закону; *чинність закону* – набуття юридичної сили.

Дефінітивна ознака терміна реалізується за допомогою значущих мовних одиниць, поєднання яких забезпечує терміну форму і зміст, виокремлює однозначність, сприяє правильному розумінню і сприйняттю юридичної термінології, відокремлює загальноновживану лексику від юридичної термінологічної лексики. Мовні засоби, задіяні у формуванні дефініції терміна, мають особливості, виявляють закономірність і послідовність у використанні. Необхідною умовою дефінітивного критерію є уточнене значення. Характерним є те, що юридичну термінологічну лексику умовно можна розділити, принаймні, на дві групи: загальноновживана юридична лексика, поширена в суспільстві (*закон, права, обов'язки* тощо) та спеціальна термінологія, відома в юридичній галузі (*заборона шикани, юридична особа, нікчемний правочин* тощо). Як вже зазначалось, пошук дефінітивної ознаки може відбуватися досить довго, потребує чимало зусиль, врахування багатьох думок тощо. На шляху до дефініції (визначення) терміна треба, принаймні, виявити відмінності, виокремити головну ознаку, спрямувати науковий вжиток тощо. Така термінологічна ознака виявляється через застосування лексичної сполучуваності.

Із застосуванням такого властивого мові засобу, як лексична сполучуваність слів, виявляються, передусім,

семантичні особливості, уточнюється значення, зумовлюються змістовні характеристики. Лексична сполучуваність призводить до такого вияву термінологічних ознак, коли:

По-перше, точність і конкретність значень кожного елемента таких словосполучень не надає можливість виділити значеннєвий центр, що дає підстави говорити про їх семантичну єдність, у тому розумінні, що семантичні одиниці термінологічного словосполучення позначають єдине поняття (*удаваний правочин, заінтересована особа, самочинне будівництво, розумний строк, непереборна сила* тощо).

По-друге, послідовне приєднання до вихідного (початкового) термінологічного слова різних лексичних форм у вигляді слів-уточнень, які послідовно застосовуються для конкретизації вихідного поняття, утворення і формування його видових кореляцій (*настання / ненастання певної події, передання речі, припинення / призупинення дії договору, укладення договору* тощо).

У даному випадку спрацьовує той апріорний факт, що така мовна властивість, як лексична сполучуваність, може реалізувати безкінечну кількість втілень, зберігаючи потенційну можливість реалізації нових лексико-семантичних сполучень. Така мовна толерантність дає змогу розмежувати зміст кожного слововживання на позначення понять (*вилучення* як видалення чого-небудь звідкись / *виключення* із складу чогось / *виняток* із загального правила; *цивільний* як приватноправовий і *цивільний*, який не належить до війська; *правова система* та *система* права тощо), виокремлювати значущі елементи, фіксувати дані про родовий термін і видові терміни (*право* та *цивільне право, особа, заінтересована особа, зацікавлена особа* тощо).

Зважаючи на таку лексико-семантичну поєднуваність як засіб формування семантики терміна, маємо визнати, що у такий спосіб термін набуває таких ознак як однозначність і несуперечливість. Термінологічна лексика за таких умов набуває таких ознак в юридичній галузі через дефініцію, в якій експліцитно представлені найхарактерніші та найсуттєвіші риси юридичного поняття. Дефінітивного критерію має дотримуватися кожен термін, оскільки в термінологічному визначенні можуть бути задіяні та враховуються всі можливі лексичні засоби на позначення понять, виокремлюються найсуттєвіші ознаки, є можливість послідовно привносити в дефініцію нові риси та нюанси відповідно до вимог сучасного розвитку суспільства, юридичної науки тощо.

Висновки

Однією з основних ознак терміна є дефініція. Дефініція, безперечно, є характерною розпізнавальною ознакою терміна, яка відрізняє його від загальноновживаної лексики. Кожного разу визначеність терміна (його дефініція) спирається на властиву мові толерантність – можливість враховувати (а в дефініції – застосовувати) весь обсяг слововживань у необмеженій кількості словосполучень. Проте дефінітивний критерій, що застосовується до терміна, не є універсальним. Кожну термінологічну дефініцію супроводжує вибір. Такий вибір має бути вдалим і несуперечливим та охоплювати як внутрішньомовні, так і екстралінгвістичні чинники. В такий спосіб дефінітивний критерій виокремлюється як обов'язкова вимога до юридичної термінологічної лексики.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Українська мова*. Енциклопедія. – Київ: Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М.П.Бажана. – 2000. – 750 с.
2. *Головин Б.Н., Кобрин Р.Ю.* Лингвистические основы

учения о терминах: учеб. пособие для филол. спец. вузов. – М.: Высш. шк., 1987. – 104 с.

3. *Токарська А.* Культура ділового мовлення юристів: стан і проблеми. – Право України. – 1999. – № 11. – С. 58 – 60.

The features of terminology nomination of specific of definitive criterion open up in the semantic wild of term.

Раскрываются особенности терминологической номинации, специфика дефинитивного критерия в семантической природе термина.

ТРЕТІ ОСОБИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ: ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ І ВИДИ

Бичкова С. С.,

*кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник відділу юрисдикційних форм
правового захисту суб'єктів приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

У статті розкривається зміст поняття «треті особи», визначаються ознаки третіх осіб як учасників цивільного процесу, з'ясовується значення їх участі у розгляді цивільних справ, а також аналізуються критерії поділу третіх осіб на види.

Ключові слова: особи, які беруть участь у справі; треті особи; треті особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору; треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору.

Постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Ухвалене судом за результатами розгляду спору між позивачем і відповідачем рішення може вплинути на правове становище інших осіб, зачепити їх свободи чи інтереси, порушити їх права або стати підставою для пред'явлення до них регресного позову тощо. Для недопущення зазначеного у справах позовного провадження можуть брати участь так звані треті особи.

Проте термін «треті особи» використовується не лише у нормах процесуального права (зокрема, ЦПК України, ГПК України, КАС України), а й у нормах матеріального права (ЦК України, ГК України, ЗК України тощо). У зв'язку із цим у теорії і на практиці виникають труднощі у розумінні відповідного поняття.

Крім того, у юридичній літературі непоодинокими є випадки доведення можливості участі третіх осіб у всіх видах цивільного судочинства, а також у виконавчому провадженні. І це, незважаючи на те, що законодавець прямо та однозначно визначив: треті особи є учасниками тільки позовного провадження і тільки під час розгляду справи у суді.

Також варто звернути увагу на класифікацію третіх осіб, адже науковці виокремлюють різні критерії поділу їх на види, і єдиного підходу в юридичній науці з цього приводу не вироблено.

Указаним і обумовлюється актуальність цієї статті, при написанні якої за мету було поставлено визначити поняття, ознаки і види третіх осіб у цивільному процесі України, акцентувати увагу на значенні їх участі у цивільних справах.

Усі інші проблеми, пов'язані із третіми особами у цивільному процесі (зокрема щодо особливостей процесуального статусу залежно від їх виду), які існують у теорії і на практиці, виходять за межі цієї статті і становлять перспективні напрями подальших наукових розвідок.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми. Виклад основного матеріалу дослідження. Законодавець не дає відповіді на

питання, що означає термін «треті особи». І це характерно як для норм матеріального, так і процесуального права.

При цьому, як указують М. М. Коршунов та Ю. Л. Марсєв, серед усіх осіб, які беруть участь у справі, треті особи є найменш зрозумілими фігурами. Звичне значення слів «треті особи» не тільки не сприяє з'ясуванню їхнього процесуального статусу, але, навпроти, здатне ввести в оману. Відсутність у юридичній лексиці більш виразного терміна утруднює розуміння ролі цих учасників [4, с. 130].

У правовій літературі, присвяченій питанням цивільного процесу, поняття «треті особи» розуміється, переважно, в тому контексті, що відповідні особи є кількісно третіми стосовно сторін – позивача та відповідача.

Таку позицію відстоює, наприклад, Т. С. Абрамова. Автор підкреслює, що у цивільному процесуальному праві термін «треті особи» здебільшого має технічне значення, оскільки стосовно позивача та відповідача ці особи виступають як треті (за рахунком), саме тому вони і називаються третіми особами у цивільному процесі [8, с. 262].

Аналогічної точки зору дотримуються П. П. Заворотько та М. Й. Штефан. Назву «третя особа», вказують вони, взято не тому, що така особа є зайвою в «чужому» спорі, а тому, що спір відбувається між двома сторонами, а вона є третьою особою, яка вступає в цей спір. Указана назва є суто процесуальною та відбиває справжнє процесуальне становище відповідної особи у спорі між сторонами і немає потреби встановлювати їй нову назву [6, с. 28].

Вбачається, що таке буквально сприйняття відповідного законодавчого терміна у цивільному процесуальному праві є справді виправданим. Дійсно, стосовно сторін такі особи є кількісно третіми. Відповідна назва не лише влучно відображає місце цих суб'єктів серед інших осіб, які беруть участь у справах позовного провадження, а й дає змогу усвідомити мету їх участі у цивільній справі – захист своїх прав, свобод та законних інтересів, відмінних від інтересів сторін. Такий висновок можна зробити виходячи з такого: тому треті особи і є саме «третіми», а не сторонами у процесі, оскільки мають у справі власний інтерес, відмінний від інтересу позивача та

(або) відповідача. В іншому разі вони були б співучасниками однієї із сторін.

Але іноді термін «треті особи» використовується як в законі, так і в юридичній літературі у зовсім іншому сенсі.

Наприклад, у ч. 1 ст. 660 ЦК України третьою особою називається суб'єкт, який на підставах, що виникли до укладення договору купівлі-продажу, пред'являє позов до покупця про витребування товару.

Проте між поняттям «треті особи» у матеріальному та процесуальному праві немає нічого спільного, про що слушно зазначає В. М. Аргунов [1, с. 8]. І дійсно, ЦК України має на увазі третіх осіб стосовно суб'єктів матеріальних правовідносин, з якими вони потенційно можуть вступити у спір. Такі особи у цивільному процесі, як правило, є позивачами або третіми особами, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору.

Якщо повернутися до ч. 1 ст. 660 ЦК України, то у такому разі «третя особа» є позивачем у цивільному процесі. При цьому покупець (відповідач у справі) має повідомити продавця про пред'явлений позов та подати клопотання про залучення його до участі у справі, а продавець повинен вступити у справу на стороні покупця. Тобто продавець, у випадку його залучення до участі у цивільній справі, стає третьою особою на боці відповідача.

Треті особи згадуються і в інших матеріальних нормах (наприклад, ч. 5 ст. 89, ч. 2 ст. 216, ч. 3 ст. 244, ч. 1 ст. 976, ч. 3 ст. 1141 ЦК України, ч. 5 ст. 88 ЗК України, ч. 6 ст. 34, ч. 2 ст. 207, ч. 6 ст. 226, ч. 2 ст. 319, ч. 3 ст. 367 ГК України). Але в усіх таких випадках законодавець має на увазі будь-яких інших осіб, права, свободи та інтереси яких зачіпаються під час діяльності (відносин), що підпадають під регулювання норм матеріального права.

В юридичній літературі «третіми особами» іноді називають заінтересованих осіб у справах окремого провадження в силу впливу рішення суду на їх права та обов'язки стосовно заявника [13, с. 28]. Деякі процесуалісти обґрунтовують навіть доцільність участі третіх осіб у наказному провадженні [2, с. 16]. Крім того, трапляється і твердження щодо захисту прав та участі третіх осіб під час виконавчого провадження [10, с. 85].

На нашу думку, такий підхід є неприйнятним. Цивільне процесуальне законодавство України встановлює чіткі законодавчі терміни стосовно суб'єктів позовного, окремого і наказного проваджень, а також виконавчого провадження, визначає їх процесуальний статус і доцільність участі кожного суб'єкта під час розгляду певної категорії цивільних справ у різних видах цивільного судочинства та на різних стадіях цивільного процесу.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 26 ЦПК України у справах окремого провадження особами, які беруть участь у справі, є заявники, інші заінтересовані особи, їхні представники; згідно з ч. 4 ст. 235 ЦПК України справи окремого провадження суд розглядає за участю заявника та заінтересованих осіб. Таким чином, участь третіх осіб у розгляді справ цього виду цивільного судочинства процесуальним законом не передбачена. Проте, якщо серед заінтересованих осіб з'являється особа, яка має власний інтерес щодо предмета справи (так звана «потенційна третя особа» у цій справі), і виникає спір про право, що має вирішуватися у порядку позовного провадження, виходячи із ч. 6 ст. 235 ЦПК України, суд повинен залишити заяву

без розгляду і роз'яснити заінтересованим особам, що вони мають право пред'явити позов на загальних підставах.

Третіх осіб також не можна вважати і суб'єктами наказного провадження, що пов'язано із таким.

По-перше, виходячи з самої назви третіх осіб, які заявляють та які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору. Як випливає із ч. 1 ст. 95, ст. 96, ч. 1 ст. 100 ЦПК України наказне провадження ґрунтується на безспірних вимогах, тобто має місце виключно за відсутності спору між сторонами. А коли немає спору, то немає і сенсу пред'являти або ні вимоги щодо нього. Якщо ж із заяви заявника і поданих документів вбачається спір про право, суд повинен відмовити у прийнятті заяви про видачу судового наказу (ч. 1 ст. 100 ЦПК України).

По-друге, відповідно до ч. 1 ст. 96 ЦПК України заява про видачу судового наказу може бути подана, виходячи з вичерпного переліку матеріально-правових вимог, суб'єктами яких треті особи через їх виключно процесуальний статус апріорі бути не можуть.

По-третє, треті особи не є і суб'єктами подання заяви про скасування судового наказу (саме така позиція була обґрунтована в юридичній літературі [2, с. 16]). Адже вказана заява відповідно до ч. 1 ст. 106 ЦПК України може бути подана виключно суб'єктом наказного провадження – боржником, і в жодному випадку третьою особою, яка є суб'єктом провадження позовного. Крім того, якщо автор не обґрунтував розширення кола суб'єктів наказного провадження за рахунок третіх осіб [2, с. 16], звідки вони можуть з'явитися у ньому на етапі скасування судового наказу?!

Як випливає із ст. 10 Закону України «Про виконавче провадження», треті особи не є учасниками виконавчого провадження, також вони не є особами, які залучаються до проведення виконавчих дій. Не внесено третіх осіб і до переліку суб'єктів, які можуть подати заяву про відкриття виконавчого провадження (ст. 18 Закону України «Про виконавче провадження»).

На нашу думку, треті особи не можуть бути суб'єктами звернення судових рішень до виконання через такі причини. По-перше, треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, не належать до осіб, на користь яких може бути ухвалене рішення, а отже, відповідно до ч. 2 ст. 368 ЦПК України вони не мають права вимагати видачі виконавчого листа. По-друге, треті особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору, у разі задоволення їх позову набувають під час виконавчого провадження процесуального статусу сторони, а саме – стягувача.

Враховуючи викладене вище, вбачається неприйнятним застосування терміна «треті особи» для позначення ним суб'єктів інших видів цивільного судочинства й стадій цивільного процесу.

Крім того, не дуже вдалим є найменування третіми особами будь-яких суб'єктів матеріального права. Але в останньому випадку немає сенсу вносити зміни до відповідних законодавчих актів, вводячи нові терміни замість усталених. Необхідно просто в кожному конкретному випадку розуміти: йдеться про суб'єктів матеріального чи процесуального права.

У цивільному процесі України треті особи характеризуються *низкою ознак*.

По-перше, вони безпосередньо заінтересовані у результатах розгляду цивільної справи.

Як слушно зауважив А. О. Мельников, треті особи у цивільному процесі мають матеріальну або процесуальну заінтересованість у результатах розгляду справи, оскільки у дійсності чи на їх думку, спірне матеріальне право належить не сторонам у справі, а їм, чи рішення суду щодо спору про право між сторонами вплине на їх власні матеріальні права [9, с. 156].

Отже, заінтересованість третіх осіб має матеріально-правовий і процесуально-правовий характер.

Матеріально-правовий характер заінтересованості третіх осіб виявляється у тому, що рішення, яке буде ухвалене судом щодо конкретного спору між іншими особами (сторонами), будь-яким чином може вплинути на права, свободи, інтереси чи обов'язки третіх осіб.

Процесуально-правова заінтересованість третіх осіб полягає в їх бажанні не допустити ухвалення судом несприятливого для себе рішення. У зв'язку з цим свої дії у цивільному процесі треті особи будуть спрямовувати на запобігання присудженню судом предмета спору позивачеві чи залишенню його за відповідачем або ж вимагатимуть присудження предмета спору собі [14, с. 113–114].

По-друге, треті особи у будь-якому разі вступають в уже розпочатий процес з розгляду спору між позивачем і відповідачем, «не беручи участі у формуванні першопочаткового спірного матеріального правовідношення [12, с. 98]».

Проведення у цивільній справі завжди відкривається для захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів позивача. Треті ж особи можуть з'явитися у цивільному процесі тільки після відкриття такого провадження, оскільки до моменту відкриття провадження у цивільній справі з вирішення спору між сторонами права, свободи та інтереси особи, яка потім вступає у справу як третя особа, здебільшого, або жодним чином не зачіпаються, або вона не здогадується про відповідне порушення, невизнання чи оспорення, або просто не реагує на наявність останніх тощо.

У зв'язку з тим, що треті особи вступають в уже розпочатий цивільно-правовий спір, їх участь можлива лише в порядку позовного провадження [12, с. 98].

По-третьє, у цивільний процес треті особи вступають для захисту власних суб'єктивних прав, свобод чи інтересів, які не збігаються з правами, свободами та інтересами позивача і відповідача. Причина їх появи – складна об'ємна структура матеріально-правових відносин, які є об'єктом спору [4, с. 130]. Хоча у певних випадках, захищаючи свої права, свободи та інтереси, треті особи можуть сприяти ухваленню рішення на користь позивача або відповідача.

Таким чином, з урахуванням перерахованих вище ознак можна надати таке визначення: *третіми особами* є суб'єкти цивільних процесуальних правовідносин, які вступають у цивільну справу, що розглядається в порядку позовного провадження, для захисту своїх суб'єктивних прав, свобод чи інтересів, відмінних від прав, свобод та інтересів сторін.

Значення участі третіх осіб у цивільному процесі полягає у тому, що вони допомагають правильно та обґрунтовано вирішити спір між позивачем і відповідачем, встановити всі дійсні обставини справи, забезпечити

реальні гарантії захисту прав осіб, які беруть участь у справі. Також їх вступ в уже відкрите провадження запобігає ухваленню судом суперечливих рішень, сприяє економії часу і засобів, оскільки не буде потреби розглядати ще одну цивільну справу, встановлювати ті самі факти.

Водночас вступ у справу третіх осіб є важливим тактичним прийомом. Залучення третіх осіб з тактичних міркувань змінює розстановку сил у процесі, розширює предмет доказування, ускладнює судовий розгляд [7, с. 133]. У зв'язку з цим та чи інша сторона у процесі може зайняти більш вигідне для себе становище.

Залежно від ступеня заінтересованості у розгляді справи законодавець виділяє *два види третіх осіб* у цивільному процесі:

1) ті, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору (ст. 34 ЦПК України) і мають як матеріально-правову, так і процесуальну заінтересованість у розгляді справи;

2) ті, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору (статті 35, 36 ЦПК України) і мають виключно процесуальну заінтересованість у розгляді справи.

Деякі процесуалісти, уточнюючи зазначений критерій законодавчої класифікації третіх осіб на види, пропонують й інші, допоміжні ознаки такого поділу. Так, на думку Д. Р. Джалилова, критеріями класифікації третіх осіб на два види є відмінність у: 1) підставах виникнення їх правовідносин із судом; 2) змісті їх правовідносин із судом; 3) впливі рішення суду на права та обов'язки третіх осіб [5, с. 14].

На думку В. В. Комарова та П. І. Радченка, неоднорідний склад третіх осіб та їх диференційований юридичний інтерес до справи впливає із того, що рішення суду безпосередньо стосується суб'єктивних прав чи охоронюваних законом інтересів третіх осіб чи побічно на них впливає [11, с. 83].

Відмінність у правах та обов'язках третіх осіб як критерій поділу їх на види називає В. М. Галєєв [3, с. 26].

Якщо проаналізувати виокремлені вище науковцями підстави поділу третіх осіб на види, видається, що в усіх випадках первинним критерієм відповідної класифікації залишається ступінь юридичної заінтересованості третіх осіб, який, у свою чергу, і надає можливість виділити інші, допоміжні критерії. Наприклад, зміст правовідносин третіх осіб із судом, тобто їх права та обов'язки, залежить виключно від ступеня юридичної заінтересованості третіх осіб у розв'язанні спору: треті особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору, наділяються всіма правами та обов'язками позивача, а треті особи, які таких вимог не заявляють, – загальними правами та обов'язками осіб, які беруть участь у справах позовного провадження, тощо.

Осторонь такого підходу залишається тільки один з критеріїв класифікації, що були виокремлені Д. Р. Джалиловим, а саме – підстава виникнення правовідносин третіх осіб із судом. На нашу думку, різниці у підставах виникнення правовідносин третіх осіб обох видів із судом не вбачається, адже єдиним юридичним фактом, що тягне виникнення процесуальних правовідносин із судом в обох випадках, має бути відповідна ухвала суду.

Виходячи з викладеного вище, єдиним критерієм законодавчої класифікації третіх осіб на тих, які заявляють та які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, доцільно вважати ступінь їх юридичної заінтересованості у вирішенні справи.

Із проведеного дослідження можна зробити такі висновки.

По-перше, третіми особами є суб'єкти цивільних процесуальних правовідносин, які вступають у цивільну справу, що розглядається в порядку позовного провадження, для захисту своїх суб'єктивних прав, свобод чи інтересів, відмінних від прав, свобод та інтересів сторін.

По-друге, застосування терміна «треті особи» є неприйнятним для позначення суб'єктів непозовних видів цивільного судочинства й окремих стадій цивільного процесу.

По-третє, єдиним критерієм законодавчої класифікації третіх осіб на види є ступінь їх юридичної заінтересованості у вирішенні справи.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Аргунов В. Н.* Участие третьих лиц в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1980. – 18 с.
2. *Бобровник О. В.* Треті особи в цивільному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 21 с.
3. *Ганеев В. Н.* Участники гражданского и арбитражного процесса (сравнительный анализ правового положения). – Ростов на Дону: Издательство Ростовского ун-та, 1988. – 123 с.
4. *Гражданский процесс: учебник / Под общ. ред. Н. М. Коршунова.* – М.: Изд-во «Эксмо», 2005. – 797 с.
5. *Джалилов Д. Р.* Лица, участвующие в гражданских делах

The article explains «third party» conception meaning, identifies third parties as civil process participants, clears meaning of their participation in civil case treatment as well as analyses criterions of third parties division into groups.

В статтє раскрывается содержание понятия «третьи лица», определяются признаки третьих лиц как участников гражданского процесса, выясняется значение их участия в рассмотрении гражданских дел, а также анализируются критерии деления третьих лиц на виды.

ДО ПИТАННЯ АКТИВНОСТІ СУДУ В ПРОЦЕСІ ДОКАЗУВАННЯ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Гарієвська М. Б.,

молодший науковий співробітник Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

У статті розглянуто питання, пов'язані із здійсненням судом своїх активних повноважень в процесі доказування з урахуванням зарубіжного досвіду. На підставі дослідження окреслено можливість удосконалення здійснення судом активних повноважень в процесі доказування, а також встановлення меж цих повноважень.

Ключові слова: суд, доказування, активні повноваження, змагальність, порівняльне правознавство, цивільний процес.

Сучасна модель цивільного процесу передбачає підвищення самостійності учасників процесу, відмови суду від втручання у змагання сторін, надання сторонам рівних можливостей захищати свої права. Однак в умовах формування правової держави та становлення громадянського суспільства в Україні, проведення політики європейської інтеграції суттєво підвищується роль суду в суспільному житті. Виходячи з необхідності подальшого вдосконалення законодавчої бази здійснення цивільного судочинства, науковий інтерес становлять питання ролі суду у забезпеченні змагального процесу. Тому виникає проблема теоретичного дослідження цілого комплексу питань, пов'язаних, насамперед, з визначенням місця суду в змагальному процесі.

Для того, щоб сторони могли повністю здійснити свої права та виконати обов'язки, передбачені цивільним процесуальним законодавством, і особливо, що стосується

искового производства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова. – М., 1963. – 22 с.

6. *Заворотько П. П., Штефан М. Й.* Особи, які беруть участь у справі позовного провадження: Учебний посіб. – Вип. 2. – К.: Видавництво Київського університету, 1967. – 108 с.

7. *Кравчук В. М., Угриновська О. І.* Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. – К.: Істина, 2006. – 944 с.

8. *Курс советского гражданского процессуального права: В 2-х т. / Отв. ред. А. А. Мельников.* – Т. 1: Теоретические основы правосудия по гражданским делам. – М.: Наука, 1981. – 463 с.

9. *Мельников А. А.* Правовое положение личности в советском гражданском процессе. – М.: Наука, 1969. – 247 с.

10. *Сульженко Ю.* Захист прав та охоронюваних законом інтересів третіх осіб у цивільному процесі // *Право України.* – 2005. – № 3. – С. 80–85.

11. *Цивільне процесуальне право України: підручник / За ред. В. В. Комарова.* – Х.: Основа, 1992. – 416 с.

12. *Цивільний процес України: підручник / За ред. Ю. С. Червоного.* – К.: Істина, 2007. – 392 с.

13. *Шакарян М. С.* Участие третьих лиц в советском гражданском процессе. Лекция. – М.: ВЮЗИ, 1990. – 33 с.

14. *Штефан М. Й.* Цивільне процесуальне право України: підручник. – К.: Ін Юре, 2005. – 621 с.

доказового права, взявши участь у провадженні по справі та надавши обґрунтування своїх вимог чи заперечень, довівши їх переконливість перед судом, необхідно зазначити про положення і повноваження суду в змагальному процесі, його процесуальну діяльність щодо забезпечення дійсної змагальності сторін, створення дійсно змагального процесу [4, с. 219].

У зв'язку з проголошенням на конституційному рівні принципу змагальності, його закріпленням у цивільному судочинстві, роль суду в процесі доказування значно послаблена. Водночас в іншому, роль суду певною мірою навіть ускладнилась, оскільки вимагає чітких, конкретних процесуальних дій для виконання його основного обов'язку – створення особам, які беруть участь у справі, умов для всебічного, повного й об'єктивного з'ясування обставин справи [4, с. 219].

Проблеми активних повноважень суду у процесі доказування тією чи іншою мірою досліджувалися багатьма вченими, зокрема такими як: О. В. Гетманцев, Д. Д. Луспеник, Д. Я. Малешин, О. Ю. Сульженко, Г. Тимченко.

Метою нашого дослідження є аналіз окремих проявів активності суду в процесах доказування і пізнання, а також виявлення можливості й доцільності врахування зарубіжного досвіду.

Незважаючи на зазначені зміни щодо ролі суду в змагальному процесі, у юридичній літературі продовжує мати місце загальновизнана точка зору про те, що суд займає особливе положення серед суб'єктів процесуальної діяльності і йому належить керівна, вирішальна роль при здійсненні правосуддя. Хоча деякою мірою це справедливо, слід зазначити, що в цивільному судочинстві кожний суб'єкт процесуальної діяльності виконує чітко визначену законом функцію, відповідно до якої наділяється комплексом прав і на нього покладаються певні обов'язки [4, с. 219].

Суд, як і інший орган держави, володіє певною компетенцією. Компетенція суду представляє собою чітко визначене коло владних повноважень, наданих йому законом для здійснення покладених на нього функцій.

Про засаду процесуальної активності суду в цивільному процесі можливо говорити тоді, коли в основу тих чи інших процесуальних дій суду законодавець заклав ініціативну можливість їх здійснення органом правосуддя [4, с. 221].

Активність суду, тобто здійснення судом повноважень за власною ініціативою, слід розглядати у двох головних площинах, у межах яких розвивається вся процесуальна діяльність: 1) сфера управління рухом цивільного процесу (його виникненням, розвитком, переходом з однієї стадії в іншу, закінченням); 2) сфера процесуального пізнання. Перша регулюється принципом диспозитивності, друга – принципом змагальності. Таким чином, процесуальне становище суду прийнято характеризувати як активне, якщо суд здійснює повноваження за власною ініціативою.

Активні повноваження суду в процесі процесуального пізнання покликані забезпечити баланс сил сторін у процесуальному змаганні. Більшість таких повноважень формується під впливом публічних інтересів та існує у вигляді винятків із загальних правил змагального процесу. Це треба розглядати як одну із важливих гарантій цивільного судочинства, що забезпечує виконання тих завдань, які визначені у ст. 1 ЦПК. Такі повноваження дають можливість для суду виконати і свої функції у цивільному процесі [3, с. 32].

Активні повноваження суду характеризуються такими обов'язковими ознаками:

1) мають процесуальний характер, існують в рамках процесуальних відносин;

2) не кореспондують процесуальним правам осіб, що беруть участь у справі;

3) встановлені законодавцем як гарантія захисту публічних (державних і суспільних) інтересів [7, с. 96].

Чинне законодавство не передбачає активної ролі суду в доказовій діяльності, забезпечуючи тим самим принцип змагальності сторін. Відповідно до частини першої ст. 60 ЦПК України кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх

вимог і заперечень, крім випадків, встановлених ст. 61 ЦПК України. Стаття 61 Кодексу визначає підстави звільнення від доказування. Водночас відповідно до частини шостої ст. 130 ЦПК України, якщо спір не врегульовано у порядку, визначеному частиною третьою цієї статті, суд, за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання про витребування доказів та виклик свідків, про проведення експертизи, залучення до участі у справі фахівця, перекладача, особи, яка надає правову допомогу, або про судові доручення щодо збирання доказів [1]. Чинним ЦПК України передбачено також і заходи примусового впливу щодо збирання доказів. Так, відповідно до частини першої ст. 93 Кодексу у разі неподання без поважних причин письмових чи речових доказів, що витребувані судом, та неповідомлення причин їх неподання суд може постановити ухвалу про тимчасове вилучення цих доказів для дослідження судом [6, с. 83].

Інакше кажучи, процесуальна активність суду реалізується в його ініціативних діях незалежно від волевиявлення осіб, які беруть участь у справі. Підставою для проявлення такої ініціативи є пряма вказівка процесуального закону, його зміст або потреба, яка виникла в ході розгляду справи, що обумовлена завданнями цивільного судочинства (ст. 2 ЦПК) [4, с. 221].

Процесуальна активність суду реалізується і в інших його ініціативних діях незалежно від волевиявлення осіб, які беруть участь у справі, що обумовлені завданнями цивільного судочинства [4, с. 229].

Щодо визначення ролі суду в процесі доказування, то законодавство зарубіжних країн по-різному регулює це питання. Так, після реформи цивільного судочинства у 2001 р. в цивільному процесуальному праві Німеччини виявилася тенденція до обмеження принципу змагальності. З цього періоду законодавцем було введено новели, що розширюють повноваження суду з управління процесуальним матеріалом. Її зміст полягає в тому, що: 1) суд повинен роз'яснити фактичну сторону справи, що розглядається, і за необхідності сприяти доповненню процесуального матеріалу; 2) суд повинен вказати на основні, ті, які мають вирішальне значення для справи фактичні обставини, щоб уникнути прийняття несподіваних рішень судом [2, с. 34].

Суд може дати розпорядження про надання доказів, незалежно від того, у кого ці докази перебувають. Після закінчення дослідження доказів суд обговорює ще раз предмет доказування зі сторонами, а також при можливості і результати дослідження доказів [2, с. 34].

Отже, гарантією принципу змагальності у цивільному процесі Німеччини є правило про те, що суд не перешкоджає принципу змагальності, за винятком застосування певної норми права для вирішення правового спору, а також оцінки доказів, наданих сторонами. Однак принцип змагальності має й інший аспект. Він обмежується в інтересах ефективності судочинства, коли суддівське сприяння необхідне для з'ясування обставин справи. Німецький законодавець виходить з того, що, хоча за принципом змагальності тягар доказування покладається на сторони, однак неможливо ігнорувати ту значну роль суду, яка полягає у сприянні сторонам у наданні доказів у справі.

У цивільному процесі Франції суддя не втручається у вільну дискусію між сторонами, кожна з яких може

висунути свої аргументи та оспорювати доводи, висунуті іншою стороною. Однак абсолютної байдужості суду до процесу доказування немає. Так, судді завжди можуть вказати сторонам на явну відсутність інформації, задавати уточнюючі запитання свідкам та експертам і т. д. [2, с. 101]

Наприклад, суддя може визнати такими, що відносяться до справи, факти, про які сторони не згадували, запропонувати сторонам дати пояснення щодо будь-яких фактів [2, с. 101].

Обов'язок сторін обґрунтовувати свої вимоги фактами закріплений в ст. 6 ЦПК, а ст. 7 ЦПК закріплює право суду брати до уваги навіть ті факти, на які сторони не хотіли спеціально посилатися на підтримку своїх вимог [2, с. 101].

Аналіз процесуальних норм дає змогу зробити висновок про розширення ролі суду в цивільному процесі Франції у сфері доказування і, відповідно, зміни характеру змагальності. Однак часто вибір між активністю і пасивністю залишається на розсуд суду.

Традиційний погляд на змагальність в англійському процесі проіснував практично до 1998 р., коли прийнято нові Правила, які змінили роль суду в ході розгляду справи [2, с. 176].

Нині проблеми змагальності з позиції поведінки сторін у процесі не привертають уваги вчених. Найбільший інтерес викликають активні правомочності суду та їх співвідношення з даним принципом [2, с. 177].

Так, суд може контролювати процес формування доказового матеріалу сторонами. Він має право: визначати обставини, для з'ясування яких необхідно подати докази; вказувати, які докази необхідно представити для встановлення тих обставин; суддя може виключити будь-який доказ із дослідження.

В Англії та Уельсі одним з основних завдань останньої реформи цивільного судочинства стало підвищення активності суду. Автор реформи Вульф пріоритетом реформи позначив необхідність зробити «судочинство менш змагальним». Більшість англійських процесуалістів підтримали ці нововведення. Практика підтверджує їх ефективність. Подібні зміни мають місце не тільки в доктрині і законотворчості Англії і Уельсу, а й в інших країнах загального права. Посилення активності суду в процесі збирання доказів є однією з тенденцій розвитку цивільного судочинства в англосаксонській правовій сім'ї [5, с. 346].

Однією з головних характеристик змагального процесу в США є те, що весь процес перебуває під постійним контролем сторін. Суд же пасивний у тому розумінні, що він самостійно доказів не збирає. Він лише спостерігає за процесом, намагаючись з'ясувати конкретні факти. У завдання суду входить також обов'язок оцінити те, що зібрали, представили і досліджували сторони, і, застосувавши належний закон, винести рішення у справі. Авторитет суду для сторін є незаперечним [2, с. 240].

У континентальній системі активним є суд, а в англосаксонської – сторони. Однак законодавчі зміни останніх років свідчать про кардинальні перетворення в цій сфері. Очевидно, що на сьогодні згадані системи не існують в тому класичному вигляді, в якому вони були ще в XIX ст. Відбулася зміна не тільки «технічного» характеру, а й на рівні принципів і загальних положень. Обидві системи протягом двох століть запозичили одна в одній різні процесуальні інститути. В результаті цього відокремити їх

межу стає дедалі складніше. Яскравим прикладом подібної взаємодії обох систем є норми, що регулюють участь суду в цивільному процесі.

Цивільний процес в країнах континентального права вважається інквізиційним. Його витoki лежать в римському праві. Суду традиційно належить активна роль учасника в цивільному процесі цих держав. Заклики до зниження ролі суду робляться періодично, однак не знаходять підтримки в законодавців. Більше того, спостерігаються протилежні тенденції. Так, в Італії в результаті проведеної в 1990, 1991 рр. реформи суд був наділений більшими повноваженнями. Подібні зміни в законодавстві відбулися в Німеччині та Нідерландах. Суд є активним в збиранні доказів у Франції, Бельгії, деяких інших країнах континентальної Європи [5, с. 347].

Мета правосуддя й належний захист прав і законних інтересів людини можуть бути досягнуті лише в рамках змагального процесу. Зайва активність суду в доказовій діяльності не відображає характеру функцій суду щодо здійснення правосуддя й сприяє тому, що сторони проявляють пасивність у процесі і, більше того, зловживають своїми правами. Громадянин, звернувшись до суду за захистом, повинен бути не пасивним прохачем, а активним захисником у суді й за допомогою суду захищати свої порушені права або охоронювані законом інтереси. За судом повинні бути збережені лише повноваження, використовуючи які суд зможе спрямовувати й доповнювати діяльність сторін при доведенні фактів, на які вони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень [6, с. 83].

Головне для суду – організувати такий процес, в якому особам, які беруть участь у справі, були б створені всі умови для реалізації ними своїх процесуальних прав і виконанні покладених на них процесуальних обов'язків: на пред'явлення позовної заяви, наданні своїх заперечень на позов, пред'явлення зустрічного позову, заяви та вирішення клопотань, обґрунтування своєї позиції у справі в цілому, а також і по окремих питаннях, що виникають в процесі розгляду справи, надання доказів, участь в їх дослідженні та інші [4, с. 221].

Засада змагальності в цивільному судочинстві є засадою особистої автономії сторін у цивільному процесі. Від волевиявлення сторін повинні залежати дії суду в доказовій діяльності. Засада особистої автономії сторін, ініціатива і активність, а також їх самостійність в суді при захисті своїх прав і законних інтересів є наслідком самої суті цивільних прав, на захист яких і спрямована діяльність суду як органу судової влади. Активне втручання суду в доказову діяльність сторін, без їх волі на те, суперечить суті і природі цивільних прав, які особа здійснює вільно, на власний розсуд. Це значить, що цивільне процесуальне законодавство зберігає і надає суду лише ті повноваження, здійснюючи які суд зможе створити змагальність сторін у цивільному судочинстві, а також забезпечити якісне відправлення правосуддя у цивільних справах [4, с. 220].

Отже, активні повноваження суду здійснюються в рамках процесуального пізнання. Вони не кореспондують процесуальним правам сторін, іншим учасникам процесу в сфері доказування. Але не будь-які повноваження в рамках процесуального пізнання можна відносити до категорії активного повноваження суду.

Щодо активних повноважень суду в процесі доказування, то видається, що тенденція все ж таки має просуватися до посилення ролі суду щодо збирання доказів. Однак нині не можна говорити про абсолютний перехід від змагального до інквізиційного процесу, а тільки про закріплення за судом ширших повноважень суду у процесі доказування, однак з передбаченими все-таки межами здійснення таких повноважень. Оскільки особливістю цивільного судочинства є те, що, маючи за головну мету захист приватного інтересу, воно водночас охороняє і публічний інтерес. Саме це визначає специфіку процесуального становища органу, що здійснює правосуддя з цивільних справ.

Таким чином, належне і своєчасне виконання судом своїх зазначених вище повноважень сприяє безперешкодному функціонуванню принципу змагальності, дійсному і вільному змаганні сторін, використанню сторонами та особами, які беруть участь у справі, їх прав та обов'язків. І, навпаки, неналежна їх реалізація перешкоджає провадженню у справі, що нерідко призводить до скасування судових рішень вищестоящим судом.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. –

№ 40 – 41, 42. – Ст. 492.

2. *Гражданский процесс* зарубежных стран : учеб. пособие / [Алехина С. А., Давтян А. Г., Мирзоян М. Э., Кулакова В. Ю.]. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 480 с.

3. *Гетьманцев О. В.* Деякі аспекти проблеми активності суду в судовому процесі / О. В. Гетьманцев // Науковий вісник Чернівецького університету: Збірник наук. праць. Вип. 91: Правознавство. – Чернівці : ЧДУ, 2000. – С. 29 – 32.

4. *Луспеник Д. Д.* Застосування новел ЦК та ЦПК України в судовій практиці. / Луспеник Д. Д. – Х. : Харків юридичний, 2005. – 432 с. – (Серія «Судова практика»).

5. *Малешин Д. Я.* Активность суда в гражданском процессе – пример сближения романо-германского и англосаксонского типов судопроизводства / Д. Я. Малешин // Актуальные проблемы 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 / Д. Я. Малешин. – СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – Розд. 2. – С. 346 – 349.

6. *Сульженко О. Ю.* Процесуальні функції суду у цивільному судочинстві / О. Ю. Сульженко // Судова апеляція. – 2006. – № 3. – С. 81 – 91.

7. *Тимченко Г.* Проблема активності суду в цивільному процесі / Г. Тимченко // Право України. – 2004. – № 3. – С. 93 – 96.

This article discusses issues related to the implementation of the court of its active powers in the process of proof. Determination of place of trial in the competitive process and drawing international experience shows the relevance of the article. The study emphasized the possibility of improving the implementation of the court's active powers in the process of proof and establish the limits of office data.

В статье рассматриваются вопросы, связанные с осуществлением судом своих активных полномочий в процессе доказывания с учетом зарубежного опыта. На основании исследования очерчены возможности усовершенствования осуществления судом активных полномочий в процессе доказывания, а также установления границ данных полномочий.

ЗАКОННА СИЛА СУДОВИХ РІШЕНЬ СУДІВ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ТА КАСАЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЙ У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ

Гаврік Р. О.,

аспірант Хмельницького університету управління та права

У статті здійснено дослідження змісту законної сили судових рішень, що ухвалюються судами у зв'язку із апеляційним та касаційним оскарженням судових рішень, переглядом їх у зв'язку з винятковими обставинами.

Ключові слова: законна сила, рішення суду, судова ухвала, незмінність, неспростовність, виключність, преюдиційність, обов'язковість, виконавча сила.

Ухвалене судом рішення визначає права та обов'язки осіб, які беруть участь у справі, надає безумовний і безспірний характер правовідносинам між ними. У зв'язку з цим особливу важливість набуває питання про силу судового рішення, «рівну силі закону для конкретного випадку» [3, с. 20]. У теорії цивільного процесу традиційно розглядалося питання про законну силу рішень суду першої інстанції, її зміст та наслідки. Деякими вченими також розглядалося питання про законну силу інших судових рішень судів першої інстанції, зокрема, судових ухвал [1, с. 13 – 14; 3, с. 52 – 59; 4, с. 101 – 102; 5, с. 20 – 21; 6, с. 20 – 21; 7, с. 112 – 116] та судових наказів [2, с. 201 – 211; 4, с. 99 – 102].

Однак питання законної сили рішень, ухвал та інших актів судів апеляційної інстанції та Верховного Суду України в українській теорії цивільного процесу окремо

взагалі не досліджувалося (хоча питання, власне, законної сили рішення суду представлено науковими працями В. В. Комарова, С. Я. Фурси, М. Й. Штефана, І. В. Андронова, О. М. Шиманович та інших). Російська теорія цивільного процесу, що розглядала питання законної сили рішень судів апеляційної та касаційної інстанції, представлена працями О. О. Князева та Т. В. Сахнової. Інші ж представники російської теорії цивільного процесу розглядали законну силу судових рішень судів першої інстанції, і окремого комплексного дослідження рішень інших судів не проводили.

У зв'язку із цим *метою наукової статті* є дослідження змісту законної сили судових рішень судів апеляційної та касаційної інстанцій, моменту такого набрання, визначення переліку судових ухвал і рішень

зазначених судів, які не набирають законної сили, та правову природу таких судових рішень.

Аналіз положень чинного Цивільного процесуального кодексу України (надалі – ЦПК) свідчить, що останній визначає лише момент виникнення у рішення суду законної сили.

Так, ст. 319 ЦПК встановлено, що рішення або ухвали суду апеляційної інстанції набирають законної сили з моменту їх проголошення. Статті 349 та 360 ЦПК містять аналогічне положення про рішення або ухвали суду касаційної інстанції – Верховного Суду України.

Однак це саме по собі ще не говорить про те, що всі рішення судів вищих інстанцій набирають законної сили. Згадування в ЦПК про законну силу рішень судів апеляційної та касаційної інстанцій лише означає, що вони не підлягають оскарженню по суті заявлених вимог, тобто є неспростовними з моменту ухвалення. Щодо випадків, коли вони набирають законної сили, необхідно визначитись із переліком рішень, які можуть ухвалюватись судами апеляційної інстанції та Верховним Судом України.

Відповідно до ст. 307 ЦПК суд апеляційної інстанції на підставі розгляду апеляційної скарги ухвалює рішення, коли ним скасовується рішення суду першої інстанції та ухвалюється нове або змінюється попереднє рішення. В усіх інших випадках судом апеляційної інстанції виносяться заключні судові ухвали. Також у процесі судового розгляду апеляційний суд виносить проміжні судові ухвали, а також вправі винести окремі ухвали.

Для вищезазначених рішень та ухвал суду апеляційної інстанції характерним є те, що вони стають неспростовними вже з моменту їх ухвалення, оскільки законодавством допускається перегляд таких рішень або ухвал не по суті, а у зв'язку із їх незаконністю у суді касаційної інстанції.

Також рішення суду апеляційної інстанції та заключні ухвали суду апеляційної інстанції стають незмінними з моменту їх ухвалення або винесення. Єдиними випадками зміни тексту таких рішень або ухвал є загальні випадки виправлення недоліків рішення суду, ухвали: ухвалення додаткового рішення, виправлення арифметичної помилки або описки у рішенні, роз'яснення рішення. Також можливим є перегляд таких рішень або ухвал за нововиявленими обставинами, як виняток із правила незмінності рішення суду, ухвали.

Щодо таких властивостей рішення суду як виключність та обов'язковість, то тут їх наявність або відсутність залежить від виду рішення. Так, рішення суду апеляційної інстанції, яким скасовується або змінюється рішення суду першої інстанції, має усі ознаки, притаманні для судових рішень судів першої інстанції на тій підставі, що ними здійснюється вирішення заявлених позовних вимог, а не тільки вирішуються процесуальні питання, що характерно для судових ухвал.

Тому у разі ухвалення такого рішення, рішення суду першої інстанції повністю або в частині скасовується, а вимоги позивача, задоволені в тій частині рішення суду, що скасована судом апеляційної інстанції, визнаються безпідставними і надалі визнана судом безпідставність цих вимог стає остаточною і такою, що не підлягає оскарженню по суті особами, які беруть участь у справі. Ті самі вимоги позивача, які визнані судом апеляційної інстанції і, відповідно, не змінені або не скасовані судом

апеляційної інстанції, а також ті, які визнані судом апеляційної інстанції, але не визнані в рішенні суду першої інстанції, також стають остаточно встановленими, однак така правова визначеність буде результатом, правовим наслідком набрання законної сили: і рішенням суду першої інстанції, і рішенням суду апеляційної інстанції, яким законність та обґрунтованість рішення суду першої інстанції підтверджена. Відповідно, рішення суду апеляційної інстанції, якими змінено рішення суду першої інстанції або визнано нові позовні вимоги, невизнані судом першої інстанції, є виключними в частині неможливості пред'явлення позовів, тотожних за сторонами, предметом та підставами, визнаними судом апеляційної інстанції. Виключність таких рішень виникає вже з моменту їх ухвалення.

Якщо під час розгляду справи у суді апеляційної інстанції було виявлено нові факти та обставини, що не розглядалися у суді першої інстанції, і їхню наявність було зафіксовано в рішенні суду апеляційної інстанції, такі факти будуть преюдиційними.

Рішення суду апеляційної інстанції є обов'язковим з моменту його ухвалення у разі вирішення питань, заявлених позивачем на його користь. Відповідно, якщо має місце рішення по присудженню, із цього моменту розпочинається його виконання, в тому числі існує можливість його примусового виконання (виконавча сила).

Відповідно, можна стверджувати про те, що рішення суду апеляційної інстанції набирають законної сили з моменту їх ухвалення і володіють усіма ознаками, що становлять статичний та динамічний елементи законної сили.

Можливість касаційного оскарження судових рішень не впливає на їхню законну силу, оскільки касаційний перегляд здійснюється на предмет законності та/або обґрунтованості рішення суду, а не по суті заявлених вимог. На законну силу рішення суду апеляційної інстанції може вплинути лише ухвалення нового рішення або ухвали судом касаційної інстанції, оскільки в такому випадку таке рішення або ухвала буде скасована і, відповідно, втратить законну силу.

Ухвала суду апеляційної інстанції, якою змінюється ухвала суду першої інстанції або ухвала, що виносить судом апеляційної інстанції на заміну попередньої, набирає законної сили у разі, якщо нею могла потенційно володіти оскаржувана ухвала. Така ухвала також володіє усіма властивостями, які могли бути набутими ухвалою суду першої інстанції. Таким чином, якщо змінюється ухвала про припинення провадження у справі або ухвала про відмову у прийнятті заяви у разі наявності такого, що набрало законної сили судового рішення щодо тотожного позову, або неможливості вирішення спору за правилами цивільного судочинства, то ухвала суду апеляційної інстанції, якою здійснюється така зміна, також набере законної сили і буде з цього моменту незмінною, неспростовною та виключною.

Ухвали про припинення провадження у справі, що виносяться судами апеляційної інстанції і якими скасовуються рішення судів першої інстанції набирають законної сили, як і подібні ухвали судів першої інстанції. Також вони володіють тими ж ознаками, що й ухвали суду першої інстанції про припинення провадження у справі.

Інші заключні ухвали, в тому числі і ті, якими апеляційна скарга залишається незадоволеною, законної

сили не набирають на тих самих підставах, що й такі ж ухвали судів першої інстанції, хоча цей факт не завжди визнають в теорії цивільного процесу (наприклад, Н. А. Громошина [2, с. 103]). У будь-якому випадку, такі ухвали є незмінними та неспростовними і не володіють властивостями виключності та обов'язковості у сенсі матеріально-правових вимог позивача (хоча у сенсі покладення на осіб, які беруть участь у справі, певних процесуальних обов'язків такі ухвали є обов'язковими).

Певний інтерес викликають ухвали про скасування рішення суду першої інстанції та направлення справи на новий розгляд. Такі судові ухвали, як і інші заключні ухвали суду апеляційної інстанції, скасовують рішення першої інстанції, однак передають справу на новий розгляд суду першої інстанції, тобто фактично не завершують процес розгляду справи, а фактично розпочинають його заново. Вони, як і інші ухвали суду апеляційної інстанції, не містять відповіді на заявлені вимоги позивача, сам факт направлення справи на новий розгляд доводить те, що право позивача визнане не остаточно і потребує подальшого дослідження судом першої інстанції. Такі судові ухвали, є обов'язковими для суду як апеляційної, так і першої інстанції, як є обов'язковим будь-який правовий акт. Вони є незмінними (оскільки не передбачається процедура їх скасування судом, що їх виніс) та неспростовними (можливе лише їх касаційне оскарження). Однак, зважаючи на відсутність у такої ухвали властивості виключності, обов'язковості її лише в процесуальному сенсі, а не в сенсі матеріально-правової вимоги позивача, а також те, що нею не зумовлюється правова визначеність у спірному правовідношенні, говорити про те, що така ухвала набирає законної сили не можна.

Проміжні ухвали суду апеляційної інстанції, а також окремі ухвали не містять якихось особливостей порівняно із набранням законної сили ухвалами судів першої інстанції. Тобто вони не володіють законною силою, передусім через те, що не мають властивості виключності, остаточно не встановлюють нових фактів та правовідносин, що стосуються спору.

Проміжні судові ухвали є обов'язковими для своїх адресатів (суду та учасників процесу, наприклад експерта, що зобов'язаний провести експертизу відповідно до ухвали про призначення експертизи, сторони, що зобов'язана надати письмові та інші докази, витребовані судом у судовій ухвалі), однак лише як процесуальний документ, а не акт правосуддя. Вони не можуть встановлювати для учасників цивільного процесу обов'язків, що стосуються спірного правовідношення і не впливають із необхідності здійснення апеляційного провадження.

Ці ухвали є неспростовними, оскільки законодавством передбачена можливість лише їх касаційного оскарження, тобто у зв'язку з неправильним застосуванням норм матеріального права або порушенням норм процесуального права при їх винесенні.

Зважаючи на те, що обставини, у зв'язку із якими виноситься проміжна судова ухвала, можуть змінитися, проміжні судові ухвали судів апеляційної інстанції аналогічно до проміжних ухвал судів першої інстанції не є незмінними і можуть змінюватися судом, що їх виніс.

Окремі судові ухвали є обов'язковими для своїх адресатів (відповідних осіб або органів, що допустили

порушення) в частині виконання ними дій щодо усунення виявлених порушень), незмінними та неспростовними, а в частині факту наявності порушень закону – і виключними. Відповідно, факти, встановлені такою ухвалою, є такими, що не підлягають доведенню при розгляді іншої цивільної справи, тобто є преюдиційними. У зв'язку із цим можна стверджувати, що в частині визнання таких фактів порушення закону з моменту винесення окремої ухвали виникає правова визначеність, а висновки, до яких дійшов суд при винесенні такої ухвали, стають остаточними. Відповідно, окремі ухвали, так само як і ухвали про припинення провадження у справі, набирають законної сили, однак не в частині спірного правовідношення, а в частині того порушення закону, яке було виявлене судом під час розгляду спору в суді.

Певний інтерес викликає ситуація, коли судом апеляційної інстанції поновлено строк на апеляційне оскарження рішення або ухвали суду першої інстанції у випадках, коли таке судове рішення вже набрало законної сили (якщо інших суб'єктів подання апеляційної скарги немає), або коли здійснюється розгляд іншої апеляційної скарги на рішення, поновлення строку на апеляційне оскарження якого було проведене, або коли апеляційним судом вже ухвалено власне судове рішення.

У першому випадку слід врахувати, що рішення вже набрало законної сили і підлягає примусовому виконанню. Однак, проводячи аналогію, слід звернути увагу на положення ст. 257 Кодексу адміністративного судочинства України, якою передбачено, що у разі поновлення судом апеляційної інстанції строку апеляційного оскарження одночасно вирішується питання про зупинення виконання постанови або ухвали. Водночас слід врахувати, що судове рішення, щодо якого поновлено строк на апеляційне оскарження, залишається виключним для всіх осіб, які брали участь у справі, крім особи, щодо якої строк на оскарження поновлено. Виконавча сила судового рішення (як прояв його обов'язковості) також не скасовується, здійснюється лише призупинення виконання до моменту ухвалення судом апеляційної інстанції відповідного рішення, яким оскаржуване рішення залишається без змін, змінюється або скасовується.

У випадку, коли рішення суду, що оскаржується, законної сили не набрало, і по ньому здійснюється розгляд справи за іншою апеляційною скаргою, то в такому випадку відповідно до ст. 296 ЦПК суд першої інстанції протягом робочого дня після їх надходження направляє їх до апеляційного суду і суб'єкт оскарження стає учасником процесу, відкритого провадженням за апеляційними скаргами на оскаржуване ним рішення.

В останньому випадку така апеляційна скарга буде розглянута і щодо неї буде ухвалено відповідне судове рішення, однак факти, встановлені рішенням суду апеляційної інстанції, що набрало законної сили, повторно доводитись і досліджуватись не будуть. Буде здійснено дослідження лише тих питань, які не досліджувались при судовому розгляді, в якому вже ухвалено судове рішення, і які, як правило, стосуються виключно цього суб'єкта оскарження, а не тих, по яких уже ухвалено рішення. Слід врахувати, що останнє у випадку поновлення строку на апеляційне оскарження не поширює свою законну силу на нового суб'єкта оскарження, не є для нього неспростовним

та виключним, а виконання такого рішення в частині зобов'язань цієї особи зупиняється на час розгляду справи в суді апеляційної інстанції.

Однак, незважаючи на те, що за допомогою аналогії закону можна вирішити вказану вище проблему, бажано врегулювати це питання в ЦПК прямо, доповнивши ст. 373 ЦПК України частиною другою такого змісту: «У разі поновлення судом апеляційної інстанції строку апеляційного оскарження суд одночасно вирішує питання про зупинення виконання рішення або ухвали. Виконання рішення або ухвали може бути зупинено також в інших випадках, встановлених цим Кодексом», а назву статті викласти у такій редакції: «Відстрочка і розстрочка виконання, зупинення виконання, зміна чи встановлення способу і порядку виконання».

Рішення та ухвали, постановлені Верховним Судом України під час перегляду рішень судів у цивільних справах у касаційному порядку, істотно не відрізняються за своїми властивостями і критерієм наявності або відсутності законної сили від рішень та ухвал судів апеляційної інстанції.

Характерним для них є лише те, що з моменту їх ухвалення у разі задоволення касаційної скарги суб'єкта оскарження, рішення або ухвала суду першої або апеляційної інстанції, що попередньо набрали законної сили, її втрачають. При цьому так само можливим є набрання законної сили самим судовим рішенням Верховного Суду України у разі, якщо ним ухвалено нове рішення або винесено судову ухвалу про припинення провадження у справі. Ця законна сила проявлятиметься у неможливості пред'явлення вимоги, що вже вирішена судом, і означатиме відсутність у позивача підстав для зобов'язання відповідача до вчинення певних дій (якщо скасовано рішення про задоволення позову) або, навпаки, – у вирішенні спору на користь позивача і, відповідно, – так само неможливість подальшої подачі тотожної вимоги (якщо скасовано рішення про відмову у задоволенні позову).

Аналогічно ухвалам судів апеляційної інстанції набирають законної сили рішення або ухвали Верховного Суду України, ухвалені у зв'язку з переглядом рішення або ухвали суду за винятковими обставинами, у тому числі й ті, що ухвалюються у зв'язку із визнанням судового рішення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, таким, що порушує міжнародні зобов'язання України.

Проведене дослідження дає змогу дійти таких висновків про зміст законної сили судових рішень, постановлених порядком за результатами апеляційного чи касаційного перегляду судових рішень у цивільних справах:

The research of content of the legal force of judgments, which are adopted by the appeal courts and the Supreme Court of Ukraine under the appeal and cassation of the judgments or the appeal of it in exceptional circumstances, is in this scientific article.

В статті проведено дослідження содержания законной силы судебных решений, которые принимаются в связи с апелляционным и кассационным обжалованием судебных решений, пересмотром их в связи с исключительными обстоятельствами.

ПРОТИПРАВНІСТЬ ЯК ОБОВ'ЯЗКОВА ОЗНАКА ЗАВДАННЯ ШКОДИ ДЛЯ ВИНИКНЕННЯ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Гринько С.Д.,

кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник Лабораторії з проблем адаптації
цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу

1. Законної сили набирають рішення судів апеляційної та касаційної інстанції, якими здійснюється скасування або зміна рішення суду першої інстанції (які таку законну силу повністю або в частині втрачають), а також деякі судові ухвали, якими здійснюється надання відповіді на заявлені до суду позовні вимоги.

2. Рішення та ухвали судів апеляційної та касаційної інстанцій володіють тими самим ознаками, що й відповідні рішення та ухвали судів першої інстанції.

3. Моментом набрання законної сили рішеннями та ухвалами судів апеляційної та касаційної інстанції є момент їх ухвалення, на відміну від актів судів першої інстанції, набрання законної сили яких пов'язувалося із поведінкою особи щодо здійснення свого права на апеляційне оскарження.

4. Поновлення строків апеляційного оскарження не впливає на момент набрання законної сили судового рішення суду першої інстанції, однак спричиняє зупинення виконання судового рішення на підставі застосування аналогії закону і Кодексу адміністративного судочинства України. Зазначене питання бажано врегулювати шляхом внесення відповідних змін до ст. 373 ЦПК.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Абдуллина З. К.* Определения суда первой инстанции в советском гражданском процессе: Автореферат дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / З. К. Абдуллина; Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова. – М., 1964. – 16 с.
2. *Громошина Н. А.* О законной силе судебного приказа / Н. А. Громошина // Тенденции развития гражданского процессуального права России: сборник научных статей. – СПб., 2008. – С. 201–211.
3. *Князев А. А.* Законная сила судебного решения: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15 / Князев Алексей Александрович; Моск. гос. юрид. акад. – М., 2004. – 192 с.
4. *Сахнова Т. В.* Законная сила как атрибут правосудия / Т. В. Сахнова // Тенденции развития гражданского процессуального права России: Сборник научных статей. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 99–117.
5. *Червякова С. Л.* Определения суда первой инстанции по гражданским делам: Автореферат дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / С. Л. Червякова. – Свердловск, 1981. – 21 с.
6. *Чуйков В. Н.* Частное определение в гражданском судопроизводстве / В. Н. Чуйков. – М., 1974. – 120 с.
7. *Шиманович О. М.* До питання про законну силу ухвал суду першої інстанції в цивільному процесі України / О. М. Шиманович // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 3. – С. 112–116.

відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва АПР України,

Проведено порівняльний аналіз протиправного завдання шкоди як обов'язкової умови виникнення деліктних зобов'язань за литовсько-польським, українським, російським законодавством українських земель XVI–XIX століть. Зроблено висновок про вплив ідей і положень римського приватного права на формування категорії протиправності в деліктних зобов'язаннях України через візантійське, російське, німецьке, литовське, австрійське, польське, французьке право.

Ключові слова: деліктні зобов'язання, генеральний делікт, спеціальний делікт, завдання шкоди, протиправність, дія, упушення.

Для ефективного застосування інституту деліктних зобов'язань необхідно мати чітку уяву про всі умови виникнення деліктних зобов'язань. Тобто необхідно чітко уявляти собі всі ознаки правопорушення, серед яких найважливішою є ознака протиправності. Ще римський юрист Ульпіан у своїй сентенції зазначав, що Аквілій закон застосовується лише тоді, коли раба або рабиню було вбито протиправно (Д. 9. 2. 3) [1, с. 393]. При цьому наголошував на тому, що було недостатнім, щоб раба вбили, вбивство мало бути вчинено протиправно (Д. 9. 2. 3) [1, с. 393]. Це означало, що для виникнення деліктного зобов'язання недостатнім було завдати шкоди іншим, а необхідно щоб таке завдання мало протиправний характер.

Багато часу в юридичній літературі тривала дискусія щодо визнання, як необхідної умови виникнення деліктних зобов'язань, вини чи факту протиправного завдання шкоди. Це було зумовлено історією розвитку правової категорії «протиправності завдання шкоди» та рецепцією основних ідей національних правових систем. Зокрема, французька цивільно-правова доктрина не проводить чіткої межі між «протиправністю» і «виною», тому ці поняття злилися в єдине поняття «вини» (*faute*). Німецький законодавець, навпаки, визнає протиправність обов'язковою ознакою завдання шкоди і розглядає як посягання на одне із перелічених в абз. 1 § 823 ЦНУ чужих благ, які захищаються законом, за винятком випадків, коли особа мала право на завдання шкоди: змушена оборона, крайня нужда та ін. [2]. Для того, щоб з'ясувати конструкцію інституту деліктних зобов'язань, необхідно визначити основні передумови його розвитку.

Проблема протиправності в деліктних зобов'язаннях була предметом спеціального дослідження К. М. Варшавського, А. Г. Гойхбарга, Х. І. Шварца, М. М. Агаркова, К. А. Флейшиць, Ю. Х. Калмикова, В. І. Кофмана, В. О. Тархова, О. С. Іоффе, В. А. Рахміловича, В. М. Кудрявцева та інших науковців. В Україні здійснювали розвідки окремих аспектів протиправності в цивільному праві Я. М. Шевченко, Д. В. Боброва, І. С. Канзафарова, С. Приступа, В. Примак та інші. Однак генезис правових ідей щодо значення протиправності в деліктних зобов'язаннях практично не досліджувався. Слід врахувати, що принципово інакше давалася оцінка протиправності в цивільному праві в різні кодифікаційні періоди. Цим пояснюється актуальність дослідження значення протиправності в деліктних зобов'язаннях.

У цій статті зроблено спробу дослідити протиправність як обов'язкову ознаку завдання шкоди в деліктних зобов'язаннях за дореволюційним законодавством України.

Наукова новизна дослідження полягає в тому, що вперше в Україні здійснено спробу комплексного аналізу протиправності як обов'язкової ознаки завдання шкоди за

литовсько-польським, українським, російським цивільним законодавством українських земель XVI – XIX століть, а також доведено вплив ідей і положень римського приватного права на формування інституту деліктних зобов'язань України через законодавство і цивільно-правову доктрину країн Західної і Східної Європи.

Наслідуючи ідеям римських юристів, українське новітнє законодавство не знало єдиного делікту, а визнавало протиправними окремі випадки завдання шкоди (спеціальні делікти). Так, у Литовському статуті 1588 р. (далі – ЛС) відсутня вказівка на обов'язок відшкодувати будь-яку протиправну шкоду. Деліктні зобов'язання виникали тільки у трьох випадках: 1) при незаконному заволодінні чужим майном (IV, 92, 100, § 2; VII, 19, 22; IX, 29; XI, 51; XII, 15); 2) при незаконному користуванні чужим майном і завданні йому шкоди (IX, 12, 18; X, 5; XI, 25, 51; XIII, 2); 3) при завданні образи (XI, 7, 27; XII, 3, 4) [3, с. 186 – 300]. Усі три конструкції деліктів було відображено у Зібранні малоросійських прав 1807 р. (XII, § 1 – 198) (далі ЗМП) [3, с. 926 – 947], а також у проекті Зводу місцевих законів Західних губерній 1837 р. (§ 467 – 488) (далі ЗМЗ) [3, с. 301 – 303].

Римське право визнавало обов'язковою умовою виникнення деліктних зобов'язань наявність протиправного характеру завдання шкоди. Вказівка на протиправність містилася також у ЛС (IV, 92, 100) [3, с. 225, 229 – 230], ЗМП 1807 р. (XII) [3, с. 926 – 947], а також у проекті ЗМЗ (§ 467, 475) [3, с. 301 – 303]. Зокрема, за проектом ЗМЗ Західних губерній 1838 р., обов'язок відшкодувати завдані збитки покладалася на того, хто незаконно заволодів чужим майном (§ 467) [4, с. 301], незаконно користувався чужим майном або незаконно завдав йому шкоди (за ловлю і полювання без дозволу володільця в чужих лісах та ін.) (§ 475) [4, с. 302].

«Nemo damnus facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet», але такі вимоги виникали за наявності спеціальних умов [5, с. 336 – 339]. Такий підхід зберігся і в новітньому законодавстві: для кожного окремого делікту встановлено спеціальні умови, за наявності яких завдання шкоди визнавалося протиправним. Загальною для всіх деліктів вимогою було порушення заборони порушувати суб'єктивні права особи. Саме такий підхід до визначення протиправності відображає ідеї римських юристів, які визнавали протиправною таку поведінку особи, яка порушувала об'єктивне право через порушення суб'єктивного права конкретної особи. Крім того, завдання шкоди визнавалося протиправним тоді, коли було передбачено санкцію за вчинене діяння.

На відміну від позицій римських юристів щодо визначення протиправності через вину, у новітньому законодавстві така залежність не завжди спостерігалася. Лише для окремих деліктів законодавець пов'язував

протиправність із виною заподіювача, зокрема із її формами. Наприклад, хто умисно уб'є пса або застрелить, той підлягає стягненню за встановленою ціною (XII, § 34 ЗМП 1807 р.) [3, с. 930].

Питання про форму вираження протиправності у названих актах вирішувалося вказівкою на «заволодіння», «користування», «завдання», не визначаючи характеру (активний чи пасивний) такого волевиявлення правопорушника.

Істотно відрізнялася від ідей римських юристів конструкція делікту за Загальним цивільним уложенням Австрійської імперії 1811 р. (далі – ЗЦУ Австрійської імперії). Так, у ст. 1295 закріплено правило, що кожний має право вимагати відшкодування шкоди від особи, яка її завдала з вини, при цьому не має значення, чи завдано шкоди внаслідок порушення обов'язку за договором, чи незалежно від будь-якого договору [4, с. 1134]. Тобто йдеться про протиправність у загальній формі (генеральний делікт), бо вона не пов'язувалася з окремими деліктами (право на відшкодування шкоди надавалося будь-якій особі). Як зазначав М. М. Агарков, це уложення у загальній формі встановлює, що обов'язок відшкодувати шкоду передбачає протиправність поведінки заподіювача, але при цьому не перераховує окремих правопорушень, не дає понять для окремих випадків протиправної поведінки [7, с. 418].

Розроблена римськими юристами конструкція протиправності, як категорії суб'єктивної протиправності, була відтворена австрійським законодавцем, який пов'язував протиправність завжди з виною заподіювача шкоди. Хоча визнання за протиправністю суб'єктивного характеру було запозичене через французький цивільний кодекс, однак французька доктрина взагалі не проводила чіткої межі між «протиправністю» і «виною», тому дані поняття в ній злилися в єдине поняття «вини» (*faute*). Таким чином, деліктна відповідальність за австрійським законодавством будувалася на засадах вини, а не завдання.

Крім того, елемент протиправності визнавався відсутнім тоді, коли особа при завданні шкоди користувалася своїм правом у межах закону (ЗЦУ Австрійської імперії ст. 1305) [4, с. 1134]. Йшлося про наявність уповноваження на завдання шкоди, тобто правомірне завдання. При цьому таке уповноваження надавалося особі законом, а не будь-яким розпорядженням посадовця, судом тощо.

Розробники австрійського уложення пішли шляхом Пруського земського уложення 1794 р. і Французького цивільного кодексу 1804 р. Так, за Пруським земським уложенням, кожний, хто образить іншу особу умисно чи з грубої необережності, зобов'язаний надати цій іншій особі повне задоволення (I, 6, § 1) [7, с. 363]. При цьому під образою розуміли протиправне завдання шкоди (I, 6, § 8) [7, с. 363]. За Французьким цивільним кодексом, протиправною визнавалася будь-яка дія, що порушила чуже суб'єктивне право, а також дія, що порушила «загальні засади» об'єктивного права, що охороняє певний інтерес потерпілого (Ст. 1382) [8, с. 50]. Таким чином, пруський, французький і австрійський законодавець уже намагалися розширити сферу дії деліктних зобов'язань шляхом закріплення генерального делікту. Тобто під протиправністю вже розуміли не завдання шкоди окремими деліктами (як

римляни), а як будь-яке завдання шкоди, без обмеження окремими деліктами.

За ЗЦУ Австрійської імперії 1811 р., шкода завдавалася протизаконною дією чи упущенням (*unterlassung*) з боку іншої особи або внаслідок випадку (*zufall*) (ст. 1294) [4, с. 1133]. Тобто протиправна поведінка могла виражатися як в активній формі – протиправній дії, так і в пасивній – протиправному упущенні. Вказуючи на форми вираження протиправності відносно упущення, австрійський законодавець не розробив вимог до такої поведінки заподіювача шкоди, на відміну від римських юристів.

Дореволюційне законодавство Росії, дія якого поширювалася на територію України, закріпило також загальний приватний делікт. Так, особа, винна у скоєнні будь-якого злочину або проступку, незважаючи на умисне чи без умислу таке скоєння злочину, зобов'язана винагородити за всі, безпосередньо завдані таким діянням, шкоду та збитки (ст. 644 Звід законів цивільних Російської імперії 1842 р. (далі – Звід законів) [4, с. 95]. Однак ця норма містила вказівку на завдання як умову виникнення обов'язку відшкодувати шкоду, але не визначала його характер.

Стаття 644 з'явилася у Зводі законів (т. X) лише в березні 1851 р. разом із іншою нормою про відшкодування шкоди (ст. 684). Саме зі змісту ст. 684 ЗЗЦ випливає у заперечній формі вимога про протиправний характер дії або упущення для виникнення обов'язку відшкодувати завдану шкоду: всякий зобов'язаний винагородити за шкоду і збитки, завдані будь-кому його діянням або упущенням, хоча б таке діяння або упущення і не становило ні злочину, ні проступку, якщо тільки буде доведено, що він не був уповноважений до того вимогами законом або уряду, або необхідною особистою обороною, або збігом таких обставин, яких він не міг попередити.

Таким чином, Звід законів розглядав окремо винагороду за шкоду і збитки, завдані злочином або проступком (ст. 644 і наступні), та винагороду за шкоду і збитки, завдані діяннями, які не визнавалися злочинами і проступками (ст. 684). Класифікація, що поставила цивільну відповідальність у залежність від ознак, запозичених із кримінального закону (злочин і проступок), зазначав М. М. Агарков, не була пов'язана із сутністю зобов'язань відшкодувати шкоду. Випадковий розподіл матеріалу між двома рубриками привів до протиріч, які усунути не можна (наприклад, звільнення від відповідальності за випадок було передбачено лише для діянь, заборонених як злочини або проступки, ст. 647) [6, с. 419 – 420]. Найбільш правильне пояснення, вважав науковець, містилося в історії вказаних статей. Автори закону 1851 р. мали на увазі відтворити в ст. 644 і 684 поділ на делікти і квазиделікти, що містився в ст. 1382 і 1383 Французького цивільного кодексу, але зробили це невдало, сплутавши поняття умисного правопорушення (*delit*) з поняттям кримінального злочину, а необережне правопорушення (*quasi delit*) з поняттям не кримінального злочину [6, с. 420]. Сенатська практика неодноразово вказувала, що для виникнення обов'язку відшкодувати завдану шкоду необхідне порушення будь-якого права потерпілого і що, зокрема, за змістом ст. 684, відповідальність настає внаслідок діянь, які заподіювач не мав права вчиняти, і упущень, допущених особою, яка була зобов'язана і мала можливість їх передбачити або попередити [6, с. 420].

Конструюючи деліктні зобов'язання на засадах генерального делікту, розробники Зводу законів Російської імперії повністю не відмовилися від необхідності визнання спеціальних умов для виникнення окремих деліктів. Тобто крім генерального делікту Звід законів містив також спеціальні делікти. Саме в такій конструкції деліктних зобов'язань (визнанні спеціальних умов виникнення окремих деліктів) вбачається рецепція ідей римських юристів до цивільного законодавства Росії через проект ЗМЗ Західних губерній 1837 р. (із проекту до Х т. Зводу законів було включено ряд норм для застосування в Чернігівській і Полтавській губерніях).

Вплив юстиніанської кодифікації на ЗЦ 1842 р. спостерігається також у спільному підході до визначення форм протиправності, визнання протиправності як порушення суб'єктивного права особи, зв'язку протиправності з виною і санкцією, встановлення відповідальності за принципом вини).

Подібним шляхом ЗС Російської імперії 1842 р. пішли розробники проекту Цивільного уложення 1905 р. (далі – проект ЦУ), які обрали середній шлях між римським правом і Французьким цивільним кодексом. Тобто інститут деліктних зобов'язань було побудовано на ідеях і положеннях Німецького цивільного уложення.

Denkschrift zum Entwurt eines BGB вказував, що Німецьке цивільне уложення за зразком більшості кодифікацій нового часу відмовилося від установлення за римським зразком цивільної відповідальності лише за окремі правопорушення. Німецьке уложення в загальній формі встановлює передумови такої відповідальності, але при цьому не йде так далеко, як французьке право, що допускає відповідальність за будь-яке протиправне умисне або з необережності завдання шкоди [6, с. 421]. Тобто Німецьке цивільне уложення правову сферу окремої особи визначає частково правами, що їй належать, частково загальними, що переважно належать до кримінального права правилами, які для захисту такої особи забороняють або приписують будь-яку дію іншої особи [6, с. 421 – 422]. У зв'язку з цим, зазначав М. М. Агарков, Німецьке цивільне уложення розрізняло в § 823, з одного боку, порушення суб'єктивного цивільного права, з іншого – протиправне посягання на життя, тіло, здоров'я або волю іншої особи і, нарешті, порушення будь-якого іншого закону, спрямованого на охорону іншої особи. Таким чином, доходить висновку науковець, Німецьке цивільне уложення не знає зобов'язання відшкодувати будь-яке протиправне умисне або необережне завдання шкоди [6, с. 422].

Відносно третьої частини конструкції деліктного права Німеччини, то протиправність наділена найбільшою специфікою. Так, згідно з § 826 Німецького цивільного уложення особа, яка умисно завдасть іншій особі шкоди способом, що суперечить добрим звичаям, зобов'язана її відшкодувати. Кодекс спеціально вже не вказує на необхідності протиправного проступку, так як він виходить з того, що будь-яке завдання шкоди суперечить добрим звичаям, тому протиправне [9, с. 160]. Тобто протиправність за даним деліктом має форму дії, що суперечить добрим звичаям. Цю норму було встановлено, як правило, для випадків недобросовісної конкуренції, тому її слід розглядати як порушення прав особи. Таким чином, разом із двома деліктами за § 823, правила § 826

становлять три основних приватних делікти за Німецьким цивільним уложенням.

За проектом ЦУ генеральний делікт було розміщено у ст. 2601 такого змісту: той, хто вчинив умисно або необережно недозволене діяння (дію або упушення), зобов'язаний винагородити за завдану таким діянням шкоду [4, с. 673]. Тобто, наслідуючи Французький цивільний кодекс, у проекті ЦК 1905 р. деліктну відповідальність побудовано за принципом генерального делікту. Однак у проекті було закріплено низку й спеціальних деліктів в окремому параграфі (§ 2. «Особливі види недозволенних діянь») [4, с. 675 – 677]. Наявність спеціальних деліктів розширює сферу застосування деліктних зобов'язань, встановлюючи спеціальні умови відшкодування шкоди для окремих випадків її завдання. Саме в такому підході розробників проекту вбачаються ідеї римських юристів, які індивідуалізували деліктні позови, що виникали лише за наявності спеціальних умов. Однак протиправність вимагалася для будь-якої вимоги про відшкодування шкоди (чи за генеральним деліктом, чи за спеціальними деліктами).

Як за римським правом, у проекті ЦУ протиправним визнавалося діяння, що було недозволено законом. Тобто вимагалася порушення встановленої законом загальної заборони порушувати суб'єктивні права осіб [10, с. 179]. При цьому протиправність виключалася, якщо заподіювач шкоди діяв у межах, наданих йому законом (ст. 2602), зокрема, за згодою потерпілого (ст. 2603), при самозахисті (ст. 2605, 2606). Однак протиправність вимагала не тільки порушення об'єктивного права, а й порушення суб'єктивного права особи. Як зазначав В. І. Сінайський, наявність цього елемента пояснюється тим, що там, де особа діє, не порушуючи права іншої особи, там, очевидно, немає й правопорушення [10, с. 181]. Тобто порушення об'єктивного права пов'язано із порушенням суб'єктивного права, що відображає основні засади римської правової доктрини.

Деліктна відповідальність за проектом будувалася за принципом вини, крім того, через вину діяння визнавалося протиправним. Тільки за наявності суб'єктивної ознаки (вини) невиконання зобов'язання буде порушенням [11, с. 22]. Із-за вини шкідливий факт стає проступком (дією або бездіяльністю), за який відповідає його автор [11, с. 38].

Для визнання дії протиправною за проектом ЦУ (як і за ЗЦ), стверджував В. І. Сінайський, не мало значення наявності або відсутності санкції за вчинене правопорушення [11, с. 176]. З такою позицією погодитися не можна, бо, по-перше, вказівка на санкцію міститься навіть у назві глави IV «Винагорода за шкоду, завдану недозволеними діяннями» (глави 6 «Про право на винагороду за понесені шкоду і збитки» ЗЦ) А по-друге, відсутність санкції у випадках правомірного завдання шкоди виключала протиправність завдання шкоди і, відповідно, делікт. Таким чином, протиправність визначалася за проектом ЦУ також через встановлення санкції за завдану шкоду, як і за римськими джерелами.

У проекті ЦУ формами вираження протиправності розглядалися дія та упушення. Відносно протиправного упушення, то вперше у дореволюційній кодифікації дається його визначення. Однак, на відміну від римських юристів, поняття упушення обмежується тільки вказівкою на одну його ознаку, що надавала йому ознаки протиправності –

нездійсненню такої дії, виконання якої було обов'язковим за законом або розпорядженням відповідної влади (ч. 2 ст. 2601) [4, с. 676]. Таке вузьке розуміння упуцнення розробниками проекту зумовлено тим, на думку Гусаковського, що упуцнення може бути правопорушенням тільки як виняток [12, с. 14]. Упуцнення має місце там, зазначав К. П. Победоносцев, де існують особливі юридичні відносини між конкретними особами. Якщо такі відносини відсутні, то підставою відповідальності за дію буде не лише одне пряме спрямування волі до вчинення дії, а й неухважність, не старанність, необережність щодо обставин, за яких завдано збитки чужому майну [13, с. 546]. Тобто таке упуцнення розглядалося як умова виникнення деліктного зобов'язання лише тоді, коло воно спричинило виникнення, зміну чи припинення прав і обов'язків особи внаслідок завдання шкоди.

Таким чином, вищевикладене дає змогу зробити такі висновки: 1) дореволюційне законодавство України ставило виникнення деліктних зобов'язань у залежність як від спеціальних деліктів, так і від генерального делікту; при цьому за конструкцією деліктних зобов'язань Стародавнього Риму (спеціальних деліктів) побудовано інститут деліктних зобов'язань ранніх кодифікацій в Україні; 2) протиправність завдання шкоди вимагалася для будь-якої вимоги про відшкодування шкоди. Завдання шкоди визнавалося протиправним, якщо: а) порушувало норми об'єктивного і суб'єктивного права; б) було пов'язано із виною заподіювача шкоди (вина – протиправність); в) пов'язано з санкцією (санкція – протиправність); г) вчинена за межами, наданими законом; 3) протиправність виражалася у двох формах: дії та упуцнення. Якщо дія розглядалася як активне вираження волі людини, то упуцнення як невиконання покладеного на особу обов'язку вчинити певну позитивну дію (пасивне волевиявлення).

Незважаючи на незначні розбіжності у концепції протиправності завдання шкоди української правової системи, загальні засади деліктного законодавства та права мають багато спільного. Це пояснюється спільним походженням їх цивільно-правової доктрини – римським приватним правом.

Comparative analysis of illegal damage infliction as a prerequisite for emergence of tort liability in Lithuanian and Polish, Austrian, Ukrainian, Russian legislation effective in Ukrainian territories in 16th – 19th centuries has been made. Conclusion as to the influence of ideas and provisions of Roman private law upon formation of the concept of illegality in Ukrainian tort liabilities through Byzantine, Russian, German, Lithuanian, Austrian, Polish and French law has been made.

Проводиться сравнительный анализ противоправного причинения вреда по литовско-польскому, украинскому, российскому законодательству украинских земель XVI – XIX веков. Делается вывод о влиянии идей и положений римского частного права на формирование категории противоправности в деликтных обязательствах Украины через византийское, российское, немецкое, литовское, австрийское, польское, французское право.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Дигесты Юстиниана* / [пер. с латинского Солопов А. И., Литвинов Д. А., Кофанов Л. Л. и др.]; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М.: Статут, 2002. – Т. II. – 2002. – 622 с.
2. *Гражданское уложение Германской империи*. – С.П.Б.: «Типография Правительствующего Сената», 1898. – 503 с.
3. *Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Т. 1* / Уклад. Ю. Б. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. / За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. – К.: Правова єдність, 2009. – 1168 с.
4. *Кодифікація цивільного законодавства на українських землях: Т. 2* / Уклад. Ю. Б. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. / За ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. – К.: Правова єдність, 2009. – 1240 с.
5. *Дернбург Г. Пандекты* / Дернбург Г.; [пер. с нем. П. Соколовского]. – М., 1911. – Т.2: Обязательственное право. – 1911. – 381 с.
6. *Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву* / М. М. Агарков // Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т. 1. – М.: АО «Центр ЮрИнфор», 2002. – 490 с.
7. *Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Том 2: Основы*. – М.: Межд. отн., 1998. – 512с.
8. *Флейшиц Е. А. Обязательства по причинению вреда и по неосновательному обогащению*. – М., 1951. – 236 с.
9. *Шанп Я. Система германского гражданского права: учебник* / Ян Шапп. – Пер. с нем. С. В. Королева. – М.: Международные отношения, 2006. – 360 с.
10. *Синайский В. И. Русское гражданское право* / В. И. Синайский. – М.: «Статут», 2002. – С. 181.
11. *Цитович И. И. Обязательства по русскому гражданскому праву. Конспект лекций* / И. И. Цитович. – Киев: Типография И. И. Чоколова, 1894. – 103 с.
12. *Гуссаковский П. Н. Вознаграждение за вред, причиненный недозволенными деяниями* / П. Н. Гуссаковский // Журнал министерства юстиции. – 1912. – № 8. – С. 14.
13. *Победоносцев К. П. Курс гражданского права* / К. П. Победоносцев; под ред. В. А. Томсинова. – М.: Издательство: «Зерцало», 2003. – Т. 3. – 2003. – 608 с.

МІСЦЕ ДОГОВОРІВ З ВИКОНАННЯ РОБІТ У СИСТЕМАТИЦІ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Гриняк А. Б.,

кандидат юридичних наук,
завідувач наукового сектора відділу проблем приватного права
НДІ приватного права і підприємництва АПРн України

Статтю присвячено важливому та актуальному питанню – визначенню місця підрядних договорів у систематиці договірних зобов'язань та їх розмежування із договорами купівлі-продажу, про спільну діяльність, договорами на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт, а також трудовим договором. Крім того, акцентується увага на проблемі визначення змісту відносин, що охоплюються положеннями гл. 61 ЦК України, та застосування загальних норм цієї глави до всіх підрядних відносин.

Ключові слова: зобов'язання, договір, договір підряду, договір купівлі-продажу, договір про спільну діяльність, трудовий договір, сторони договору.

*Все достижения гражданского оборота
совершаются через бесконечный ряд
или цепь юридических сделок
П. И. Стучка*

Динаміка економічних відносин, зокрема у сфері виробництва і розподілу, та успішне функціонування ринку товарів, робіт і послуг вимагають, щоб правові форми, в які втілюються різні за характером суспільні відносини, були адекватні новому економічному змісту. Основною та найбільш стійкою в часі правовою формою є договір, роль якого докорінно змінилася в умовах ринкової економіки.

Різним аспектам договірної права в цілому та підрядних договорів зокрема приділяли увагу фахівці в галузі цивільного права, зокрема, М. М. Агарков, В. А. Белов, М. І. Брагіньський, Д. В. Боброва, В. А. Васильєва, О. М. Вінник, В. В. Вітряньський, О. В. Дзера, О. С. Іоффе, В. М. Коссаєв, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць, Р. А. Майданик, Є. О. Суханов, Ю. К. Толстой, С. Я. Фурса, Є. О. Харитонов, Я. М. Шевченко, Р. Б. Шишка, В. С. Щербина та інші вчені.

Договір підряду має давнє історичне коріння, яке відслідковується ще з римського права. Підряд (*lokatio conductio operis*) входив до договору найму. Родовою ознакою було надання однією особою іншій будь-чого на відплатній основі, а підряд та послуги передбачали виконання певної роботи.

Відповідно до ст. 837 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) за договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданнями другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. Отже, договір підряду укладається на виготовлення, обробку, переробку, ремонт або на виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові.

Наведене визначення договору підряду дає підстави виділити дві істотні ознаки цього типу договорів про виконання робіт. По-перше, договір підряду укладається на виготовлення або переробку (обробку, ремонт речі тощо) або на виконання іншої роботи з переданням її результату замовникові. Передаючи замовникові річ, виготовлену за договором підряду, підрядник передає і права на неї. Це дає змогу відрізнити договори підряду від договорів про надання послуг, за якими послуга не виступає у вигляді певного об'єктивованого результату, а надається у процесі діяльності послугонадавача (наприклад, при перевезенні вантажу, зберіганні майна тощо). По-друге, спільною для підрядних договорів ознакою є несення підрядником ризику випадкової загибелі предмета підряду або неможливості закінчення роботи [1, с. 142].

В системі договорів, відомих римському приватному праву, виділялось три самостійних різновиди договору найму (*lokatio conductio*) – «*lokatio conductio rei*» (найм речей), «*lokatio conductio operis*» (підряд), «*lokatio conductio operarum*» (найм послуг). Мета договору підряду (*lokatio conductio operis*), якою виступав саме економічний результат – *opus*, могла збігатися із майновим результатом, що надавало можливість наблизити договір підряду до договорів купівлі-продажу. Тим більше, що договір купівлі-продажу, який спрямовувався на перехід майна у власність, історично передував договору підряду. Однак, як зазначають М. І. Брагіньський та В. В. Вітряньський, між договорами підряду та купівлі-продажу існувала суттєва різниця, оскільки підряд охоплював і процес виготовлення результату. Так, будівництво будівлі являлось предметом договору підряду, а набуття готового будинку – купівлею-продажем [2, с. 21].

Дійсно, в сучасному ЦК України із договорів, які в розділі III книги V знаходяться попереду договору підряду, найбільш близьким щодо нього можна вважати саме договір купівлі-продажу. Оскільки, по-перше, як і договір купівлі-продажу, підряд, як правило, спрямований на перехід майна у власність (господарське відання чи оперативне управління). По-друге, вищезазначені договори завжди є двосторонніми, оплатними і консенсуальними.

Незважаючи на різну спрямованість договорів купівлі-продажу та підряду, вони мають і спільні ознаки, а саме – задовольняють потреби сторін через передачу майна у власність. Так, у купівлі-продажу здійснюється передача товару, а у підряді – передача результату роботи.

Відмінні ознаки вищевказаних договорів стосуються об'єкта договору. Так, для купівлі-продажу ним виступає передача майна (товару), а для підряду – виготовлення (обробка, переробка, ремонт) речі та передання результату. Тобто, якщо договір не регулює виконання робіт щодо виготовлення результату – до даних правовідносин застосовуються норми про купівлю-продаж. Якщо ж договірним регулюванням охоплюється не тільки перехід майна у власність, а й виготовлення (обробка, переробка, ремонт) речі – застосовуються норми про підряд. Тобто моменти укладення і виконання договорів підряду ніколи не збігаються, тоді як у договорах купівлі-продажу вони можуть збігатися.

Необхідно зазначити, що в ряді випадків проблема розмежування договорів купівлі-продажу та підряду не завжди так легко вирішується. Йдеться, власне, про випадки, коли конкретний договір включає в себе ознаки і купівлі-продажу, і підряду. В російській юридичній

літературі наводяться приклади використання на практиці договору на переробку із давальницької сировини та його різновиду – толлінгу. Особливість останнього, як зазначається в літературі, полягає в тому, що підприємство, яке обробляє сировину, в знак оплати виконаних робіт набуває взамін грошей право на відповідну частку у виготовленій продукції [3, с. 38; 4, с. 56].

Щодо спірного питання правової природи відносин із давальницької сировини і, відповідно, толлінгу заслуговує на увагу думка, висловлена М. І. Брагінським та В. В. Вітрянським, що такий договір може бути насамперед змішаним, тобто таким, що включає в себе як елементи поставки так і підяду. В такому випадку підрядні елементи виникатимуть в ньому з приводу переробки сировини, а обов'язок підприємства вважатиметься виконаним в результаті передавання переробленої сировини. І, навпаки, елементи купівлі-продажу (поставки) виражаються в тому, що на відміну від підяду виготовлена продукція не може бути індивідуально-вираженою річчю, а результат роботи конкретизується виключно такими ознаками як кількість, якість тощо [2, с. 38].

Як відомо, основним джерелом правового регулювання підрядних відносин виступає ЦК України. Разом з тим традиційним вважається паралельне існування різнорівневих нормативно-правових актів (Господарський кодекс України, Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підяду в капітальному будівництві», Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження правил побутового обслуговування населення» тощо).

Однак, незважаючи на значну кількість як нормативно-правових, так і підзаконних нормативно-правових актів, що регулюють підрядні відносини, ми не безпідставно змушені стверджувати про ототожнення у певних випадках законодавцем договорів з виконання робіт із договорами про надання послуг та трудовими договорами, що, на жаль, не є виключенням і для окремих категорій судових справ. Наприклад, у п. 1.31 ст. 1 Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств» [5] прослідковується ототожнення законодавцем понять «результати робіт» та «послуги», що, безперечно, є неприпустимим та таким, що потребує виправлення, оскільки таке ототожнення на практиці призводить до неправильного застосування до підрядних відносин законодавства, що регулює інші договірні відносини, та істотно порушує права контрагентів договору.

Разом з тим у ЦК України окремим видам підрядних договорів, що містяться в главі 61, передує так звана загальна частина, функції якої виконує параграф 1 «Загальні положення про підряд». Його статті застосовують і до окремих видів цього договору, зокрема договорів побутового підяду, будівельного підяду, на виконання проектних та пошукових робіт тощо. Норми «Загальних положень про підряд» діють у випадках, коли йдеться про моделі підяду, які не належать до жодного із виділених в ЦК України різновидів цього типу договорів, а на ті, що виділені, поширюється дія загальних норм лише за умови, якщо вони не суперечитимуть спеціальним нормам або ж спеціальні норми, присвячені регулюванню даних різновидів підрядних договорів, відсутні.

На жаль, у вітчизняному законодавстві трапляються прогалини, які жодним чином не регулюють певні

правовідносини. Однак тут на допомогу приходять саме норми загальних положень. І законодавець, враховуючи тезу про неможливість урегулювання всіх без винятку правовідносин, що виникатимуть у майбутньому, дає нам у підмогу сильний інструментарій – статтю 8 ЦК України. Оскільки, як зазначає В. А. Белов, ще жоден народ не зміг врегулювати все, не зміг створити ні внутрішньо-несуперечливого, ні бездоганно чіткого законодавства [6, с. 63]. Тому, замість нарікань на неясність, нечіткість та інші недоліки чинного законодавства (викорінювати які, безперечно, потрібно), юридична спільнота повинна детальніше досліджувати та напрацьовувати знання про суб'єктивні права та юридичні обов'язки, що в кінцевому результаті приведе до досконалості у застосуванні всього багатства приватноправового інструментарію.

Усвідомлюючи певний відхід від тематики дослідження, все ж не можемо не торкнутись ще одного важливого, на нашу думку, питання. Досить часто сьогодні викликають подив висловлювання відомих політиків, промисловців (і, що парадоксально – юристів): «це питання ніяк не врегульовано чинним законодавством, тому, яким шляхом піде судова практика, – невідомо». Надзвичайно важко погодитись із такою тезою. Адже все це давно відомо! Вона піде якраз шляхом створення норми права без використання позитивного законодавства. І тут солідаризуємося із думкою В. А. Белова, який, порівнюючи норму права та правовідношення, задає собі запитання: а з чого ж можна створити таку норму (без використання позитивного законодавства)? І доходить висновку: «із спірних життєвих відносини» [6, с. 141]. Отже, практика, незважаючи на прогалини позитивного законодавства, повинна йти саме цим шляхом. Тобто йти шляхом від конкретної життєвої ситуації (життя) до норми, а не навпаки – від норми до життя.

Разом із бурхливим розвитком ринкових відносин в Україні та відступом держави від командно-адміністративної політики широкого застосування у будівельній сфері набуває договір про спільну діяльність, одним з різновидів якого є договір простого товариства. На практиці, зазвичай, за таким договором один із учасників виконує певну роботу, а інші – надають необхідні для цього кошти, устаткування, матеріали тощо. Як бачимо, договір простого товариства містить схожі із підрядом ознаки. Однак існують і відмінності, якими і відрізняються вищезазначені договори. В літературі існують різні точки зору щодо відмінних ознак цих договорів. Так, К. М. Варшавський основною відмінністю між договором простого товариства та підрядом називав те, що предметом договору простого товариства є спільна діяльність [7, с. 14]. Чіткішою, на нашу думку, видається позиція М. І. Брагінського та В. В. Вітрянського щодо таких відмінностей, а саме: договором простого товариства регулюються внутрішні відносини між тими, хто здійснює таку діяльність, натомість предметом підрядних договорів виступає сама діяльність і, відповідно, охоплюються відносини між тим, хто здійснює цю діяльність, і тим, для кого вона здійснюється [2, с. 40].

Показовою у випадку розмежування договорів підяду від договорів про спільну діяльність є справа за позовом Г.Н. до ТОВ про стягнення пені за невиконання відповідачем своїх зобов'язань за договором про спільну

діяльність. На обґрунтування своїх вимог позивач зазначав, що 19.04.01 р. він уклав з ТОВ договір про спільну діяльність щодо дольової участі в будівництві багатоквартирного жилого будинку, за яким відповідач зобов'язувався за його кошти побудувати і передати йому у власність трикімнатну квартиру в строк, не пізніше першого кварталу 2002 року. Протягом всього строку будівництва він вніс всю суму вартості квартири. Згідно з додатковою угодою кінцевим строком передачі позивачеві побудованої квартири був останній день третього кварталу 2002 р. Відповідач неодноразово грубо порушував строки передачі квартири і згідно з актом про виконання договору квартиру йому передано лише 25.07.2003 р. Крім того, позивач пояснив, що фактично між ним та відповідачем було укладено договір підряду на будівництво квартири. Він не мав спільної з відповідачем господарської мети з будівництва багатоквартирного будинку та отримання прибутку від цієї діяльності, тому вважає, що укладений між ним та відповідачем договір є удаваною угодою і до відносин, які виникли на його підставі, необхідно застосувати правила, що регулюють відносини підряду.

Справа судами розглядалася неодноразово. Рішенням районного суду від 28.07.2003 р. позов Г. Н. задоволено. В апеляційній скарзі представник ТОВ просив скасувати рішення районного суду, як постановлене за неправильного застосування норм матеріального права, та постановити нове рішення про відмову в задоволенні позовних вимог Г. Н.

В результаті розгляду справи апеляційний суд встановив, що 19.04.2001 р. між Г. Н. та ТОВ було укладено договір, за яким сторони зобов'язуються сумісно діяти для досягнення спільної господарської мети – будівництва багатоквартирного жилого будинку і введення його в експлуатацію (п. 1.1. договору). Районний суд, постановляючи рішення про визнання договору мнимою угодою – договором підряду, не врахував і не дав правової оцінки наявним у матеріалах справи доказам того, що договір між сторонами не тільки укладено, а й виконано відповідно до умов, зазначених у ньому, як договір про спільну діяльність. Метою цього договору досягнуто – багатоквартирний будинок здано в експлуатацію, а визначену в п. 2.3 договору частку пайовика Г. Н. у вигляді трикімнатної квартири виділено із спільної власності в натурі, що підтверджено актом про виконання договору.

Суперечить чинному законодавству й умовам договору висновок суду першої інстанції про те, що договір, укладений між позивачем та відповідачем, є недійсним, оскільки не містить таких суттєвих умов як порядок і умови ведення спільних справ, наявність довіреності на їх ведення, обсяг внеску відповідача і умови використання результатів спільної діяльності. Метою цього договору було лише будівництво, а не спільна експлуатація завершеного будівництвом жилого будинку. Право спільної власності сторін припиняється після виділення в натурі долі позивача за актом прийому-передачі. Підтвердженням того факту, що оспорюваний договір є саме договором про спільну діяльність, а не договором підряду, є також та обставина, що в цьому договорі немає таких істотних умов для договору підряду як завдання на виконання робіт та кошторис. Отже, позивач не може бути замовником будівництва об'єкту нерухомого майна, оскільки він не надавав для такого будівництва земельну ділянку, проектну

документацію, не отримував дозвіл на виконання робіт, не здавав завершений будівництвом об'єкт в експлуатацію. Тому колегією суддів апеляційну скаргу представника ТОВ задоволено. Рішення районного суду м. Києва від 28.07.2003 р. про стягнення з ТОВ на користь Г. Н. пені скасовано та постановлено нове рішення. У позові Г. Н. до ТОВ про стягнення пені за час прострочення виконання зобов'язання відмовлено [8, с. 85 – 87].

Однією із особливостей чинного ЦК України є відмежування від підряду договорів на виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт (далі – НДРДКТР). Така диференціація, в основі якої лежить юридико-технічний критерій, дала змогу створити спеціальний правовий режим, який надає можливість відмежувати відносини із виконання науково-дослідних, дослідно-конструкторських та технологічних робіт від підрядних відносин.

Разом з тим самостійність відокремлених від підряду типів договорів не є абсолютною. Враховуючи те, що в згаданому випадку йдеться все ж про (використаємо вислів М. І. Брагінського та В. В. Вітрянського) «підрядоподібні» договори, законодавець у ЦК України норми, які регулюють правовідносини з виконання НДРДКТР (глава 62), розмістив серед положень про договори підрядного типу.

Загалом договори на виконання НДРДКТР пов'язує з договорами підряду те, що вони спрямовані на досягнення результату, відокремленого від роботи. Саме для досягнення цього результату сторони укладають договір на виконання НДРДКТР, оскільки замовників цікавить все ж таки результат робіт, нехай навіть негативний, а не роботи як такі [7, с. 365]. Разом з тим договори на виконання НДРДКТР мають як спільні, так і відмінні ознаки. Так, об'єктом підрядного договору є створення нової або переробка (обробка) існуючої речі чи виконання іншої подібної роботи, у той час як за договором на виконання НДРДКТР об'єктом є результат наукових досліджень або розробка конструкції нового виробу, нової технології тощо.

Крім того, результатом підрядних договорів є створення чи переробка матеріальної речі, а результатом договорів на виконання НДРДКТР, який за своєю суттю є результатом творчості, може бути й нематеріальний об'єкт. Саме ця ознака, як зазначає М. М. Великанова, наближає договори на виконання НДРДКТР до договорів про створення та використання результатів інтелектуальної діяльності (ліцензійних, франчайзингу тощо) [9, с. 27]. По-третє, відмінність між договорами підрядного типу та договорами на виконання НДРДКТР полягає в тому, що в договорах підрядного типу ризик випадкової загибелі предмета підряду або неможливості закінчення роботи несе підрядник, а в договорах на виконання НДРДКТР ризик неможливості досягнення результату цих робіт покладається на замовника. По-четверте, жоден договір на виконання НДРДКТР не може бути здійсненим без науково-технічних передумов, у той час як договір підряду таких передумов не знає.

Непростою є практика розмежування договору підряду і трудового договору. Так, якщо предметом договору підряду є певний результат виконаної роботи, то у трудовому договорі такий результат не є обов'язковою умовою, оскільки за трудовим договором основне значення

відіграє трудова діяльність працівника в цілому, а не певної разової роботи. Як слушно зазначено у навчальному посібнику «Договірне право України. Особлива частина», підрядник організаційно самостійний у виробничому процесі, замовникові не підпорядкований, виконує роботу переважно власними засобами та інструментами і на власний ризик. Водночас працівник за трудовим договором підпорядкований адміністрації, додержується встановлених правил внутрішнього розпорядку, роботу виконує, як правило, засобами організації і не несе ризику випадкової загибелі предмета праці [10, с. 385].

Разом з тим розмежування вищезазначених договорів необхідно здійснювати і за суб'єктивним складом. Адже стороною підрядного договору (підрядником) може виступати як фізична, так і юридична особа. Натомість за трудовим договором працівником виступає лише фізична особа, яка зараховується до штату певної організації і, відповідно, отримує визначений обсяг прав та гарантій, передбачених КЗпП України (право на відпустку, оплату праці, безкоштовне санітарно-медичне обслуговування тощо).

Таким чином, з розвитком підприємництва в Україні ускладнюються і договірні відносини між контрагентами (змішані договори тощо), тому важливим завданням сьогодення стає вміння на практиці відмежовувати одні договірні відносини від інших та, відповідно, застосовувати щодо них різну нормативно-правову базу. Адже не секрет, що певна частина вітчизняного законодавства, судова та інша правозастосовча практика свідчать про ігнорування факту розмежування зазначених вище договорів. Однак слід пам'ятати, що неправильне застосування до підрядних

відносин законодавства, що регулює інші договірні відносини, може істотно порушити права контрагентів договору.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Луць В. В. Контракты у підприємницькій діяльності: навч. посібник. – 2-е вид., стер. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – С. 142.
2. Брагинский М. И, Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг; М.: «Статут», 2007. – 1055 с.
3. Сковородко П. Толлинг: способ ухода от НДС становится все меньше // Экономика и жизнь. – 1997. – № 43. – С. 38.
4. Загребнев С. Толлинг – находка для производителей // Экономика и жизнь. – 1997. – № 22. – С. 56.
5. Закон України «Про оподаткування прибутку підприємств» // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 4. – Ст. 28.
6. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. А. Белова. – М., 2007. – 993 с.
7. Гражданское право: учебник / Е. Ю. Валявина, Н. П. Василевская, Н. Д. Егоров и др.; под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М.: Проспект, 1997. – Ч. 2. – 784 с.
8. Договір про сумісну діяльність // Юридична Україна. – 2003. – № 12. – С. 85–87.
9. Великанова М. М. Договори на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт Дис... на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук: 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва АПРН України – К., 2008. – 206 с.
10. Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.: за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 1200 с.

The above article on important and topical issue - determining the location of contract agreements in the systematics of contractual obligations and their separation from the sale contracts, the joint activity, contract to perform research, experimental design and technological work and the labor contract. In addition, accented problem of determining the content of relationships covered by the provisions of Issues 61 Civil code of Ukraine and the application of common standards of this chapter to all contracting relationships.

Стаття посвячена важному і актуальному вопросу – определению места подрядных договоров в систематике договорных обязательств и их разграничение с договорами купли-продажи, о совместной деятельности, договорами на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, а также трудовым договором. Кроме того, акцентируется внимание на проблеме определения содержания отношений, которые охватываются положениями гл. 61 ГК Украины, и применения общих норм настоящей главы ко всем подрядным отношениям.

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ СУБ'ЄКТІВ ДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИН ПРИ ПЕРЕХОДІ ПРАВ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ

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

Досліджено питання забезпечення прав на земельну ділянку при набутті права власності та права користування на будівлю чи споруду, необхідних умов дієвості правочинів щодо земельних ділянок, питань недієвості таких правочинів. Здійснено порівняння норм Земельного та Цивільного кодексів України з питань переходу прав на земельну ділянку.

Ключові слова: забезпечення прав на земельну ділянку, набуття права власності та права користування на будівлю чи споруду, дієвість правочинів щодо земельних ділянок.

Як передбачено ст. 131 Земельного кодексу України (далі – ЗК України), громадяни, юридичні особи України, а також територіальні громади та держава мають право набувати у власність земельні ділянки на підставі міни, ренти, дарування, успадкування та інших цивільно-правових угод, які укладаються відповідно до норм Цивільного та врахування вимог Земельного кодексів України.

Ці договори укладаються лише у письмовій формі, нотаріально посвідчуються і реєструються. Кожна угода повинна містити назву сторін (прізвище, ім'я та по батькові громадянина, юридичної особи), вид угоди: предмет угоди (земельна ділянка з визначенням місця розташування, площі, цільового призначення, складу угідь, правового режиму тощо); документ, що підтверджує право власності на земельну ділянку; відомості про відсутність заборон на відчуження земельної ділянки; відомості про відсутність або наявність обмежень щодо використання земельної ділянки за цільовим призначенням (застава, оренда, сервітути тощо); договірну ціну; права та обов'язки сторін; кадастровий номер земельної ділянки; момент переходу права власності на земельну ділянку.

Додатком до договору, за яким здійснюється відчуження земельної ділянки приватної власності, є державний акт на право власності на земельну ділянку, що відчужується (або відчужувалась).

Окремо зупинимось на договірних відносинах про перехід права власності на земельну ділянку. Статтею 120 ЗК України встановлено, що до особи, яка придбала житловий будинок, будівлю або споруду, переходить право власності на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення у розмірах, встановлених договором. Якщо договором про відчуження житлового будинку, будівлі або споруди розмір земельної ділянки не визначено, до набувача переходить право власності на ту частину земельної ділянки, яка зайнята житловим будинком, будівлею або спорудою, та на частину земельної ділянки, яка необхідна для їх обслуговування.

Коли житловий будинок, будівля або споруда розміщені на земельній ділянці, наданій у користування, то в разі їх відчуження до набувача переходить право користування тією частиною земельної ділянки, на якій вони розміщені, та частиною ділянки, яка необхідна для їх обслуговування. У разі переходу права власності на будинок або його частину від однієї особи до іншої за договором довічного утримання право на земельну ділянку переходить на умовах, на яких вона належала попередньому власнику, а при переході права власності на будівлю та споруду до кількох осіб право на земельну ділянку визначається пропорційно часткам осіб у вартості будівлі та споруди, якщо інше не передбачено в договорі відчуження будівлі і споруди. Коли ж право власності на будівлю або споруду переходить до громадян або юридичних осіб, які не можуть мати у власності земельні ділянки, до них переходить право користування земельною ділянкою, на якій розташована будівля чи споруда.

Усі договори про перехід права власності на земельну ділянку підлягають нотаріальному посвідченню та державній реєстрації.

Відповідно до ст. 210 ЗК України договори, укладені з порушенням встановленого законом порядку купівлі-продажу, ренти, дарування, застави, обліку земельних

ділянок, визнаються за рішенням суду недійсними. Положення цієї статті, а також ч. 3 ст. 150 ЗК України є одним із способів захисту прав суб'єктів на землю [1, с. 24–25; 1, с. 126–127; 3, с. 90–91; 4, с. 129–130]. Виділення цієї юридичної гарантії цілком обгрунтовано правовими нормами, в яких вона знайшла своє відображення. Статті 81–85 ЗК України передбачають підстави набуття права власності на землю громадян, юридичних осіб, територіальних громад, держави, іноземних держав тощо, серед яких не останнє місце посідають цивільно-правові договори. Укладення таких договорів здійснюється відповідно до Цивільного кодексу України (ст. 638–640) з урахуванням Земельного кодексу України (ч. 2 ст. 131) Порядок здійснення угод з земельними ділянками регламентується гл. 20 ЗК України. Проте не можуть забезпечити правомірний перехід землі від однієї особи до іншої ті угоди, які визнаються недійсними. Відповідно до ст. 203–207, 215–236 ЦК України недійсними є угоди, що не відповідають вимогам закону, тобто не дотримано встановленої законом письмової форми (ст. 132 ЗК України, ст. 14 Закону України «Про оренду землі», ст. 657 ЦК України), немає нотаріального посвідчення, якщо цього вимагає одна із сторін (ч. 1 ст. 132 ЗК України, ст. 14 Закону України «Про оренду землі», ст. 657 ЦК України), відсутня його державна реєстрація (ст. 18, 20 Закону України «Про оренду землі»), не зазначено всі істотні умови про перехід права власності на земельні ділянки, визначені у ст. 132 ЗК України, а також договору оренди землі (ст. 15 Закону України «Про оренду землі»), укладені угоди суперечать інтересам держави і суспільства (наприклад, продаж земельних ділянок державної або комунальної власності іноземним державам, іноземним юридичним особам особливо цінних земель), укладення угоди юридичною особою, що суперечить її цілям, при допущенні зміни цільового призначення земель і мети її використання (наприклад, ч. 3 ст. 153 ЗК України передбачає, що колишній власник земельної ділянки, яку викуплено для суспільних потреб, перелік яких закріплено у ст. 146 ЗК України, має право звернутися до суду з позовом про визнання недійсним чи розірвання договору викупу земельної ділянки та відшкодування збитків, пов'язаних з викупом, включаючи втрачену вигоду, якщо після викупу земельної ділянки буде встановлено, що вона використовується не для суспільних потреб), укладання угоди неповнолітнім громадянином, визнаним недієздатним, обмеженим у дієздатності внаслідок зловживання міцними напоями або наркотичними засобами, нездатним розуміти значення своїх дій, укладення угоди внаслідок помилки, обману, насильства, погрози, зловмисної угоди представника однієї сторони з іншою стороною або збігу тяжких обставин, коли має місце уявна і удавана угода, а також угода, укладена з умовою.

Таким чином, наявність суттєвих умов договору оренди землі та обов'язкових вимог укладання будь-якого передбаченого законом договору, предметом якого є земельна ділянка, є належним правовим засобом захисту прав орендаря [3, с. 88–89; 4, с. 130–131].

За загальними вимогами правовим наслідком визнання угод недійсними є обов'язок сторін повернути одна одній все одержане за угодою, а за неможливості повернути одержане в натурі – відшкодувати його вартість у грошовій

формі, якщо інші наслідки недійсності угод не передбачені законом (ст. 203, 215, 228 ЦК України).

Відповідно до п. 26 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» від 16. 04. 2004 р. № 7 купівля-продаж, дарування, застава, самовільний обмін земельних ділянок землекористувачами, у тому числі орендарями, а також угоди, укладені власниками землі з порушенням встановленого для них порядку придбання або відчуження земельних ділянок, відповідно до ст. 210 ЗК України повинні визнаватися недійсними – із наслідками, передбаченими відповідними статтями Цивільного кодексу України.

Стаття 205 ЦК України передбачає допустимість укладення правочинів в усній чи письмовій формах. Разом із тим сторони вправі на власний розсуд обрати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Окремо в ЦК України зазначено, якщо для даного виду правочину письмова форма не є обов'язковою, то він може вважатися укладеним за умови вчинення сторонами таких дій, які засвідчують їх волю до настання бажаного правового результату. Згідно з ч. 3 ст. 205 ЦК України у випадках, передбачених договором чи законом, воля сторони до вчинення правочину може виражатися її мовчанням [1, с. 25–26].

Цивільний кодекс України у ст. 209 встановлює правило, за яким нотаріальне посвідчення письмового правочину необхідне лише у випадках, якщо це прямо передбачено законом або домовленістю сторін. Зокрема, обов'язкового нотаріального посвідчення вимагають договір застави нерухомого майна (ст. 577 ЦК України), купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) чи іншого нерухомого майна (ст. 657 ЦК України); договори дарування нерухомості, договір управління нерухомим майном (ст. 1051 ЦК України); договір купівлі-продажу об'єктів приватизації (ст. 27 Закону України «Про приватизацію державного майна»), договір купівлі-продажу земельної ділянки (ст. 128 ЗК України).

Незважаючи на збільшення договірної свободи учасників цивільних правовідносин, фактично в Цивільному кодексі України істотно збільшилась кількість договорів, що вимагають обов'язкового нотаріального посвідчення порівняно з попереднім кодексом, в якому передбачалися лише кілька видів таких договорів. Безперечно, в чинному Цивільному кодексі України збережено правило, яке надає особам право нотаріально посвідчити на власний розсуд будь-який правочин. Наприклад, договір оренди земельної ділянки раніше потребував обов'язкового нотаріального посвідчення, а після внесення змін до Закону України «Про оренду землі» став таким, що може бути нотаріально посвідченим лише за бажанням однієї зі сторін (ст. 14).

Стаття 210 ЦК України передбачає необхідність здійснювати державну реєстрацію правочинів у випадках, прямо встановлених законом. Так, нотаріального посвідчення і державної реєстрації потребують договори купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) чи іншою нерухомого майна (ст. 745 ЦК України), а Законом України «Про оренду землі» (ст. 20) передбачається, що

укладений договір оренди землі підлягає також державній реєстрації. Однак, як зазначає О. Дзера, в усіх згаданих випадках законодавець не встановлює правових наслідків недотримання цієї вимоги. На його думку, незважаючи на те, що в Цивільному кодексі України безпосередньо не визначено правових наслідків недотримання вимог закону про державну реєстрацію правочинів, в окремих його статтях закріплено її правове значення. Так, відповідно до ст. 210 ЦК України такі правочини вважаються вчиненими з моменту їх державної реєстрації. Тобто О. Дзера припускає, що без такої реєстрації правочин не породжує для сторін бажаного правового наслідку. Щодо договорів, які опосередковують перехід права власності, це питання вирішено однозначно, оскільки за ст. 334 ЦК України право власності у набувача майна за договором, який потребує державної реєстрації, виникає у момент такої реєстрації [5, с. 22–23].

Підсумовуючи викладений матеріал, ми змушені констатувати, що у земельному, цивільному та іншому законодавстві існує низка дублювань, неузгодженостей, які інколи не дають чіткого правового уявлення про вирішення тих чи інших питань, тому вимагають врегулювання на законодавчому рівні.

Як зазначає А. Мірошніченко, дуже часто в наукових дискусіях відбувається підміна понять, деякі дослідники доводять, що земельні відносини не є майновими, оперуючи поняттям «земля» і забуваючи про поняття «земельна ділянка». А. Мірошніченко вважає, що немає жодних сумнівів (ми з цим також погоджуємося), що земельна ділянка підпадає як під законодавче визначення речі («предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права і обов'язки» – ст. 179 ЦК України), так і під визначення майна («окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки» – ст. 190 ЦК України). Стаття 181 ЦК України прямо і категорично відносить земельні ділянки до нерухомих речей, а отже – до майна [2, с. 126–127].

Посилаючись на цілий ряд дослідників, А. Мірошніченко наголошує, що, навіть визнавши земельну ділянку майном, далеко не всі відносини з приводу земельних ділянок можна вважати цивільно-правовими, оскільки більшість із них не «іменовані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників» (ч. 1 ст. 1 ЦК України). Проте існує частина земельних відносин, яка насправді, повністю відповідає ознакам поняття цивільних відносин.

Разом з позицією багатьох дослідників, що визнають об'єктивність процесу включення до механізму земельно-правового регулювання цивілістичних аспектів, існують й інші наукові думки. Багато вчених пропонує, власне, остаточно відмежувати земельно-правове регулювання від цивільно-правового, розмежувати цивільні та земельні правовідносини. Наведене вище викликає заперечення. Існування майнових земельних відносин, що регулюються на засадах рівності сторін, є явищем об'єктивним. Отже, норми, що регулюють такі відносини, об'єктивно будуть водночас належати до системи цивільного та земельного права. За таких умов може йтися лише про те, до якого масиву законодавства – земельного чи цивільного – слід віднести норми, що є водночас цивільно- та земельно-правовими. Потреба вирішення цього питання існує, оскільки одночасне віднесення норм і до цивільного, і до земельного

законодавства призводить до дублювання, що, в свою чергу, може стати передумовою виникнення правових колізій. Яскравим прикладом такої колізії була неузгодженість між положеннями ст. 120 ЗК України та ст. 377 ЦК України щодо частки земельної ділянки при відчуженні будівлі або споруди, що була усунута зовсім недавно.

Останнім часом у законодавстві України, як і в деяких країнах близького зарубіжжя, складається тенденція щодо врегулювання всіх земельних відносин, зокрема цивільно-правового характеру, земельним законодавством із збереженням аналогічних норм у цивільному законодавстві. На нашу думку, така тенденція може вважатися об'єктивною та виправданою. Прикладом може бути регламентація питання про способи захисту земельних прав. Законодавець у ст. 152 ЗК України не лише механічно продублював традиційні способи захисту цивільних прав (ст. 6 ЦК УРСР, ст. 16 ЦК України), що, власне, було б просто невиправданим збільшенням правового масиву, а й спотворив їх. Наприклад, такий спосіб захисту прав як відновлення становища, яке існувало до порушення, відомий цивільному праву більше двох тисяч років (від лат. *in intergrum restituere* – відновлювати у первинному становищі), у ст. 152 ЗК України було відтворене як «відновлення стану земельної ділянки, який існував до порушення прав», що, безперечно, є незрівнянно вужчим за змістом.

Інший приклад – положення ч. 2 ст. 132 ЗК України, де визначаються вимоги до змісту угод про відчуження земельних ділянок. Зокрема, замість того, щоб застосовувати звичне поняття істотних умов угоди (правочину, договору), в деталях розроблене в цивільному праві, Земельний кодекс України перераховує (до речі, вкрай невдало) і умови угод (зокрема, «предмет угоди», причому у розумінні, не характерному для цивільного права – як земельної ділянки), і реквізити угод (наприклад, «назву сторін»), і навіть «документ, що підтверджує право власності на земельну ділянку» тощо. Вимагається і включення до угоди «договірної ціни», що, власне, заперечує визнання самим Земельним кодексом України (ст. 131 та ін.) можливість дарування земельних ділянок. Отже, норми ч. 2 ст. 132 ЗК України дуже важко, якщо взагалі можливо, застосувати до конкретних правовідносин.

Відмінності існують у визначенні та розумінні термінів. Такі розбіжності існують між ЦК України та ЗК України щодо

змісту поняття сервітуту. Тому пропонується вилучити із земельного законодавства деякі цивільно-правові норми, що дублюють більш загальні цивільно-правові норми (тобто такі, що не встановлюють ніяких об'єктивних особливостей, регулювання відносин із земельними ділянками) [2]. У такий спосіб можна уникнути існуючих колізій земельного та цивільного законодавств, що виникають на сьогодні.

Виходячи з вищевказаного, вважаємо за необхідне узгодити та внести до законодавства України деякі зміни, доповнення та уточнення до ст. 182 ЦК України, Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень». Насамперед слід розширити зміст поняття реєстрації об'єктів нерухомості, зокрема, доповненням – земельної ділянки, у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обмежень. Також необхідно привести у відповідність питання щодо нерухомого майна (нерухомості), що може бути предметом іпотеки та закріплене у ст. 1 та 5 Закону України «Про іпотеку», ст. 181 та 191 Цивільного кодексу України, ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень». Обов'язковим є прийняття окремого закону України про заставу земельних ділянок або закріпити юридичну можливість застави земельних ділянок державної та комунальної власності (за умови, що такі земельні ділянки не входять до переліку земель, що не можуть передаватися у приватну власність) в окремому розділі Закону України «Про заставу».

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Лідовець Р.* Форма змішаних договорів / Р. Лідовець // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 7. – С. 24–27.
2. *Мірошніченко А.* Колізії між приписами земельного та цивільного законодавства: перспективи усунення та рекомендації щодо вирішення / А. Мірошніченко // Право України. – 2009. – № 3. – С. 126–131.
3. *Мороз М.* Захист прав орендаря на орендоване майно / М. Мороз // Право України. – 2009. – № 2. – С. 88–93.
4. *Черкашина М.* Особливості правових гарантій у сфері використання та охорони землі / М. Черкашина // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 11. – С. 129–132.
5. *Дзера О.* Загальні положення про правочини в новому Цивільному кодексі України / О. Дзера // Юридична Україна. – 2003. – № 7. – С. 22–26.

Explored question of providing of rights to lot land at acquisition of right of ownership and right for the use on building, necessary terms of reality of pravochinin in relation to lands of lots, questions of ineffectiveness of such pravochinin. Comparison of norms of the Landed and Civil codes of Ukraine is carried out on questions of transition of rights to lot land.

Исследовано вопрос обеспечения прав на земельный участок при приобретении права собственности и права пользования на здание или сооружение, необходимых условий действительности правочинов относительно земельных участков, вопросов недействительности таких правочинов. Осуществлено сравнение норм Земельного и Гражданского кодексов Украины по вопросам перехода прав на земельный участок.

ОКРЕМІ СПОСОБИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ДОГОВОРОМ ЛІЗИНГУ ТА ЇХ ОСОБЛИВОСТІ

Ментух Н. Ф.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

В статті розглядаються питання способів забезпечення господарських зобов'язань, їх види, а також окремі види способів забезпечення господарських зобов'язань за договором лізингу: неустойка, застава, банківська гарантія, договір про зворотний викуп предмета лізингу.

Ключові слова: господарське зобов'язання; неустойка; застава; банківська гарантія; договір про зворотний викуп предмета лізингу.

Постановка проблеми. Розвиток лізингових відносин в більшості випадків залежить від належного забезпечення виконання зобов'язань суб'єктами лізингових відносин. Належне виконання господарських зобов'язань потребує відповідного забезпечення.

Відсутність вторинного ринку обладнання, предмет лізингу не розглядається повною мірою як забезпечення виконання зобов'язань за договором лізингу. Відсутній і ефективний механізм безспірного вилучення предмета лізингу за виконавчим написом нотаріуса. Сама процедура розгляду позовної заяви є досить тривалою, та наступне виконавче провадження не у всіх випадках є ефективним. В окремих випадках лізингові компанії можуть здійснювати примусове вилучення предмета лізингу, що надає можливість лізингодержувачу звернутися до суду з позовом про порушення його прав при вилученні. Факт такого порушення не ставиться в залежність від порушення лізингодержувачем власних зобов'язань за договором лізингу. Все це призводить до необхідності застосування в лізингових операціях різних засобів забезпечення виконання зобов'язань лізингодержувача перед лізингодавцем за договором лізингу.

Аналіз досліджень і публікацій. При написанні цієї статті було використано праці таких вітчизняних та зарубіжних вчених: О. В. Трофімової, С. В. Сарбаш, В. А. Горемікіна, О. С. Іоффе, О. В. Кабатової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, О. Отраднової, Д. А. Гаврина та ін.

Виділення невирішених раніше частин загальної проблеми. Слід зазначити, що, незважаючи на наявність розробок з цієї проблеми, низка питань залишається не дослідженою і потребує ґрунтовного визначення та узагальнення. Тому ця стаття присвячується вирішенню таких проблем як особливості окремих видів забезпечення господарських зобов'язань за договором лізингу.

Формулювання цілей статті. Визначити способи забезпечення господарських зобов'язань, їх особливості, та застосування окремих їх видів за договором лізингу.

Виклад основного матеріалу дослідження. Виконання господарських зобов'язань за договором лізингу забезпечується засобами захисту, які передбачені законом або такі, які йому не суперечать, та заходами відповідальності учасників господарських відносин, передбачених ГК України, ЦК України та іншими законами.

Всі способи забезпечення виконання зобов'язань за господарськими договорами в юридичній літературі прийнято розподіляти на дві групи:

цивільно-правові: неустойка, застава, порука, гарантія, притримання (гл. 49 ЦК України);

господарсько-правові: правова (в тому числі договірна і претензійно-позовна) робота, позитивне стимулювання (надання стороні, яка належним чином або покращеним способом виконала покладені на неї договірні зобов'язання, певних пільг чи додаткових матеріальних благ) та негативне стимулювання (заходи відповідальності, що застосовуються до порушника договірних зобов'язань згідно із законом або договором, а саме, відшкодування збитків, сплата неустойки, оперативно-господарські санкції, зокрема, щодо безспірного вилучення предмета лізингу у випадках, передбачених Законом України «Про лізинг» та договором) [1, с. 150].

Слід зазначити, що в юридичній літературі загалом види забезпечення виконання зобов'язань класифікуються за різними ознаками: за юридичною конструкцією; за правовою природою; за сферою дії; за відношенням виду забезпечення до основного зобов'язання; за обсягом відповідальності.

Так, О. С. Іоффе за юридичною конструкцією способи забезпечення зобов'язань поділяв на пов'язані і непов'язані з попереднім виділенням майна для примусової реалізації обов'язку порушника. До перших належать застава і завдаток, до других – неустойка, порука, гарантія [2, с. 156].

С. В. Сарбаш у своїй праці пропонує класифікацію видів забезпечення зобов'язань, яка має важливе практичне значення. Усі види забезпечення він поділяє на декілька груп.

Так, перша група утворюється за ознакою настання невиконання наслідків для несправної сторони (неустойка, завдаток).

Для другої групи характерним є виділення із майна боржника відокремленої частини, на яку у випадку невиконання зобов'язання кредитор може звернути стягнення (застава).

Третя група відрізняється притягненням інших осіб до забезпечення зобов'язання боржника. У цьому випадку такі особи відповідають разом із боржником або замість боржника (порука, банківська гарантія).

Четвертою класифікуючою ознакою є так звані заходи оперативного впливу (притримання) [3, с. 132].

Що стосується способів забезпечення зобов'язань за договором лізингу, то російський дослідник В. А. Горемікін виділяє у своїй праці такі: неустойка; порука; банківська гарантія; застава і завдаток; інші способи, передбачені законом чи договором [4, с. 870].

Слушною є точка зору вітчизняного дослідника О. В. Трофімової, яка у своїй праці зазначає, що на практиці у лізингових операціях використовуються засоби забезпечення, визначені як такі за законодавством, а також ті, що фактично виконують функцію забезпечення виконання зобов'язань за договором лізингу: неустойка; застава нерухомості, обладнання, товарів в обороті, майнових прав, цінних паперів, іншого майна; авансові платежі за договором лізингу; страхування ризиків загибелі предмета лізингу під час його транспортування та експлуатації або неможливості його вилучення; банківська гарантія; векселі, авальовані надійним з точки зору лізингодавця банком; порука третіх осіб; депоноване в банку або у лізингодавця розпорядження про безспірне списання грошових коштів з рахунку лізингодержувача із визначенням підстав для списання; договір про зворотний викуп предмета лізингу, укладений із продавцем [5, с. 146].

Варто погодитися із О. Селівановським, який у своїй праці визначає такі вимоги до видів забезпечення виконання зобов'язань на фінансових ринках: простота; оперативність стягнення; надійність; ліквідність; переоцінка; правова визначеність; уніфікація з іншими порядками [6, с. 44–45].

Адже, як слушно зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва, що забезпечення зобов'язань є суттєвим чинником їх належного виконання, а від обрання відповідного способу

забезпечення залежить в кінцевому підсумку задоволення тією чи іншою мірою вимог кредиторів [7, с. 22].

Розглянемо деякі способи забезпечення виконання зобов'язань за договором лізингу.

Неустойка. Згідно зі ст. 549 ЦК [8] України неустойкою (штрафом, пенею) є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторі у разі порушення боржником зобов'язання. Штрафом є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання. Пенею є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного зобов'язання за кожен день прострочення виконання.

Слід зазначити, що у науковій літературі стосовно правової природи неустойки серед дослідників немає єдиної точки зору, хоча їх більшість все ж дотримується думки про подвійну правову природу неустойки, яка одночасно є і способом забезпечення виконання зобов'язань, і мірою відповідальності. З моменту підписання сторонами договору, що забезпечується неустойкою, і до моменту порушення зобов'язання неустойка є способом забезпечення виконання зобов'язань. Основне її призначення – стимулювати боржника до належного виконання. Після порушення зобов'язання, тобто в разі невиконання неустойкою забезпечувальної функції, вона втрачає своє забезпечувальне значення та перетворюється на міру відповідальності. Стягнення неустойки стає тим додатковим невігідним наслідком, який покладається на несправного боржника [9, с. 8–9].

Предметом неустойки може бути грошова сума, рухоме та нерухоме майно. Згідно з ч. 2 ст. 551 ЦК України якщо предметом неустойки є грошова сума, її розмір встановлюється договором або актом цивільного законодавства. Законом України від 22.11.1996 р. «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» [10] встановлено, що за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань платники коштів сплачують на користь одержувачів цих коштів за прострочку платежу пеню в розмірі, що встановлюється за згодою сторін, проте який не може перевищувати подвійної облікової ставки НБУ, що діяла у період, за який сплачується пеня.

Неустойка є одним із важливих способів забезпечення належного виконання зобов'язань за договором лізингу, а також найпростішим і найзручнішим засобом майнової відповідальності, що реалізується незалежно від вини порушника та наявності збитків. Тобто єдиною правовою підставою для застосування неустойки є протиправна поведінка особи правопорушника.

Застава є надійним і дуже поширеним способом забезпечення виконання зобов'язань всіх учасників лізингових відносин. Заставою в процесі здійснення лізингової діяльності можуть забезпечуватися потреби про відшкодування збитків, спричинених невиконанням або неналежним виконанням зобов'язань лізингодержувачем і лізингодавцем.

В юридичній літературі науковцями висловлювалися різні міркування з приводу правової природи інституту застави.

Так, на думку Д. Медведєва, оскільки для застави характерні ознаки абсолютності (застава – це речове право кредитора) і відносності (застава – це спосіб забезпечення зобов'язання), то виділення одного з цих елементів права збіднює останнє. Оскільки застава породжує два види

відносин, то, з одного боку, застава – це спосіб забезпечення зобов'язань кредитора, а з іншого, – це *jura in re aliena*, тобто безпосередній правовий зв'язок заставодержателя і речі. Таке визначення свідчить про подвійну природу права застави і характеризує обидві її сторони: зобов'язально-правову (забезпечувальну) і речово-правову (титульну) [11, с. 14–15].

Відповідно до ст. 572 ЦК України в силу застави кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставодавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом (право застави).

Що стосується порядку використання предмета лізингу як застави, то на практиці це є неоднозначним. Це пов'язано з тим, що дане питання не врегульовано Законом України «Про фінансовий лізинг», а тому потрібно звернутися до положень Закону України «Про заставу» [12].

Так, згідно зі ст. 4 даного Закону предметом застави можуть бути майно та майнові права. Тобто предметом застави може бути майно, яке згідно з чинним законодавством могло б бути відчуженим заставодавцем та на яке, у встановленому законом порядку, може бути звернено стягнення. Згідно з ч. 2 ст. 4 Закону України «Про заставу» предметом може бути майно, яке стане власністю після укладення договору застави заставодавця, в тому числі і продукція та інші доходи, якщо про це зазначено в договорі.

Предмет лізингу в заставу може передати як лізингодавець, який протягом всього строку дії договору лізингу є власником предмета лізингу, так і лізингодержувач, якщо в договорі лізингу передбачається набуття його права власності на предмет лізингу після закінчення строку дії договору лізингу. Проте на практиці застава предмета лізингу не завжди відповідає забезпеченням вимог кредитора. Така ситуація пов'язана з тим, що у випадку передання предмета лізингу в заставу лізингодавцем, а також звернення на нього стягнення третіми особами, до визначеного набувача прав лізингодавця на предмет лізингу переходять і обов'язки лізингодавця у випадку задоволення стягнення, визначені договором, тому що згідно з ч. 1 ст. 8 Закону України «Про фінансовий лізинг» [13] у випадку переходу права власності на об'єкт лізингу від лізингодавця до іншої особи договір лізингу зберігає чинність щодо нового власника.

Що стосується використання як предмета застави майнових прав за договором лізингу, то згідно зі ст. 4 Закону України «Про заставу» заставодавець може укласти договір застави, як належних йому прав вимоги по зобов'язаннях у яких він є кредитором, на момент укладення договору, так і тих, які можуть виникнути у майбутньому. З цією метою вважаємо за необхідне на практиці в лізингових операціях використовувати як предмет застави майнові права сторін за договором лізингу, а не предмет лізингу. Тому що не кожне обладнання, яке передається в лізинг, є ліквідним. Тут важливе місце має правильна оцінка кон'юнктури ринку, на якому у випадку невиконання умов договору лізингодержувачем, майно – предмет лізингу може бути реалізовано (продане чи повторно здане в тимчасове користування). При цьому вагоме значення має правильна оцінка майна – предмета лізингу як за рахунок динаміки ринку, так і за рахунок фізичного та морального старіння

даного майна в процесі дії договору. Треба пам'ятати, що будь-які ринкові обмеження предмета лізингу (його несерійність, особливі технічні характеристики тощо) будуть не лише негативно позначатися на оцінці ризику даної угоди, а й стануть підставою потреб лізингодавця щодо додаткових гарантій угоди.

Тому більш ліквідною заставою для кредиторів по зобов'язаннях лізингодавця буде вважатися застава права вимоги до лізингодержувача щодо сплати лізингових платежів за договором лізингу. Що стосується кредиторів лізингодержувача, то як предмет застави доцільно використовувати право використання предмета лізингу за договором лізингу з можливістю подальшого переоформлення даного договору у договір застави предмета лізингу під час переходу права власності на предмет лізингу до лізингодержувача.

Отже, заставою у всіх випадках забезпечуються лише наявні потреби, які за своїм змістом не суперечать закону і виникають із положень, передбачених законодавством. Заставою можуть забезпечуватися і вимоги про відшкодування збитків, спричинених невиконанням чи неналежним виконанням зобов'язань лізингодержувачем і лізингодавцем, хоча дані вимоги можуть і не виникати, якщо боржник належним чином виконає своє зобов'язання.

Банківська гарантія. Останнім часом в господарській практиці багатьох суб'єктів поширеним способом виконання зобов'язань є банківська гарантія.

Д. О. Гаврін, аналізуючи положення російського та зарубіжного законодавства, у своїй праці зазначає, що під гарантією як способом забезпечення зобов'язань слід розуміти зобов'язання гаранта виплатити бенефіціару грошову суму на просту вимогу чи на вимогу з наданням документів згідно з умовами зобов'язання, із яких випливає, що принципал порушив забезпечуване (основне) зобов'язання [14, с. 83].

Згідно зі ст. 560 ЦК України за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку.

Розвиток лізингу в Україні у багатьох випадках залежить і від надійних гарантій, які скорочують фінансові ризики, під які можуть підпадати учасники лізингової операції. Для лізингодавців важливим є отримання гарантій своєчасного повернення лізингових платежів, страховий захист від втрат в результаті невиконання зобов'язань, у випадку тимчасової чи повної неплатоспроможності лізингодержувачів, відмови лізингодержувача виконати передбачене договором зобов'язання щодо викупу лізингового обладнання за залишковою вартістю тощо. Тобто питання визначення гарантій є невід'ємною складовою при укладенні будь-якого договору лізингу. Адже при проведенні переговорів з потенційним лізингодержувачем лізингові компанії намагаються виявити всі можливі способи для фінансового забезпечення своїх ризиків. Не надавши лізинговій компанії ліквідної стопроцентної гарантії виконання своїх зобов'язань, щойно створені підприємства або підприємства, які не мають хорошої кредитної історії, практично не мають можливості отримати обладнання в лізинг навіть для високорентабельного виду діяльності.

Гарантійні угоди використовуються для забезпечення повернення відповідних фінансових засобів лізинговим компаніям. Ця угода укладається між лізингодавцем, відповідною компанією і фінансовою установою, яка виступає як гарант лізингової угоди. У випадку порушення зобов'язань лізингодержувач відшкодовує лізингодавцю понесені витрати.

Згідно з визначенням договору фінансового лізингу, зазначеного в ст. 1 Закону України «Про фінансовий лізинг» важливим є набуття і передання предмета лізингу. При цьому лізингодержувач зацікавлений в набутті якісного виробничого майна, виходячи із співвідношення його ціни і якості. В цьому самому зацікавлений і лізингодавець, бо високі виробничі можливості предмета лізингу – гарантія конкурентоспроможності виготовленої продукції і достатності її реалізації для своєчасної сплати лізингових платежів. Гарантією для лізингодавця в цьому випадку буде власне вивчення і проведення маркетингових розслідувань як ринку обладнання, так і ризику продукції, виробленої на цьому обладнанні.

За договором фінансового лізингу лізингодавець зобов'язується набути річ у продавця (постачальника). Отже, звідси випливає, що ризик непоставки чи несвоечасної поставки відповідного обладнання, а також поставка обладнання, яка за зовнішніми своїми ознаками не відповідає умовам договору купівлі-продажу, покладається на продавця (постачальника). Тому гарантією для лізингодавця і для лізингодержувача (як його клієнта) буде стягнення штрафу з порушника і можливість вимоги заміни неякісного обладнання.

Проте, враховуючи складність проведення лізингових операцій, необхідно розробити такі додаткові заходи щодо забезпечення договору лізингу: цінні гарантії; договір гарантії продавця (постачальника) про відшкодування шкоди лізингодавцю за непостачання або несвоечасне постачання певного обладнання; зобов'язання продавця (постачальника) викупити обладнання за ринковою ціною у випадку дефолту лізингодержувача; застава іншого, ніж передбачено в договорі, майна лізингодержувача тощо.

Договір про зворотний викуп предмета лізингу

На відміну від договору про викуп предмета лізингу лізингодержувачем після закінчення строку дії договору лізингу, постачальники обладнання, оцінюючи великі перспективи лізингу для розвитку торгівлі, пропонують лізингодавцям використання механізму зворотного викупу (buy-back). Цей договір є достатньо ефективним способом захисту майнових інтересів лізингодавця. За цим договором продавець (постачальник) бере на себе зобов'язання викупити предмет лізингу у лізингодавця після його вилучення у лізингодержувача у випадку порушення останнім умов договору лізингу.

Договір про зворотний викуп надає можливість постачальнику повторно реалізувати це обладнання. Після продажу обладнання постачальник сплачує лізингодавцю кошти, одержані від продажу за відрахуванням витрат на транспортування, зберігання, демонтаж та комісії постачальника за повторну реалізацію. Сторони мають право передбачити інші способи визначення вартості майна, що викупується, та розробити порядок розрахунків.

Висновки. Отже, враховуючи те, що кредитний ризик, який пов'язаний із вітчизняними підприємствами,

залишається доволі високим, то лізинг є нічим іншим як середньостроковим банківським кредитуванням, за яким банки та лізингові компанії додатково до збереження права власності на предмет лізингу вимагають багатогранного забезпечення виконання зобов'язань за договором.

Перспективи подальших розвідок. Сформульовані в статті теоретичні положення можуть бути використані у навчальному процесі, а також служити предметом дослідження для глибшого вивчення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Господарське право: Практикум* / В. С. Щербина, Г. В. Пронська, О. М. Вінник та інші; За заг. ред. В. С. Щербини. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 320 с.
2. *Иоффе О. С.* Обязательное право/ О. С. Иоффе. – М., 1975. – 880 с.
3. *Сарбаш С.* Способы обеспечения исполнения обязательств/ С. Сарбаш // Хазайство и право. – 1995. – № 10. – С. 130–139.
4. *Горемыкин В. А.* Лизинг. Учебник / В. А. Горемыкин [изд. 2-е, исправленное и дополненное] – М.: Информационно-издательский дом «Филинь»; Информцентр XXI века, 2005. – 944 с.
5. *Трофімова О. В.* Правове регулювання лізингової діяльності в Україні/О. В. Трофімова. – К.:КИТ. – 2005. – 216 с.

The issue of economical liabilities methods providing, their types and separate methods of economical liabilities providing by leasing contract such as: penalty, mortgage, bank guaranty, leas-back.

В статье рассматриваются вопросы способов обеспечения хозяйственных обязательств, их виды, а также рассматриваются отдельные способы обеспечения хозяйственных обязательств за договором лизинга, такие как: неустойка, залог, банковская гарантия, договор об обратном выкупе предмета лизинга.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТРОКІВ У ДОГОВОРІ ОРЕНДИ ДЕРЖАВНОГО ТА КОМУНАЛЬНОГО МАЙНА

Хашівська Н. В.,

аспірантка НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

У статті проаналізовано особливості цивільно-правового регулювання строків у договорі оренди державного та комунального майна, як одного із видів договорів про передання майна у тимчасове користування.

Ключові слова: договір оренди, строк (термін), цивільні права та обов'язки, захист прав, процесуальні строки, державне та комунальне майно, істотні умови договору.

Одним з напрямів підвищення ефективності використання майна державних і комунальних підприємств та організацій у сучасних умовах є передання його в оренду фізичним і юридичним особам. За допомогою оренди реалізуються як інтереси власника щодо отримання доходу з наявних у нього виробничих фондів, так і інтереси орендаря, який, не обтяжуючи себе щоразу придбанням необхідного обладнання, устаткування тощо у власність, має змогу ефективно використовувати найняте ним майно для здійснення своєї статутної діяльності.

Правовому регулюванню відносин щодо передання майна у тимчасове користування присвячено гл. 58 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) [1] «Найм (оренда)», §5 гл. 30 Господарського кодексу України (далі – ГК) [2] «Оренда майна та лізинг». Оренда цілісних майнових комплексів державних і комунальних підприємств, їх структурних підрозділів, а також окремого індивідуально визначеного державного і комунального майна регулюється Законом України «Про оренду державного і комунального майна» в редакції

6. *Селивановский А.* Обеспечение исполнения обязательств на финансовых рынках/ А. Селивановский // Хозяйство и право. – 2006. – № 2. – с. 42–55.

7. *Спасибо-Фатеева И.* Поручка і гарантія як способи забезпечення зобов'язань/І. Спасибо-Фатеева // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 3. – С. 22–25.

8. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV* // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

9. *Отраднава О. О.* Неустойка в цивільному праві: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец.12.00.03 ««Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право»/ О. О. Отраднава. – К., 2002. – 20 с.

10. *Закон України від 22 листопада 1996 р.* «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 5. – Ст. 28.

11. *Медведев Д. А.* Российский закон о залоге/ Д. А. Медведев // Правоведение. – 1992. – № 5. – С. 14–17.

12. *Закон України від 2 жовтня 1992 р.* «Про заставу» // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 47. – Ст. 642.

13. *Закон України від 11 грудня 2003 р.* «Про фінансовий лізинг» // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 15. – Ст. 231.

14. *Гаврин Д. А.* Гарантия как способ обеспечения обязательств: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03/Д. А. Гаврин. – Екатеринбург, 2007. – 249 с.

Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про оренду державного і комунального майна» від 4 лютого 2009 р. [3]. Нормами цього Закону можуть регулюватися відносини щодо оренди майна інших форм власності, якщо інше не передбачено законодавством або договором оренди.

Визначення договору оренди майна у сфері господарювання дано у ч. 1 ст. 283 ГК України: за договором оренди одна сторона (орендодавець) передає другій стороні (орендареві) за плату на певний строк у користування майно для здійснення господарської діяльності.

У статті 2 Закону України «Про оренду державного і комунального майна» під орендою розуміється основане на договорі строкове платне користування майном, необхідним орендареві для здійснення підприємницької та іншої діяльності.

З наведеного визначення випливає, що:

– по-перше, орендні відносини мають виключно договірний характер і не можуть виникати на підставі адміністративно-управлінських актів;

– по-друге, оренда передбачає передачу майна у користування (без надання права орендареві розпоряджатися орендованим майном);

– по-третє, таке користування є платним, що забезпечується внесенням орендарем орендодавцеві орендної плати у визначених розмірах;

– по-четверте, оренда передбачає передання майна у строкове (тимчасове) користування. У разі закінчення строку, на який було укладено договір оренди, цей договір припиняється.

Майно, що передається в оренду, може використовуватися орендарем для здійснення як підприємницької (виробництво продукції, виконання робіт, надання послуг, заняття торгівлею), так і іншої (задоволення лікувально-оздоровчих, просвітницьких, культурно-спортивних потреб тощо) діяльності.

Метою цієї статті є визначення особливостей цивільно-правового регулювання строків у договорі оренди державного та комунального майна, як одного із видів договорів про передавання майна у тимчасове користування.

Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони у належній формі досягли згоди з усіх істотних умов. Істотними є умови про предмет і ті умови, які визнані такими за законом або необхідні для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою однієї з сторін має бути досягнуто згоди. Особливістю договору оренди земельної ділянки є визначений законом перелік істотних умов договору. Так, згідно з ч. 1 ст. 284 ГК України і ст. 10 Закону України «Про оренду державного і комунального майна» істотними умовами договору оренди є: об'єкт оренди (склад і вартість майна з урахуванням індексації оренди); термін, на який укладається договір; орендна плата з урахуванням її індексації; порядок використання амортизаційних відрахувань; відновлення орендованого майна та умови його повернення; виконання зобов'язань; забезпечення виконання зобов'язань – неустойка (штраф, пеня), порука, завдаток, гарантія тощо; порядок здійснення орендодавцем контролю за станом об'єкта оренди; відповідальність сторін; страхування орендарем узятого ним в оренду майна; обов'язки сторін щодо забезпечення пожежної безпеки орендованого майна.

За угодою сторін у договорі оренди можуть бути передбачені й інші умови, зокрема, щодо використання орендарем об'єкта оренди за цільовим призначенням.

Дуже важливим для забезпечення стабільності взаємовідносин сторін є правило про те, що умови договору оренди є чинними на весь строк дії договору, коли після його укладення законодавством встановлюються правила, які погіршують становище орендаря.

На нашу думку, застосування у Законі України «Про оренду державного і комунального майна» поняття «термін, на який укладається договір оренди» суперечить чинному законодавству, зокрема ЦК України, який у ст. 251 чітко вказує на те, що строком є певний період у часі, зі впливом якого пов'язана певна дія чи подія, яка має юридичне значення, а терміном, у свою чергу, є певний момент у часі, з настанням якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення. Більше того, у змісті ч. 4 ст. 10 Закону України «Про оренду державного і комунального майна» має місце і поняття «строку дії договору оренди», а ст. 12 цього ж Закону говорить про момент укладення

договору оренди, який, по суті, у даному випадку виступає терміном його укладення. Тому з метою усунення суперечностей діючих законодавчих актів та приведення їх у відповідність один до одного пропонуємо викласти норми Закону у такій редакції:

– п. 2 ч. 1 ст. 10 Закону України «Про оренду державного і комунального майна»:

«строк, на який укладається договір оренди»;

– ст. 17 Закону «Строк договору оренди»:

п. 1. «Строк договору оренди визначається за погодженням сторін»;

п. 2. «У разі відсутності заяви однієї із сторін про припинення або зміну умов договору оренди протягом одного місяця після закінчення строку дії договору він вважається продовженим на той самий строк і на тих самих умовах, які були передбачені договором»;

п. 3. «Після закінчення строку дії договору оренди орендар, який належним чином виконував свої обов'язки, має переважне право, за інших рівних умов, на продовження договору оренди на новий строк. Умови договору оренди на новий строк встановлюються за домовленістю сторін. У разі недосягнення домовленості щодо умов договору переважне право орендаря на укладення договору припиняється»;

– ч. 2 ст. 22 Закону:

«орендар має право передати в суборенду нерухоме та інше окреме індивідуально визначене майно (окремі верстати, обладнання, транспортні засоби, нежилі приміщення тощо), якщо інше не передбачено договором оренди. При цьому строк надання майна у суборенду не може перевищувати строку дії договору оренди».

Отже, до істотних умов договору оренди, крім усіх інших, закон відносить строк дії договору, який визначається за погодженням сторін (ч. 1 ст. 763 ЦК України, ч. 4 ст. 284 ГК України, ст. 17 Закону України «Про оренду державного і комунального майна»). Як правило, всі умови, які повинні бути дотримані при виконанні зобов'язання (предмет, строк, спосіб, місце), мають однакове значення, і недотримання будь-якої з них є рівнозначним невиконанню зобов'язання. Іноді деяка умова (наприклад, місце виконання) відіграє вирішальну роль, а порушення інших умов може бути визнане можливим. Дуже часто важливим є надати предмет саме у певний строк, а всі інші умови є, начебто, другорядними. Однак всі умови належного виконання зобов'язання рівнозначні не тільки з точки зору кредитора, а й самі по собі, оскільки неможлива передача 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.

Цікавим є запитання про те, чи вважатиметься укладеним договір оренди, в якому погоджено всі інші істотні умови, а конкретний строк оренди не встановлений? У роз'ясненні Президії Вишого арбітражного суду України «Про деякі питання практики застосування Закону України «Про оренду державного майна» від 7 грудня 1995 р. [4] (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 у будь-який час, попередивши про це другу 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, як зазначає В. В. Луць, 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 (ст. 10), а договір оренди вважається укладеним з моменту досягнення домовленості з усіх істотних умов і підписання сторонами тексту договору (ст. 12 Закону) [5, с. 191]. Необхідність чіткого визначення у договорі строку оренди майна підкріплюється і деякими іншими положеннями названого закону, що стосуються продовження дії договору на новий строк. Часто буває так, що після закінчення строку договору орендар продовжує користуватися майном, виконує інші обов'язки за договором, а орендодавець проти цього не заперечує. За загальним правилом, закріпленим у ст. 764 ЦК України, якщо наймач продовжує користуватися майном після закінчення строку договору найму, то, за відсутності заперечень наймодавця протягом одного місяця, договір вважається поновленим на строк, який був раніше встановлений договором. Дещо інакше сформульоване дане положення у ч. 2 ст. 17 Закону України «Про оренду державного і комунального майна», відповідно до якого у разі відсутності заяви однієї із сторін про припинення або зміну умов договору оренди протягом одного місяця після закінчення терміну дії договору, він вважається продовженим на той самий термін і на тих самих умовах, які були передбачені договором. Крім того, орендар, який належним чином виконував свої обов'язки, після закінчення строку договору оренди має переважне право, за інших рівних умов, на продовження договору оренди на новий строк. Розглянемо такий приклад.

ЗАТ звернулося до господарського суду із позовом до комунального підприємства про визнання договору оренди поновленим на визначений у договорі строк та зобов'язати відповідача належним чином виконувати обов'язки орендодавця за поновленим договором оренди, в тому числі своєчасно виставляти рахунки для оплати орендної плати та належним чином приймати від ЗАТ кошти в оплату орендованих приміщень.

Рішенням місцевого господарського суду позовні вимоги задоволено повністю.

Постановою Вищого господарського суду України скасовано рішення місцевого господарського суду, а справу направлено на новий розгляд до господарського суду першої інстанції. В основу постанови касаційного суду покладено висновок про те, що в порушення вимог ст. 43 ГПК України господарський суд не дослідив претензію, надіслану позивачу комунальним підприємством по утриманню житлового господарства щодо припинення договору оренди.

Верховний Суд України, скасовуючи постанову Вищого господарського суду України, вказав на те, що господарським судом встановлено, що на виконання

рішення міської ради між комунальним підприємством та ЗАТ було укладено договір оренди. Відповідно до договору товариство отримало в орендне користування для розміщення магазину нежиле приміщення та визначено строк дії договору. Також договором визначено, що договір втрачає чинність з моменту приватизації орендованого приміщення. Господарським судом встановлено, що спірне приміщення позивачем приватизовано не було. Одночасно господарським судом встановлено, що комунальним підприємством району, що є правонаступником Державного комунального підприємства по експлуатації та ремонту житлового фонду районної державної адміністрації, було направлено претензію на адресу ЗАТ, в якій повідомлялось, що договір оренди закінчує дію, та вказувалось на необхідність звернення до районної державної адміністрації для продовження строку дії.

Статтею 17 Закону України «Про оренду державного і комунального майна» встановлено, що у разі відсутності заяви однієї зі сторін про припинення або зміну умов договору оренди протягом одного місяця після закінчення терміну дії договору він вважається продовженим на той самий термін і на тих самих умовах, які були передбачені договором.

Господарським судом встановлено відсутність заяв сторін договору протягом одного місяця після закінчення строку дії договору оренди про припинення або зміну умов договору оренди. Після закінчення строку дії договору оренди ЗАТ продовжувало користуватися приміщенням і сплатило платіжні вимоги-доручення на перерахування щомісячної орендної плати за договором оренди, направлені йому комунальним підприємством по утриманню житлового господарства, підставою для нарахування яких слугували складені орендодавцем щомісячні акти виконаних робіт по наданню приміщення в оренду на підставі договору.

Отже, врахувавши встановлені факти, господарський суд правильно застосував положення ст. 17 Закону України «Про оренду державного і комунального майна» і дійшов обґрунтованого і законного висновку про визнання договору оренди продовженим на той самий строк і на тих самих умовах, які були передбачені договором.

Враховуючи викладене, Верховний Суд України дійшов такого висновку: скасувати постанову Вищого господарського суду України, а рішення місцевого господарського суду залишити в силі [6].

Сторонами договору оренди є орендодавець і орендар. При оренді державного і комунального майна орендодавцями є: Фонд державного майна України, його регіональні відділення та представництва – щодо цілісних майнових комплексів підприємств, їх структурних підрозділів та нерухомого майна, що є державною власністю; органи, уповноважені Верховною Радою Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування управляти майном, – щодо цілісних майнових комплексів підприємств, їх структурних підрозділів та нерухомого майна, яке відповідно належить Автономній Республіці Крим або перебуває у комунальній власності; підприємства – щодо окремого індивідуально визначеного майна, а з дозволу вищезазначених орендодавців – також цілісних майнових комплексів, структурних підрозділів (філій, цехів, дільниць) та нерухомого майна.

Орендарями державного і комунального майна можуть бути господарські товариства, створені членами трудового колективу державного підприємства, його структурного підрозділу, інші юридичні особи та громадяни України, фізичні та юридичні особи іноземних держав, міжнародні організації та особи без громадянства. Фізична особа, яка бажає укласти договір оренди державного майна, до його укладення повинна зареєструватися як суб'єкт підприємницької діяльності. При оренді майна, яке належить до інших форм власності (приватної, змішаної тощо), орендодавцями і орендарями можуть бути будь-які юридичні або фізичні особи.

За договором оренди державного і комунального майна сторони пов'язані взаємними правами та обов'язками.

Здійснення цивільних прав у часовому відношенні нерозривно пов'язане із строками виконання цивільних обов'язків. Насамперед це проявляється при реалізації суб'єктами цивільних правовідносин права вимоги, особливо у тих випадках, коли правомочна особа може вимагати від зобов'язаної особи (суб'єкта права) виконання певних активних дій в межах конкретних строків або до відповідного терміну.

Поряд зі строками здійснення цивільних прав та виконання цивільних обов'язків існують і строки захисту цивільних прав. При цьому конкретними строками здійснення цивільних прав є: 1) строки існування певного суб'єктивного права; 2) присікальні (преклюзивні) строки; 3) гарантійні строки, а строками захисту, в свою чергу, є строки, які надані уповноваженій особі для звернення до компетентних державних чи громадських органів з вимогою про примусове здійснення і захист свого права, це претензійні строки та строки позовної давності [7, с. 60].

Правова природа строків здійснення цивільних прав пов'язана з належним учасникам цивільних правовідносин суб'єктивним правом, тому, звертаючи на це особливу увагу, строками здійснення цивільних прав можна назвати строки, протягом яких особа, що має суб'єктивне право, може реалізувати ті можливості, які закладені саме в суб'єктивному праві.

Строки існування цивільних прав представляють собою строки дії суб'єктивних прав у часі. Основне їх призначення полягає у забезпеченні уповноваженим особам часу для реалізації їх прав. Зі спливом такого строку суб'єктивне цивільне право припиняється, а можливість його реалізації втрачається. Прикладом існування цивільних прав є строк суборенди, який не може перевищувати строку дії договору оренди державного і комунального майна (ст. 22 Закону України «Про оренду державного і комунального майна»).

Присікальні (преклюзивні) строки встановлюють межі існування цивільних прав. Вони надають уповноваженим особам суворо визначений час для реалізації їх прав під загрозою припинення цих прав. Відмінність присікальних строків від строків існування цивільних прав полягає у тому, що строки існування цивільних прав визначають нормальну тривалість цих прав, а присікальні строки мають своє призначення у достроковому припиненні суб'єктивних прав у випадку їх нездійснення чи неналежного здійснення. Прикладом присікального строку є положення ч. 2 ст. 17 Закону України «Про оренду державного і комунального майна», згідно з яким, у разі відсутності заяви однієї із

сторін про припинення або зміну умов договору оренди протягом одного місяця після закінчення терміну дії договору, він вважається продовженим на той самий термін і на тих самих умовах, які були передбачені договором. Такого типу строки є, по суті, санкціями за неналежне здійснення або нездійснення прав, як правило, достроково припиняючими саме суб'єктивне цивільне право.

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.

Основними обов'язками орендодавця за договором оренди державного і комунального майна є:

передати об'єкт оренди орендареві у строки і на умовах, визначених у договорі оренди. У разі порушення цього зобов'язання орендар має право вимагати від орендодавця передання об'єкта та відшкодування збитків, завданих затриманням передання, або відмовитись від договору і вимагати відшкодування збитків, завданих йому невиконанням договору оренди;

проводити за власний рахунок капітальний ремонт зданого в оренду майна, якщо інше не передбачено законом або договором.

За договором оренди орендаря може бути зобов'язано використовувати об'єкт оренди за цільовим призначенням відповідно до профілю виробничої діяльності підприємства, майно якого передано в оренду, та виробляти продукцію в обсягах, необхідних для задоволення потреб регіону. У разі розірвання договору оренди, закінчення строку його дії та відмови від його продовження або банкрутства орендаря він зобов'язаний повернути орендодавцеві об'єкт оренди на умовах, зазначених у договорі. Якщо орендар допустив погіршення стану орендованого майна або його загибель, він повинен відшкодувати орендодавцеві збитки, якщо не доведе, що погіршення або загибель майна сталися не з його вини.

Орендар також зобов'язаний:

— використовувати та зберігати орендоване майно відповідно до умов договору, запобігати його пошкодженню, псуванню;

— вносити орендну плату своєчасно і в повному обсязі. За ч. 1 ст. 286 ГК України і ст. 19 Закону України «Про оренду державного і комунального майна» орендна плата є фіксованим платежем, який вносить орендар орендодавцеві незалежно від наслідків своєї господарської діяльності. Зміна розміру орендної плати під час дії договору оренди можлива за угодою сторін. Строки внесення орендної плати, як правило, визначаються у договорі, проте Методика розрахунку використання плати за оренду державного майна, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 4 жовтня 1995 р. № 786 [8], рекомендує в договорі оренди цілісного майнового комплексу державного підприємства встановлювати, що сплата орендних платежів має проводитися щоквартально в 5-денний термін від дати, встановленої для подання квартальних бухгалтерських звітів (балансів), а за IV квартал – у 10-денний термін від дати, встановленої для подання річного бухгалтерського звіту (балансу).

Договором оренди можуть бути встановлені й інші обов'язки сторін, а також передбачатися санкції за

невиконання або неналежне виконання обов'язків як орендарем, так і орендодавцем.

Претензійні строки, як строки захисту цивільних прав, встановлюють строк, протягом якого уповноважений суб'єкт має право, а іноді і повинен звернутися безпосередньо до зобов'язаної особи з метою врегулювання неузгодженостей перед зверненням до суду за захистом своїх порушених прав. Встановлення такого правила викликане спробою законодавця скоротити кількість судових справ, зменшити непродуктивні процесуальні витрати і прискорити відновлення порушених цивільних прав у тих випадках, коли обставини справи достатньо очевидні, між сторонами немає спору, і питання про захист порушеного права може бути вирішене у добровільному порядку. Отже, будь-який претензійний строк є, насамперед, строком, встановленим для звернення уповноваженої особи безпосередньо до зобов'язаної з вимогою здійснення останнім певних дій чи утримання від їх здійснення. Результатом такого звернення може стати визнання того чи іншого права, відновлення становища, яке існувало до порушення права, відшкодування збитків тощо. Так, відповідно до ч. 3 ст. 13 Закону України «Про оренду державного і комунального майна», якщо орендодавець у строки і на умовах, визначених у договорі оренди, не передасть орендареві об'єкт оренди, орендар має право вимагати від орендодавця передання об'єкта та відшкодування збитків, завданих затриманням передання, або відмовитися від договору і вимагати відшкодування збитків, завданих йому невиконанням договору оренди. Однак ця норма не встановлює строків пред'явлення таких вимог.

Позовна давність визначається цивільним законодавством як строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права та інтересу (ст. 256 ЦК України).

Одностороння відмова від договору оренди не допускається. Договір оренди припиняється у разі: 1) закінчення строку, на який його було укладено; 2) приватизації об'єкта оренди орендарем чи за його участю; 3) ліквідації (банкрутства) орендаря; 4) загибелі об'єкта оренди.

Договір оренди може бути розірваний за погодженням сторін. На вимогу однієї із сторін договір оренди може бути достроково розірваний за рішенням суду в разі невиконання сторонами своїх зобов'язань та з інших підстав, передбачених законодавчими актами України.

Управління з питань комунального майна, приватизації та підприємництва районної ради (далі – Управління) звернулось із позовом до ТОВ, за участю третьої особи – районної ради, про дострокове розірвання договору оренди, виселення та зобов'язання передати нежитлові приміщення. Позивач зазначав, що між Комунальним підприємством по утриманню житлового господарства (далі – КП по УЖГ), правонаступником якого в частині орендних відносин є Управління, та ТОВ було укладено договір оренди, відповідно до умов якого відповідачу було передано в строкове платне користування нежитлове приміщення.

Позивач посилався на те, що відповідач систематично порушував умови договору щодо внесення орендних платежів в повному обсязі, у зв'язку з чим виникла заборгованість. Управління просило задовольнити його позовні вимоги на підставі п. 3 ст. 26, ч. 1 ст. 27 Закону

України «Про оренду державного і комунального майна», ст. 782, 783, 785 ЦК України.

Рішенням місцевого господарського суду, залишеним без змін постановою апеляційного господарського суду, позов задоволено. Постановою Вищого господарського суду України постанову апеляційного господарського суду залишено без змін.

Верховний Суд України, скасовуючи постанову Вищого господарського суду України, вказав на те, що відповідно до ч. 3 ст. 26 Закону України «Про оренду державного і комунального майна» за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін договір оренди може бути розірвано достроково у разі невиконання сторонами своїх зобов'язань та з інших підстав, передбачених законодавчими актами України.

Частиною 3 ст. 291 ГК України встановлено, що договір оренди може бути достроково розірвано з підстав, передбачених ЦК України для розірвання договору найму, в порядку, встановленому ст. 188 ГК України.

Підстави, за яких наймодавець має право вимагати розірвання договору найму, встановлені ст. 782, 783 ЦК України. Таке право наймодавець має у разі, коли наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд; користується річчю всупереч договору або призначенню речі; без дозволу наймодавця передає річ у користування іншій особі; своєю недбалою поведінкою створює загрозу пошкодження речі; не розпочав проведення капітального ремонту (якщо обов'язок його проведення був покладений на наймача).

Розглянувши спір щодо розірвання договору оренди, суд не звернув уваги на те, що на підставі рішення, прийнятого районною радою, додатковою угодою до договору оренди нежитлового приміщення були внесені зміни – замінено орендодавця КП по УЖГ на Управління, збільшено площу нежитлового приміщення, що передається ТОВ в оренду, збільшено розмір орендної плати до місячного розміру.

Задовольняючи позов, господарський суд не встановив розмір у заборгованості ТОВ з орендної плати за договором оренди цього приміщення та чи є цей розмір підставою для розірвання договору відповідно до вимог ст. 782, 783 ЦК України.

На виконання ухвали апеляційного господарського суду позивачем проведено розрахунок боргу відповідача за договором оренди нежитлових приміщень та визначено його розмір.

Заперечуючи проти пред'явленого позову, представник ТОВ вказував на визначення позивачем розміру щомісячної орендної плати з порушенням умов договору оренди та відсутність заборгованості відповідача.

Як визначено ст. 188 ГК України, сторона договору, яка вважає за необхідне розірвати договір, повинна надіслати пропозицію про це другій стороні за договором, яка, в свою чергу, у двадцятиденний строк повинна повідомити другу сторону про результати розгляду. У разі недосягнення сторонами договору згоди щодо розірвання договору чи неодержання відповіді в установлений строк, заінтересована сторона має право передати спір на вирішення суду.

Судом не досліджувалися обставини щодо дотримання позивачем порядку розірвання договору оренди, встановленого ст. 188 ГК України. Враховуючи наведене, всі постановлені у справі судові рішення підлягають скасуванню з переданням справи на новий розгляд до суду першої інстанції [9].

Висновки. Договір оренди державного та комунального майна є одним із видів договорів про передання майна у тимчасове користування. За допомогою оренди реалізуються як інтереси власника щодо отримання доходу з наявних у нього виробничих фондів, так і інтереси орендаря, який, не обтяжуючи себе щоразу придбанням необхідного обладнання, устаткування тощо у власність, має змогу ефективно використовувати найняте ним майно для здійснення своєї статутної діяльності.

Здійснення цивільних прав у часовому відношенні нерозривно пов'язане із строками виконання цивільних обов'язків. Насамперед це проявляється при реалізації суб'єктами цивільних правовідносин права вимоги, особливо у тих випадках, коли правомочна особа може вимагати від зобов'язаної особи (суб'єкта права) виконання певних активних дій в межах конкретних строків або до відповідного терміну.

Поряд зі строками здійснення цивільних прав та виконання цивільних обов'язків існують і строки захисту цивільних прав. З матеріальними строками захисту цивільних прав, у свою чергу, тісно пов'язані саме процесуальні строки, які також слід враховувати при визначенні загальної тривалості процесу захисту порушених прав від моменту порушення цивільного права до моменту захисту. Поряд з процесуальними строками також можна

виокремити процедурні строки, які можуть належати як до строків здійснення цивільних прав, так і до строків захисту.

Список використаної літератури:

1. *Цивільний кодекс України*: прийнятий 16 січня 2003 року. – К.: Істина, 2003. – 368 с.
2. *Господарський кодекс України*: офіційний текст. – К.: Кондор, 2004. – 208 с.
3. *Закон України «Про оренду державного та комунального майна»* // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 15. – Ст. 99; № 31. – Ст. 244.
4. *Збірник офіційних документів Вищого арбітражного суду України*. – К., 1995. – С. 154–155.
5. *Луць В. В.* Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов./ В. В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 576 с.
6. *Спів навколо договору оренди*// Юридична газета. – 5 травня 2009 р. – № 18–19. – С. 17.
7. *Вахоньса Т. М.* Строки (терміни) у цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 224 с.
8. *Методика розрахунку використання плати за оренду державного майна, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 4 жовтня 1995 р. № 786// ЗП України*. – 1996. – № 2. – Ст. 57.
9. *Договір оренди нежитлового приміщення*// Юридична газета. – 14 квітня 2009 р. – № 15. – С. 12.

Khashchivska Nadiya in the article analyses the features of the civil legal adjusting of terms in the contract of lease of state and municipal property, as one of types of agreements about the transfer of property in temporal using.

В статье проанализированы особенности гражданско-правового регулирования сроков в договоре аренды государственного и коммунального имущества, как одного из видов договоров о передаче имущества во временное пользование.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА СТРОКІВ У ПІДРЯДНИХ ДОГОВОРАХ

Пленюк М. Д.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

У статті на основі положень нового Цивільного та Господарського кодексів України (2003 р.) і деяких інших нормативно-правових актів, а також враховуючи висловлені в юридичній літературі думки, визначається поняття цивільно-правових строків (термінів), дається їх класифікація щодо підрядних договірних відносин, зокрема, розкриваються поняття і сутність «розумних» та інших строків, які встановлюються у підрядних договорах.

Ключові слова: договірні відносини, підрядні роботи, строки (терміни), «розумні» строки.

Прийняття Цивільного (надалі – ЦК), Господарського (надалі – ГК) кодексів України 2003 р. та деяких інших нормативно-правових актів внесло значні зміни у регулювання договірних відносин взагалі і майнових підрядних відносин зокрема. Так, договори підряду широко використовуються у цивільному обороті. Завдяки цим договорам забезпечується будівництво і введення в експлуатацію нових об'єктів, розширення, реконструкція і технічне переоснащення діючих підприємств і соціальних об'єктів та забезпечення побутових потреб громадян у певних видах робіт, проведення маркетингових досліджень, здійснення аудиторських перевірок господарюючих суб'єктів тощо. Як зазначає О. Л. Абрамцова, договір підряду для замовника є гарантією того, що його потреби в одержанні результату певних робіт будуть задоволені належним чином, а для підрядника – що його діяльність стане потрібною, і її результати будуть еквівалентно оплачені. В цілому для цивільного обороту договір підряду виконує регулятивну функцію в цій сфері, оскільки

організовує і впорядковує процес проведення робіт, що приводить в кінцевому результаті до удосконалення підрядних відносин [1, с. 48 – 49].

У ЦК України регулюванню підрядних договірних відносин присвячено главу 61 (ст. 837 – 891). Загальним для всіх підрядних договорів є визначення, що за договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на власний ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу (ч. 1 ст. 837 ЦК України).

Істотною ознакою, яка характеризує договори підряду, є те, що підрядник зобов'язується виконати роботи власними силами і засобами, якщо інше не передбачено договором [4], а також у строк, передбачений договором або законом. Як відомо, здійснення та захист цивільних прав тісно пов'язані з фактором часу. Цивільні правовідносини не існують абстрактно: вони виникають, змінюються та припиняються у часі. І тому саме для регулювання цивільних відносин використовуються певні

проміжки або моменти в часі, які називаються строками чи термінами.

Відповідно до ст. 251 ЦК України строком є певний відрізок у часі, із впливом якого пов'язана дія чи подія, що має юридичне значення. Слід зауважити, що від строку потрібно відрізнити термін, котрим є певний момент у часі, з настанням якого пов'язана дія чи подія, що має юридичне значення [15, с. 450].

У науковій літературі немає єдиної точки зору щодо поняття строків та термінів, їх юридичної природи. Строки найчастіше розглядаються за їх місцем у системі юридичних фактів цивільного права і відносять їх до подій, оскільки перебіг чи настання строку має об'єктивний характер і не залежить від волі суб'єктів цивільних правовідносин. Але більшість вчених не поділяють такої точки зору. Зокрема, В. В. Луць стверджує, що строком визначаються часові межі існування самого договору і в цих межах моменти (періоди), в які повинно відбутися виконання зобов'язання контрагентами. Строк має значення для одноразових та багаторазових дій, тобто строки (терміни) породжують юридичні наслідки лише у зв'язку з діями чи подіями [11, с. 318].

На думку Н. Растеряєва, строк означає певний відрізок часу, до закінчення якого повинно відбутися виконання відповідного зобов'язання, або відповідний момент часу, з якого вступають в силу юридичні наслідки. Автор стверджував, що з настанням певного строку пов'язані відповідні правові наслідки, тобто строки виконують регулятивну функцію норм цивільного права [17, с. 153]. Дещо по-іншому до характеристики строків підійшов О. О. Красавчиков. На його думку, в системі юридичних фактів строк належить до подій, оскільки настає і припиняється незалежно від волі людей. Таким чином, вчений стверджував, що строки є абсолютними юридичними подіями, де людина не може протиставити свою діяльність часові, оскільки сама існує у часі [9, с. 166]. З інших позицій характеризував строки В. П. Грибанов. Зокрема, він стверджував, що людина, здійснюючи свою діяльність, активно використовує час. Люди можуть приурочити здійснення тієї чи іншої діяльності до певного моменту в часі або до певного відрізка часу, можуть встановлювати певні строки для тих чи інших дій, а з цього видно, що строк як юридичний факт має вольовий характер. Юридичні строки в системі юридичних фактів цивільного права посідають самостійне місце поряд з юридичними подіями та юридичними діями і за своїм характером становлять щось середнє між ними [6, с. 8–10].

Т. В. Боднар вважає, що строк є тим мірилом відліку часу, зі впливом якого виникають або припиняються певні зобов'язки, а це означає, що до закінчення строку кредитор не має права вимагати виконання, а боржник не зобов'язаний виконувати, але при настанні даного строку боржник уже зобов'язаний виконати ті чи інші умови, а кредитор, у свою чергу, не має права відмовлятися від прийняття належного йому виконання зобов'язку [3, с. 103].

На думку В. В. Луця, цивільно-правові строки є часовою формою руху цивільних правовідносин, формами існування і розвитку суб'єктивних прав та зобов'язків, що становлять їх зміст. Змістом строку є або дія, або подія, що мають юридичне значення. Тому настання або закінчення строку набуває значення не само по собі, а в сукупності з діями або подіями, для вчинення або утримання від

вчинення яких цей строк встановлено [12, с. 19–21]. У свій час О. С. Іоффе, характеризуючи відмінність юридичних подій від юридичних дій, вважав, що події носять невольовий характер у своєму процесі, незалежно від причин їх виникнення, тоді як дії є вольовими не тільки за своєю природою, а й у процесі [8, с. 120]. В. С. Толстой писав, що строки в законодавстві визначаються по-різному, але якими вони б не були, дотримання і порушення їх повинно мати юридичний характер. В іншому випадку не має сенсу говорити про строки як про одну із характеристик зобов'язків [19, с. 145–146].

Відповідно до ст. 251 ЦК України строком визначається період у часі, із закінченням якого пов'язана певна дія або подія, що має юридичне значення. У цьому разі строк визначається періодом, що обчислюється роками, місяцями, тижнями, днями, годинами. ЦК України передбачено і таке поняття як термін. Терміном же визначається момент у часі, із настанням якого пов'язана певна дія або подія, що має юридичне значення. Термін визначається календарною датою або ж вказівкою на подію, яка має неминуче настати.

Розмаїття строків, які регулюються цивільним правом, зумовлює потребу у їхній класифікації. У цивільному праві строки (терміни) класифікуються за різними критеріями: а) за підставами встановлення, які визначаються законом, адміністративним актом, угодою (договором), а також рішенням суду; б) за ступенем самостійності учасників – імперативні та диспозитивні; в) за розподілом обсягу прав та зобов'язків сторін за окремими періодами часу – загальні та окремі. Крім того, в юридичній літературі правовідносини, зазвичай, поділяють на регулятивні та охоронювальні. В регулятивних правовідносинах встановлювані строки – це строки здійснення суб'єктивних прав і виконання зобов'язків, в охоронювальних – строки захисту цивільних прав. Це строки: гарантійні, оперативного захисту, претензійні, позовна давність, процесуальні.

О. В. Шовкова запропонувала свою класифікацію строків. Зокрема, автор пропонує класифікувати строки за такими видами: а) нормативні – встановлені актами цивільного законодавства та міжнародними договорами; б) встановлені правочином; в) звичасві – встановлені правовими звичаями; г) встановлені рішенням суду; д) адміністративні – встановлені актами органів публічної влади та суб'єктами владних повноважень; е) залежно від сфери застосування строків – приватні та публічні. Крім того, наводиться класифікація термінів: матеріальні та процесуальні, приватні та публічні, імперативні та диспозитивні. Враховуючи загальнодиспозитивний підхід авторки до такої класифікації строків, можна погодитись із думкою, що більшість цивільно-правових строків є диспозитивними, а імперативними залишаються тільки строки, неможливість зміни яких обумовлена прямою вказівкою акта цивільного законодавства або впливає з їх змісту чи сутності відносин між сторонами. На думку автора, слід розрізнити терміни, які входять до складу строків, та терміни, що не входять до їх складу. Тобто якщо будь-який строк є складним поняттям, котре містить у собі початковий і кінцевий терміни, то термін може існувати як у складі строку, так і самостійно [22, с. 9].

Значно ширшу класифікацію строків запропонувала К. Ю. Лебедева поділивши строки у цивільному праві на

вісім видів: 1) за способами обчислення (нормативні, визначені правочином (договором), звичаями, судові); 2) за способом обчислення: а) строки – періоди, які визначаються шляхом вказівки на період часу, що обчислюється роками, місяцями, тижнями, днями або годинами, б) строки – моменти, які визначаються шляхом вказівки на момент у часі, що позначається календарною датою або певною подією, яка неодмінно повинна настати; 3) за ступенем обов'язковості для суб'єктів правовідношення: а) імперативні, б) диспозитивні, в) імперативно-диспозитивні; 4) за ступенем визначеності: а) абсолютно-визначені, б) невизначені, в) відносно-визначені; 5) за характером поширення дії строків на правовідношення: а) загальні, б) спеціальні; 6) за взаємним співвідношенням строків різної тривалості: а) загальні, б) окремі; 7) за призначенням строків у процесі правового регулювання: а) строки здійснення прав; б) присічні строки, в) претензійні строки, г) строки виконання обов'язків, д) строки захисту порушених прав; 8) за правовими наслідками спливу або настання строку: а) правоутворюючі, б) правозмінюючі, в) правоприпиняючі.

Крім того, К. Ю. Лебедева наголошує, що для більш правильної класифікації строків спочатку необхідно їх поділяти на два класи: строки здійснення прав і виконання обов'язків, а також строки захисту прав, з подальшою класифікацією на види в середині окремого класу [14, с. 4–7].

В регулюванні підрядних договірних відносин використовуються різні види строків і термінів. Наприклад, відповідно до п.17 Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві від 1 серпня 2005 року строки виконання робіт встановлюються договором підряду і визначаються датою їх початку і закінчення, а календарний графік виконання робіт, в якому визначаються дати початку та закінчення всіх видів робіт, передбачених договором підряду, є його невід'ємною частиною [16]. Отже, строки виконання робіт визначаються датами їх початку та закінчення, тобто певними термінами.

Правильне визначення таких строків відіграє важливу роль у забезпеченні безперервної роботи учасників будівельного процесу. Відповідно, строки в договірних відносинах у капітальному будівництві можна поділяти на основні і допоміжні. Основними – є строки, які безпосередньо впливають на своєчасне введення в дію виробничих потужностей і будівельних об'єктів. Сюди належать строки виконання будівельно-монтажних робіт, виконання субпідрядних робіт. Не менш важливе значення мають і допоміжні строки. До них належать строки передачі проектно-кошторисної документації та документації про дозвіл відповідних органів на проведення робіт, надання послуг тощо. Залежно від ступеня обов'язкового дотримання строків учасниками договірних відносин у капітальному будівництві строки поділяються на імперативні та диспозитивні. Зокрема, строки введення в дію об'єктів, передбачені в титульних списках, є обов'язковими для сторін і не можуть бути змінені ними при укладенні договорів підряду на капітальне будівництво. Строки введення в дію будівельних об'єктів конкретизуються і деталізуються в договорах підряду [10, с. 144].

У цих відносинах використовуються й інші часові категорії, зокрема, поняття «негайно», «у розумний строк»,

«гарантійний», «позовна давність» тощо. Так, відповідно до ч. 3 ст. 853 ЦК України, якщо після прийняття роботи замовник виявив відступи від умов договору підряду або інші недоліки, які не могли бути встановлені при звичайному способі її прийняття (приховані недоліки), у тому числі й такі, що були умисно приховані підрядником, замовник зобов'язаний негайно повідомити про це підрядника. Про гарантійні строки за договорами підряду йдеться у ст. 859, 860, 884 ЦК України, про позовну давність, яка застосовується до вимог щодо неналежної якості роботи, – у ст. 863, 864 ЦК, ст. 322 ГК України тощо.

ЦК України та інші нормативно-правові акти оперують поняттям «розумний строк». Так, якщо у договорі підряду не встановлені строки виконання роботи, то підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання у розумні строки, відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи і звичаїв ділового обороту (ч. 2 ст. 846 ЦК України).

Хоч у цивільному законодавстві застосовується поняття «розумний строк», однак в ньому немає загальної норми, в якій розкривався б зміст цього поняття. В юридичній літературі до з'ясування змісту цього поняття підходять з різних позицій. Так, на думку Р. Б. Шишки, розумним слід вважати такий строк, за якого особа, що наділена нормальним, середнім рівнем інтелекту, знаннями і життєвим досвідом, може адекватно оцінювати ситуацію, моделювати в ній необхідну юридично значиму поведінку [21, с. 336]. Як вважає В. В. Луць, поняття «розумний строк» означає необхідність враховувати всі конкретні обставини, в яких діють учасники правовідносин [13, с. 5–6].

У п. 2 ст. 314 ЦК Російської Федерації зазначено, що у випадках, коли зобов'язання не передбачає строку його виконання і не містить умов, які б надавали змогу визначити цей строк, воно повинно бути виконано в розумний строк після виникнення зобов'язання. Однак і в цій загальній нормі поняття «розумний строк» не розкривається. У цьому сенсі для з'ясування сутності названого поняття мало що дає пропозиція Т. В. Боднар доповнити ч. 2 ст. 530 ЦК України абзацом першим такого змісту: «Якщо зобов'язання не передбачає строку його виконання і не містить умов, що дозволяють визначити цей строк, воно підлягає виконанню в розумний строк після виникнення зобов'язання» [2, с. 106].

Російський дослідник С. В. Сарбаш, критично оцінюючи різні підходи до з'ясування розумного строку, його співвідношення з пільговим строком та іншими часовими категоріями [18, с. 340–351], разом з тим не пропонує свого визначення поняття, а приєднується до думки Г. Д. Отнюкової, згідно з якою до оцінки розумного строку слід підходити з урахуванням характеру зобов'язання, взаємовідносин сторін, умов виконання, що впливають на можливість своєчасного виконання [5, с. 143].

В країнах загального права (зокрема, США, Англії) розумний строк асоціюється з оцінкою дій та обставин, за яких вони вчиняються. Так, за параграфом 2 ст. 1-204 Єдиного торговельного кодексу США, який строк є розумним для вчинення тієї чи іншої дії, залежить від характеру і мети такої дії та пов'язаних з нею обставин [7, с. 54]. В Англійському праві виконання протягом розумного строку розглядається як таке, що здійснюється з урахуванням характеру договору та обставин даної справи.

Що є розумним строком – це питання факту в кожному окремому випадку [20, с. 294].

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Абрамцова Е. Л.* Договор подряда в гражданском праве России: дис...канд. юрид. наук. / Е. Л. Абрамцова. – Саратов, 2005.
2. *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: монографія /Т. В. Боднар. – К.: Юрінком Інтер, 2005.
3. *Боднар Т. В.* Исполнение договорных обязательств (сравнительный анализ законодательства Республики Казахстан, Российской Федерации и Украины) // Гражданское законодательство: Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 21 / Отв. Ред. А. Г. Диденко.
4. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: «Статут», 2002. – 1038 с.
5. *Гражданское право: учебник* / Под ред. С. П. Гришаева. (Автор главы Г. Д. Отнюкова). – М.: 1998.
6. *Грибанов В. П.* Сроки в гражданском праве. / В. П. Грибанов. – М. – 1967.
7. *Единообразный торговый кодекс США* / Пер. с англ. – М.: 1996.
8. *Иоффе О. С.* Правоотношение по советскому гражданскому праву / О. С. Иоффе. – Изд. ЛГУ, 1949.
9. *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. / О. А. Красавчиков. – М.: Госюриздат, 1958.
10. *Коссак В. М.* Правове регулювання строків у будівництві. / В. М. Коссак. – К.: Будівельник, 1991.
11. *Луць В.В.* Контракты у підприємницькій діяльності: уавч. посібник / В.В. Луць. – К.: Юрінком Інтер, 1999.
12. *Луць В. В.* Строки в цивільних правовідносинах / В. В. Луць. – Львів: ЛДУ, 1992.
13. *Луць В. В.* Строки і терміни в новому Цивільному кодексі України / В. В. Луць. – Юридична Україна. – 2003. – № 11.
14. *Лебедева К. Ю.* Классификация сроков в гражданском праве //Журнал российского права, 2001, № 9.
15. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2-х т. / За відповід. ред. О. В.Дзери, (кер. авт. кол.), Н. С.Кузнецової, В. В. Луця.-К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т.ІІ. – 1088 с.*
16. *Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 1 серпня 2005 р. № 668 / Офіційний вісник України. – 2005.*
17. *Растеряев Н.* Недействительность юридических сделок по русскому праву. Часть общая и часть особенная: Догматическое исследование. / Н. Растеряев. – М. – 1900.
18. *Сарбаш С. В.* Исполнения договорного обязательства / С. В. Сарбаш. – М. :Статут, 2005.
19. *Толстой В. С.* Исполнение обязательств / В. С. Толстой. – М. – 1973.
20. *Халфина Р. О.* Договор в английском гражданском праве. – М., 1959.
21. *Цивільне право України: У двох частинах: Ч. 1. – Харків, 2008.*
22. *Шовкова О. В.* Позовна давність як різновид цивільно-правових строків: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. В. Шовкова, Національна юридична академія України ім. Я.Мудрого, 2008.

In the article on the basis of positions new the Civil and Economic codes of Ukraine (2003r.) and some other normatively legal acts, and also taking into account the opinions shown in legal literature, the concept of civil legal terms (terms) is determined, their classification is given in relation to inferior contractual relations, in particular, a concept and essence of «clever» and other terms which are set in inferior agreements open up.

В статтє на основани положенїй нового Гражданского, Хозяйственного кодексов Украины (2003 г.) и некоторых других нормативно-правовых актов, а также учитывая высказанные в юридической литературе мнения, определяется понятие гражданско-правовых сроков (терминов), даётся их классификация применительно к подрядным договорным отношениям, в частности, раскрываются понятие и сущность «разумных» и других сроков, устанавливаемых в подрядных договорах.

ЗАСОБИ ДЕРЖАВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЗА КРЕДИТНИМ ДОГОВОРОМ

Оплачко Л. П.,

науковий співробітник

НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

Статтю присвячено комплексному дослідженню засобів державно-правового регулювання відносин за кредитним договором. Досліджено та охарактеризовано вчення про правову природу кредитних відносин.

Ключові слова: кредитні відносини, кредитний договір.

Суспільні відносини, що виникають з приводу кредитування, є істотним та невід'ємним елементом економіки. Сучасний майновий обіг неможливо уявити без широкого розвитку кредитних відносин. Без кредитної підтримки неможливо забезпечити швидке і цивілізоване становлення фермерських господарств, підприємств малого бізнесу, впровадження інших видів підприємницької діяльності на внутрішньодержавному і зовнішньому економічному просторі. Кредит необхідний для підтримання безперервності кругообігу фондів діючих підприємств,

обслуговування процесу реалізації виробничих товарів, що особливо важливо в умовах становлення ринкових відносин.

Недостатнє правове регулювання зазначених відносин призводить до обмеженого використання існуючих кредитних механізмів, у зв'язку з чим українські банки та інші фінансові установи несуть додаткові ризики від застосування недостатньо врегульованих кредитних механізмів. Внаслідок цього виникає необхідність в удосконаленні законодавства, яке регулює відносини в зазначеній сфері.

В юридичній літературі більше уваги приділялося дослідженню кредитних відносин та висловлювалися різні думки щодо того, норми якої галузі права регулюють кредитні відносини.

Так, Н. С. Малєїн вважав, що відносини з кредитування є складним комплексним інститутом права, а «інститути, в яких майнові правовідносини тісно переплітаються з іншими правовідносинами, необхідно відносити до цивільного права чи іншої галузі права залежно від того, які відносини є найбільш характерними для даного інституту» [1, с. 37].

Л. Г. Рябко стверджує, що кредитні відносини мають вичерпний склад ознак цивільно-правових відносин та повинні регулюватися нормами цивільного права [2, с. 33]. І. Б. Заверуха зауважує, що, незважаючи на складність відносин, що виникають у сфері державного внутрішнього кредиту і регулюються нормами фінансового, адміністративного, цивільного галузей права, пріоритет в їх регулюванні належить нормам фінансового права [3, с. 57]. О. П. Орлюк зазначає, що кредитні відносини, з одного боку, є фінансовими, з іншого – владно-майновими. Відповідно, регулюються кредитні відносини і фінансовим, і цивільним правом [4, с. 29–30]. Варто погодитися з думкою О. П. Орлюк, але поняття «кредитні відносини» є ширшим за поняття «відносини за кредитним договором», отже, кредитні відносини регулюються як фінансовим, так і цивільним правом, а відносини за кредитним договором – виключно цивільним правом. На підтвердження цієї думки можна навести такі аргументи:

– кредитні відносини складаються з організаційних правовідносин, які визначають форми та методи існування певних кредитних інститутів, та владно-зобов'язальних відносин, які виникають у процесі надання та повернення кредиту. Кредитні відносини підпадають під дію фінансового права, адже в процесі їх виникнення бере участь і НБУ, який є органом спеціальної компетенції у сфері фінансового контролю, бо уповноважений забезпечувати нагляд та контроль за діяльністю банківських установ, зокрема при видачі кредитів. Прийняття НБУ постанови правління «Про затвердження Положення про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих втрат за кредитними операціями банків» від 6 липня 2000 р. [5] та постанови правління НБУ «Положення про порядок отримання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів і надання резидентами позик в іноземній валюті нерезидентам» від 17 червня 2004 р. [6] сприяло обмеженню умов кредитування фізичних та юридичних осіб. При цьому, якщо фінансова установа забажає видати кредит, вона зобов'язана перевірити відповідність позичальника тим умовам, які ставляться в вищезазначених постановках, тобто в даному випадку відсутня самостійність фінансових установ в даних відносинах. Однак, якщо позичальник відповідає встановленим вимогам, тоді виникають підстави для укладення кредитного договору. З цього моменту беруться до уваги норми цивільного права.

Всі відносини, які виникають в суспільстві, є неоднаковими за своєю суттю та вимагають особливих підходів до їх регулювання. Категорія «правове регулювання» має велике значення для права, адже на її основі є можливим, не відриваючись від юридичної бази і

повною мірою використовуючи вихідні дані аналітичної юриспруденції, перейти рубіж виключно юридичної догми, яка необхідна для юридичних знань, але все ж таки є вузькою за своїми теоретичними позиціями. Сутність «правового регулювання» полягає в тому, що:

воно виражає напружену динаміку права, спрямовану на досягнення результату, а саме, вирішення життєвих ситуацій;

здійснюється за допомогою системи засобів, які створюють не просто комплекси, багатоеlementні утворення, а послідовно пов'язані ланки структури в динаміці.

Поняття «правове регулювання» – це особлива категорія, яка включає в себе специфічний понятійний апарат: способи правового регулювання, механізми правового регулювання, методи правового регулювання, типи правового регулювання тощо [7, с. 317]. Правове регулювання відносин за кредитним договором полягає у встановленні порядку укладення та виконання сторонами прийнятих на себе зобов'язань за кредитним договором, а також відповідальності за невиконання чи неналежне виконання таких зобов'язань. Розкриваючи питання про засоби державно-правового регулювання відносин за кредитним договором, будемо використовувати загальнотеоретичні поняття правового регулювання, а саме: способи (основні способи правового регулювання – дозвіл, заборона, зобов'язання та допоміжні – покарання, заохочення, надання пільг, пом'якшення юридичної відповідальності тощо), механізми, методи, типи правового регулювання.

Водночас необхідно зауважити, що правове регулювання відносин за кредитним договором залежить від стадій згаданих відносин.

На нашу думку, відносини за кредитним договором проходять такі стадії:

1. Підготовчі дії щодо укладення кредитного договору. На цій стадії банк:

а) надає позичальнику в письмовій формі інформацію про умови кредитування, а також орієнтовну сукупну вартість кредиту з урахуванням відсоткової ставки за кредитом, вартості всіх супутніх товарів тощо;

б) розглядає документи, які подаються позичальником до кредитної служби банку;

в) оцінює кредитоспроможність позичальника та визначає доцільність надання кредитів;

г) готує висновки щодо можливості чи неможливості надання кредиту.

На цій стадії відносин за кредитним договором використовується такий спосіб правового регулювання як **дозвіл**. Дозвіл полягає у наданні особі через визнання за нею відповідного суб'єктивного юридичного права можливості реалізації певного варіанта своєї поведінки. При цьому використання такої можливості не є обов'язковим, а залежить від власного розсуду уповноважених суб'єктів [8, с. 214]. Так, відповідно до п. 4.3 постанови правління «Про затвердження Положення про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих втрат за кредитними операціями банків» від 6 липня 2000 р. [9] банк для здійснення оцінки фінансового стану позичальника – юридичної особи має враховувати такі основні економічні показники його діяльності:

– платоспроможність (коефіцієнти миттєвої, поточної та загальної ліквідності);

– фінансову стійкість (коефіцієнти маневреності власних коштів, співвідношення залучених і власних коштів), обсяг реалізації, обороти за рахунками, склад та динаміку дебіторсько-кредиторської заборгованості (за останній звітний та поточний роки), собівартість продукції (у динаміці), прибутки та збитки (у динаміці), рентабельність (у динаміці), кредитну історію.

Водночас п. 4.1 зазначеної постанови надає право банку під час здійснення оцінки фінансового стану позичальника встановлювати додаткові (суб'єктивні) показники. Тому банківська установа самостійно, але з дозволу держави, встановлює правила відбору своїх контрагентів шляхом прийняття правил кредитування і чіткого визначення показників, яким повинна відповідати особа-позичальник.

2. Безпосереднє укладення кредитного договору. На цій стадії між позичальником та банком укладається кредитний договір, в якому визначаються взаємні права та обов'язки сторін. Крім того, банк оформляє на позичальника кредитну справу, в якій зберігаються всі документи, що мають бути в наявності на момент підписання кредитного договору.

На цій стадії використовується такий спосіб правового регулювання як **зобов'язання**, тобто покладення на сторони договору суб'єктивного юридичного обов'язку активного типу, що спонукає його носіїв до дій, передбачених правовими нормами. Так, відповідно до ст. 1054 ЦК України кредитор надає зобов'язується надати кошти (кредит) позичальникові у розмірі та умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти. Згідно з п. 30 «Положення про порядок надання пільгового довготермінового кредиту молодим сім'ям та одиноким молодим громадянам на будівництво (реконструкцію) і придбання житла» [10] регіональне управління Державної фінансової спеціалізованої установи «Державний фонд сприяння молодіжному житловому будівництву» зобов'язане внести зміни до кредитного договору із зазначенням обсягів щоквартальних платежів за кредитом і відсотків за користування ним, якщо у складі сім'ї позичальника сталися зміни, які дають йому право на отримання пільг з кредитування. Водночас на другій стадії може застосовуватись і такий спосіб правового регулювання як заборона. **Заборона**, як спосіб правового регулювання відносин за кредитним договором, встановлюється шляхом накладення на особу суб'єктивного юридичного обов'язку пасивного типу, відповідно до якого вона має утримуватись від певних правил поведінки. Так, відповідно до вимог ст. 55 Закону України «Про банки і банківську діяльність» банкам забороняється вимагати від клієнта придбання будь-яких товарів чи послуг від банку або від спорідненої чи пов'язаної особи банку як обов'язкову умову надання банківських послуг, у тому числі надання кредиту.

3. Виконання умов кредитного договору. На цій стадії з боку банку здійснюється постійний контроль за повнотою повернення кредиту та сплатою відсотків і комісій.

Разом з основними способами правового регулювання відносин за кредитними договорами можуть використовуватись і допоміжні способи правового регулювання.

Заохочення. Наприклад, відповідно до п. 10.1 Правил кредитування юридичних осіб Укрпромбанку [11] банк має право продовжити строк користування кредитом, якщо 1) позичальник зазнає тимчасових фінансових труднощів, що будуть в подальшому усунені, та наявні реальні перспективи виконання зобов'язань за кредитом; 2) позичальник своєчасно сплачує проценти, фінансовий стан стабільний, але в даний час економічно недоцільно відволікати кошти з обігу.

Покарання. Покарання за кредитними договорами можуть бути різними. Наприклад, за будь-яке прострочення – день, місяць – до відсоткової ставки може бути додано 1 – 3%. При цьому це покарання носить постійний характер, тобто підвищена ставка діє до закінчення дії договору.

Надання пільг. Згідно з п. 2.8 Положення про кредитування юридичних осіб в КБ «Столиця» [12] в разі, якщо позичальник має добру кредитну історію, довгострокові ділові відносини з Банком, фінансовий стан свідчить про його фінансову стійкість, Банк може встановити для даного клієнта ліміт активних операцій, в рамках яких надавати усі можливі види кредитних послуг чи надавати одночасно кілька кредитів з різною метою за умови дотримання нормативу максимального розміру ризику на одного позичальника.

Пом'якшення юридичної відповідальності. Наприклад, відповідно до постанови Правління НБУ «Про заходи щодо забезпечення погашення кредитів» [13] з метою забезпечення стабільної діяльності банків та створення сприятливих умов для виконання позичальниками зобов'язань за кредитами, своєчасного виконання банками зобов'язань перед вкладниками і кредиторами, уникнення небажаних наслідків, що можуть поставити під загрозу безпеку коштів, довірених банкам, було рекомендовано здійснювати реструктуризацію кредитної заборгованості та/або зміну валюти виконання зобов'язання за кредитами, наданими в іноземній валюті, на національну валюту.

Сукупність основних і допоміжних способів правового регулювання відносин за кредитним договором, наявність чи відсутність можливості у сторін зазначених відносин самостійно встановлювати чи уточнювати правові форми їх поведінки, характер підстав, з настанням яких пов'язуються виникнення, зміна чи припинення даних відносин, а також ступінь деталізованості правового регулювання відносин за кредитним договором дають уявлення про метод правового регулювання зазначених відносин. Необхідно погодитися з С. С. Алексєєвим, який зазначає, що особливості методів правового регулювання договірних відносин визначаються тим, наскільки ці відносини обтяжені публічним компонентом. І хоча в кожному випадку можна виявити елементи диспозитивності чи імперативності, визначальним буде те, яким є співвідношення цих елементів в межах галузевого методу правового регулювання, яке місце кожного з них по відношенню до інших елементів, яка специфіка форм їх вираження [14, с.11].

Правовий режим договорів між не підпорядкованими один одному суб'єктами господарювання (по горизонталі), в яких реалізуються, насамперед, приватні інтереси контрагентів, згідно із загальнодозвільним типом правового регулювання формується в основному за рахунок норм-дозволів, що впливають із норм-принципів, і

доповнюються нормами-приписами, які зобов'язують суб'єктів до визначеного варіанта поведінки. Правовий режим тих договорів, в яких безпосередньо присутній публічний інтерес, об'єктивно має відрізнятися від наведеного вище ступенем імперативності, тобто співвідношення дозволів, заборон та приписів.

Враховуючи те, що відносини за кредитним договором, як ми вже визначили, є цивільно-правовими відносинами, відповідно можна стверджувати, що до їх регулювання застосовується цивільно-правовий метод, який характеризується юридичною рівністю сторін, майновою самостійністю та диспозитивністю. Однак необхідно зауважити, що при домінуванні диспозитивного компоненту при регулюванні відносин за кредитним договором присутній і імперативний компонент, який характеризується обмеженістю ініціативи суб'єктів права та перевагами актів одностороннього волевиявлення (наприклад, адміністративних наказів). Імперативний компонент виражається в тому, що, незважаючи на те, що відносини за кредитним договором характеризуються юридичною рівністю сторін та їх самостійним організаційно-майновим статусом, законодавець, шляхом прийняття нормативно-правових актів, впливає на ймовірність виникнення, зміну чи припинення зазначених відносин. Так, відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законів України з метою подолання негативних наслідків фінансової кризи» від 23 червня 2009 р. до 1 січня 2011 року забороняється надання кредитів фізичним особам в іноземній валюті. Тому, навіть за спільним волевиявленням кредитодавця і позичальника, укласти кредитний договір на отримання кредиту в іноземній валюті не можливо. Винятком з цього правила є те, що в разі необхідності оплатити вартість навчання чи лікування за кордоном можна укласти кредитний договір про отримання кредиту в іноземній валюті. Проте такі договори будуть підлягати суворому контролю: для отримання кредиту необхідно буде подавати всі підтвердуючі документи про навчання чи лікування за кордоном. Крім того, гроші готівкою видаватися не будуть, а спрямовуватимуться безпосередньо на рахунок освітнього закладу чи лікувальної установи.

Імперативність береться до уваги і тоді, коли йдеться про державний кредит. Державний кредит – це сукупність особливих фінансових правовідносин, передбачених законодавчими та нормативно-правовими актами, що обумовлюються політико-економічними прерогативами держави в процесі залучення нею тимчасово вільних коштів, на засадах добровільності, поверненості, платності та строковості. При цьому кредитодавцями виступають юридичні і фізичні особи, а позичальником – держава [3, с. 63]. Незважаючи на те, що при державному кредиті позичальником виступає держава, саме вона виписує умови, на яких будуть залучатися кошти. Відповідно, ні про яку юридичну рівність сторін таких відносин не йдеться, адже кредитодавець передає державі гроші без обговорення умов кредитування.

При пільговому кредитуванні будівництва житла для молодих сімей також відсутня така ознака цивільно-правового методу як юридична рівність сторін. В Положенні про порядок надання пільгового довгострокового державного кредиту молодим сім'ям та

одиноким молодим громадянам на будівництво (реконструкцію) житла, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 3 грудня 1997 р., визначено особи, які можуть претендувати на отримання пільгового довгострокового державного кредиту, та умови, на яких видається такий кредит. Якщо особа не підпадає під критерії, визначені зазначеним Положенням, то вона не має права на отримання пільгового довгострокового державного кредиту на будівництво (реконструкцію) житла. Крім того, навіть якщо особа і підпадає під критерії, визначені зазначеним Положенням, але не погоджується з умовами кредитування (наприклад, на доплату понад нормованої площі, чи їй не подобається об'єкт, який пропонується, адже за Положенням держава пропонує об'єкт кредитування), тоді також кредитний договір не укладається. При цьому позичальник позбавлений права обговорення умов кредитування. Видається, що повною мірою цивільно-правовий метод у відносинах по пільговому довгостроковому державному кредитуванню на будівництво (реконструкцію) житла застосовується тоді, коли вже укладено кредитний договір, адже саме тоді можна говорити про юридичну рівність сторін щодо внесення змін до кредитного договору, зміни щодо об'єкта кредитування, зміни відсоткової ставки та припинення умов договору.

Враховуючи вищевикладене, не можна однозначно стверджувати, що до відносин за кредитним договором застосовується лише цивільно-правовий метод, який характеризується юридичною рівністю сторін, майновою самостійністю та диспозитивністю. На етапі виникнення відносин за кредитним договором за участю держави як такої рівності сторін немає, тому має застосовуватися імперативний метод, який виражається у встановленні правил надання державою кредиту певній категорії громадян. Крім того, зазначений метод застосовується і на етапі виникнення відносин між комерційним банком, іншою фінансовою установою та позичальником, адже якщо позичальник не відповідає вимогам, що ставляться до позичальника (наприклад, вік позичальника, наявність достатньої заробітної плати тощо), банк чи інша фінансова установа кредитний договір не укладе. Однак коли вже кредитний договір укладено, можна говорити про застосування цивільно-правового методу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Малеин Н.С.* Кредитно-расчетные правоотношения и финансовый контроль / Н. С. Малеин. – М.: Наука, 1964. – 225 с.
2. *Рябко Л.Г.* Правовое регулирование кредитных отношений по законодательству Украины: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03/ Л. Г. Рябко. – Одесса, 2001. – 215с.
3. *Заверуха І.Б.* Правове регулювання державного кредиту в Україні: дис. канд. юрид. наук: 12.00.07/ І.Б. Заверуха. – Чернівці, 1998. – 232с.
4. *Орлюк О.П.* Кредитні спілки як ланка кредитної системи України: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.07/ О. П. Орлюк. – Київ, 1997. – 225 с.
5. *Положення* про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих втрат за кредитними операціями банків: Постанова правління Національного банку України від 6 липня 2000 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

6. *Положення* про порядок отримання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів і надання резидентами позик в іноземній валюті нерезидентам: Постанова правління Національного банку України від 17 червня 2004 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

7. *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. – М.: Издательство НОРМА, 2001. – 752 с.

8. *Загальна теорія держави і права: [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. док. юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, док. юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина.* – Харків: Право, 2009. – 584 с.

9. *Положення* про порядок надання пільгового довготермінового кредиту молодим сім'ям та самотнім молодим громадянам на будівництво (реконструкцію) і придбання житла: Постанова Кабінету Міністрів України від 29 травня 2001 р. № 584. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

10. *Положення* про кредитування юридичних осіб в ТОВ «Укрпромбанк»: Рішення Правління ТОВ «Укрпромбанк» від 11 червня 2007 р. № 25. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

11. *Положення* про кредитування юридичних осіб в КБ «Столиця»: Рішення Правління КБ «Столиця» від 9 березня 2006 р. № 06. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

12. *Про заходи* щодо забезпечення погашення кредитів: Постанова правління Національного банку України від 03.06.2009 № 328. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

13. *Алексеев С. С.* Предмет советского гражданского права и метод гражданско-правового регулирования / С. С. Алексеев // Антология уральской цивилистики. 1925 – 1989: Сб. статей. – М.: Статут, 2001. – С. 11.

14. *Цивільне право. Практикум: Навчальний посібник / Д. В. Боброва, І. А. Безклубий, Е. А. Багач та ін.; відп. ред. Р. А. Майданик, Н. С. Кузнецова, О. В. Дзера.* – К., 2008. – 624 с.

This article is devoted to complex investigation of state legislative regulation concerning the agreement of credit. Legislative origin of credit relations are investigated and described in this article.

Стаття посвячена комплексному дослідженню способів державно-правового регулювання відносин по кредитному договору. Досліджені та охарактеризовані питання про правову природу кредитних відносин.

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
Академії правових наук України

у 2010 році
ОГОЛОШУЄ
прийм до аспірантури
з відривом від виробництва
за спеціальностями:

**12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право;
міжнародне приватне право**
12.00.04 – господарське право, господарсько-процесуальне право

Додаткова інформація за телефоном:
(044) 286-70-98

Запрошуємо до співробітництва!

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України **проводить науково-правові експертизи та здійснює підготовку експертних висновків.** Звертаємо Вашу увагу на можливість використання цього правового засобу у Вашій діяльності. Наші пропозиції полягають у взаємовигідному співробітництві із застосування аналітичного потенціалу юридичної науки для захисту прав та інтересів фізичних і юридичних осіб.

Експертиза є ефективним засобом доказу в суді, а також на етапі досудового врегулювання конфлікту. Як правило, на практиці аргументація і висновки науково-правової експертизи беруться за основу судового рішення.

Останніми роками нами проведені науково-правові експертизи на запити банків, страхових компаній, юридичних фірм, теле-, радіокомпаній, авіакомпаній, морських і річкових портів України, великих підприємств у галузі ювелірної справи, виробництва дорогоцінних і кольорових металів, державних установ, всеукраїнських громадських організацій тощо.

З питань співробітництва для проведення науково-правових експертиз і підготовки експертних висновків звертайтеся до Інституту за телефоном: (044) 286-70-98.

ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА САМОЧИННО ЗБУДОВАНЕ ЖИТЛО

Галянтич М. К.,

доктор юридичних наук, доцент,
заступник директора з наукової роботи
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

У статті комплексно досліджуються проблеми визнання права власності на самочинно збудоване житло. Аналізуються теоретико-правові питання підстав та наслідків самочинного будівництва. На основі з'ясування сутності правових норм формулюються практичні пропозиції і рекомендації щодо удосконалення цивільного законодавства з метою удосконалення правових процедур.

Ключові слова: житло, законодавство у сфері будівництва житла, житлові спори.

Визначення правового становища нерухомого майна та його правове регулювання привертає увагу з огляду на особливі економічні та соціальні чинники, яким має відповідати житлова нерухомість, яка використовується для задоволення житлових потреб громадян і не тільки. Самовільне будівництво слід розглядати як аномалію, що тягне за собою порушення прав як територіальної громади, так і окремих громадян з огляду на питання дотримання безпеки під час проведення будівельних робіт, експлуатації зведеного об'єкта нерухомості.

Аналіз судової практики дає змогу відокремити різні категорії позовів, спрямованих на визнання права власності самочинного будівництва. При цьому чинне законодавство не дає чітких критеріїв виділення певних видів самочинного будівництва, будь-то здійсненого шляхом створення нового об'єкта чи проведення реконструкції вже існуючого.

Можливість набуття права власності на новостворене майно та об'єкти незавершеного будівництва передбачається ст. 331 ЦК України та низкою нормативно-правових актів, зокрема: законами України «Про місцеве самоврядування в Україні» [1], «Про місцеві державні адміністрації» [2], «Про основи містобудування» [3], «Про планування і забудову територій» [4], «Про архітектурну діяльність» [5], «Про пожежну безпеку» [6], «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» [7], «Про стандартизацію» [8], «Про підтвердження відповідності» [9], «Про охорону навколишнього природного середовища» [10], «Про екологічну експертизу» [11], «Про відповідальність підприємств, їх об'єднань, установ та організацій за порушення у сфері містобудування» [12], «Про охорону культурної спадщини» [13] та ін.; «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву» від 16 вересня 2008 року № 509-VI, «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» від 25 грудня 2008 року № 800-VI, відповідними положеннями Земельного кодексу України, Законом України «Про землеустрій» від 22 травня 2003 № 858-IV та іншими нормативно-правовими актами, що видаються на їх виконання: постановою Кабінету Міністрів України «Про порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів» [14]; наказами Держбуду України архітектури і житлової політики України «Про затвердження Типових регіональних правил забудови» [15], «Про затвердження положення про порядок надання дозволу на виконання будівельних робіт» [16], «Про затвердження інструкції про порядок державної реєстрації

права власності на об'єкти нерухомого майна, що перебувають у власності юридичних та фізичних осіб» [18] та нормативними актами з питань містобудування і регулювання земельних правовідносин.

Аналіз зазначених нормативно-правових актів у сфері будівництва полягає в тому, що забудова земельних ділянок здійснюється після виникнення права власності чи права користування земельною ділянкою в порядку, передбаченому законом (ст. 125, 126 ЗК), і отримання дозволу на виконання будівельних робіт (ч. 1 ст. 22 Закону «Про основи містобудування»).

Дозвіл на виконання будівельних робіт надається інспекцією державного архітектурно-будівельного контролю, для одержання якого, зокрема, подаються: документ, що засвідчує право власності чи користування земельною ділянкою, або договір суперфіцію; проектна документація на будівництво, погоджена та затверджена в порядку, визначеному законодавством (ч. 1, 2 і 3 ст. 29 Закону України «Про планування і забудову територій»).

Механізм набуття права власності на новостворений об'єкт нерухомості полягає в дотриманні певних процедур. Прокуратура вивчила понад 1200 судових справ в Україні про визнання права власності на самобуд і оскаржила 510 судових рішень. Виявлено, що найчастіше були такі порушення: винесення ухвал за відсутності позивача документа, що встановлює дозвіл на оформлення проектної документації на будівлю; винесення ухвали щодо об'єктів, не прийнятих в експлуатацію; незалучення судами до розгляду справ у необхідних випадках органів виконавчої влади і місцевого самоврядування; порушення суддями місцевих судів правил підвідомчості спорів; визнаючи право власності на самобуд, зведений на самовільно захоплених земельних ділянках, суди тим самим створюють для позивачів право на отримання цих земель [17].

Проте дотримання вищевказаної процедури в сучасних економічних умовах суттєво ускладнено довготривалою та нечіткою процедурою оформлення дозвільно-погоджувальної документації, що впливає на вибір здійснення самочинного будівництва.

Сам факт самочинного будівництва, незалежно від добудови, перебудови, реконструкції, зміни архітектурного вигляду об'єкта нерухомості, робить неможливим введення об'єкта в експлуатацію або вчинення інших дій, спрямованих на його узаконення в адміністративному порядку. Проте законодавче закріплення в ст. 376 ЦК України певної легальної процедури надає можливість, за вказаних в законі обставин, визнати право власності на самочинно збудоване нерухоме майно у судовому порядку.

Таке положення є причиною звернень «забудовників» до суду з позовами про визнання права власності на об'єкти нерухомості, будівництво яких відбувалось з порушенням встановленої процедури, з посиланням на ст. 331, 376 ЦК України. Така ситуація пояснюється з точки зору того, що порушення встановленого порядку проведення будівництва позбавляє можливості прийняти об'єкт в експлуатацію, при цьому споруда за своїми технічними характеристиками може нічим не відрізнятися від нерухомого майна, яке здано в експлуатацію в установленому законом порядку.

Разом з тим досить поширеною стала практика віднесення державними органами до самочинного будівництва (нове будівництво, реконструкцію, реставрацію, капітальний ремонт) об'єкта нерухомості, здійсненого при відмові у дозволі на будівництво, але за наявності затвердженої проектної документації, з додержанням державних стандартів, норм і правил, місцевих правил забудови населених пунктів і порядку вирішення цих питань, визначеного ст. 24 Закону України «Про планування і забудову територій» (ст. 9 Закону України «Про архітектурну діяльність»).

На підставі ч. 3 ст. 376 ЦК України може бути задоволено позов про визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно на земельній ділянці, що не надавалася у власність чи користування особі, яка будувала його, якщо їй у встановленому законом порядку було надано земельну ділянку під уже збудоване нерухоме майно відповідно до її цільового призначення та за умови, що будівництво велось з додержанням правил, визначених ч. 3 ст. 375 ЦК України, архітектурних, будівельних, санітарних, екологічних та інших норм і правил згідно із законодавством, державними стандартами, нормами та правилами, регіональними й місцевими правилами забудови, містобудівною та проектною документацією.

Враховуючи, що у більшості випадків дозволи на будівництво видано місцевими органами влади без наявності затвердженої містобудівної документації, проблема самобуду набуває системного характеру. Стаття 331 ЦК України регламентує набуття права власності на новостворене майно з моменту завершення будівництва. Можливість визнання права власності на самочинно збудоване нерухоме майно за особою, яка здійснила самочинне будівництво на земельній ділянці, що не була їй відведена для цієї мети, за умови надання земельної ділянки у встановленому порядку особі під уже збудоване нерухоме майно, передбачено ч. 3 ст. 376 ЦК України.

Причинами, що створюють передумови для самочинного будівництва, є можливість його легалізації (узаконення), реєстрації права власності на нього, тобто можливість володіння, користування і розпорядження ним. Так, ст. 376 ЦК України визначено, що легалізація самочинного будівництва здійснюється у судовому порядку. Слід звернути увагу на те, що судами при розгляді справ про визнання права власності на самочинно зведені об'єкти фактично визнається право власності на придбані будівельні матеріали. Таким чином, суди беруть на себе відповідальність за те, що створена будівля відповідає державним будівельним стандартам, нормам і правилам, що вона володіє необхідною міцністю, стійкістю та експлуатаційною надійністю. Тобто це ті питання, які засвідчуються актом державної приймальної комісії про

прийняття в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта. Судові рішення в більшості випадків створюють потенційну загрозу життю і здоров'ю людей.

ЦК України не визначає прямо статусу об'єктів нерухомості, які були самочинно збудовані. Разом з тим право на проведення відповідних змін у квартирі передбачено ст. 383 ЦК України, відповідно до якої власник квартири може на власний розсуд здійснювати ремонт і зміни у квартирі, наданій йому для використання як єдиного цілого, за умови, що ці зміни не призведуть до порушень прав власників інших квартир у багатоквартирному житловому будинку та не порушать санітарно-технічних вимог і правил експлуатації будинку.

Відповідно до «Правил утримання жилих будинків та прибудинкових територій» [19] під реконструкцію жилого будинку підпадає проведення комплексу будівельних робіт, спрямованих на поліпшення експлуатаційних показників приміщень житлового будинку шляхом їх перепланування та переобладнання, надбудови, вбудови, прибудови з одночасним приведенням їх показників відповідно до нормативно-технічних вимог.

У ст. 379, 380, 382, 383 ЦК України дотично встановлюються вимоги, що висуваються до житла: житловий будинок, квартира повинні бути призначені та придатні для постійного проживання, їх не можна не використовувати для промислового виробництва; ремонт і зміни в квартирі дозволяються, якщо ці зміни не призведуть до порушень прав власників інших квартир в багатоквартирному житловому будинку та не порушать санітарно-технічних вимог і правил експлуатації будинку без належної їх конкретизації. Вимоги, які висуваються до житла приватного житлового фонду, як у цивільному, так і житловому законодавстві можуть бути однаковими і гармонізованими.

При цьому житловий будинок має бути спорудженим з дотриманням вимог, встановлених законом та іншими нормативно-правовими актами. Слід зазначити, що такого закону ще не розроблено і навіть немає його проекту, а чисельні нормативно-правові акти у сфері житлового будівництва не створюють цілісної картини у користувача (мешканців) щодо кількості, якості стандартів. Необхідність прийняття стандартів благоустрою впливає з ЦК України, хоча його стандарти будуть виходити з-поза меж цивільного регулювання, але будуть визначати призначення і придатність житла для проживання.

Судова практика проходить по шляху задоволення позовів про визнання права власності, в переважній більшості на самочинно реконструйовані об'єкти нерухомості, на підставі ст. 331, 376 ЦК України або в порядку аналогії закону на підставі цих статей. При цьому аналіз змісту самих судових рішень, їх правове обґрунтування та наступна їх реєстрація в органах БТІ призводить до створення нового об'єкта нерухомості. Верховний Суд Російської Федерації, наприклад, підкреслив, що якщо у разі проведеної реконструкції виникають нові об'єкти нерухомості, то вони можуть бути самостійними об'єктами права власності [20, с. 297].

Відсутність єдиної законодавчої практики призводить до змішування понять ремонт, капітальний ремонт, реконструкція, перебудова, перепланування, які потребують свого уточнення. Так, відповідно до листа

Державного комітету України з будівництва та архітектури від 30.04.2003 № 7/7-401 капітальний ремонт будівлі – це комплекс ремонтно-будівельних робіт, який передбачає заміну, відновлення та модернізацію конструкцій і обладнання будівель у зв'язку з їх фізичною зношеністю та руйнуванням, поліпшення експлуатаційних показників, а також покращання планування будівлі і благоустрою території без зміни будівельних габаритів об'єкта. Капітальний ремонт передбачає призупинення на час виконання робіт експлуатації будівлі в цілому або її частин (за умови їх автономності).

Отже, можна зробити висновок, що безсистемне застосування судами відповідних положень ст. 331, 376 ЦК України відбувається з порушенням основних правових засад та принципів цивільного законодавства. Принагідно слід нагадати, що відповідно до Постанови пленуму Верховного Суду СРСР від 31.07.1981 р. не підлягали розгляду судами спори про визнання права власності на житлові об'єкти самочинного будівництва. До 2004 року правові наслідки самовільного будівництва регулювалися ст. 105 Цивільного кодексу УРСР. З набранням чинності ЦК України в його ст. 376 вперше передбачено таке поняття як «самочинне будівництво».

Найхарактернішими порушеннями норм закону при винесенні суддями рішень про визнання права власності на самочинно зведені будівлі є: 1) винесення рішень за відсутності у позивача правовстановлюючого документа на землю, дозволу на будівництво, проектної документації на будівлю; 2) винесення такого рішення щодо об'єктів, не прийнятих в експлуатацію; 3) незалучення судами до розгляду справ у необхідних випадках органів виконавчої влади та місцевого самоврядування; 4) порушення суддями місцевих судів правил підвідомчості спорів; 5) визнаючи право власності на самочинну забудову, зведену на самовільно захоплених земельних ділянках, суди тим самим створюють для позивачів право на отримання цих земель [17].

У цивільному праві набуття права власності, пов'язане зі створенням нового об'єкта нерухомості, має враховувати обов'язкову процедуру здавання об'єкта в експлуатацію відповідно до Порядку прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів (затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 22.09.2004 р. № 1243) та необхідність її державної реєстрації відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» [21].

Проте законодавець відповідно до умов, передбачених ст. 376 ЦК України, надає можливість вирішити питання про визнання права власності на об'єкт нерухомості в обхід встановленої процедури. ЦК України виходить з того, що будівельний об'єкт, до того часу поки не буде прийнятий у встановленому порядку в експлуатацію, вважається лише будівельними матеріалами. Зазначена позиція підкріплюється і відповідною позицією Верховного Суду України, висловленою у п. 7 Пленуму «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 травня 2008 року, згідно з яким, якщо спадкодавцем було здійснене самочинне будівництво (ч. 1 ст. 376 ЦК України), то до спадкоємців переходить право власності на будівельні матеріали, обладнання тощо, які було використано в процесі цього будівництва [22].

Легалізація об'єктів самочинного будівництва у судовому порядку на підставі ст. 376 ЦК України повинна

мати місце лише у разі, якщо таке будівництво здійснене особою на земельній ділянці, що не була їй відведена для цієї мети, за умови надання земельної ділянки у встановленому порядку особі під уже збудоване нерухоме майно, але не у випадках: без належного дозволу чи належно затвердженого проекту, а тим більше з істотним порушенням будівельних норм і правил.

Легалізація самочинного будівництва може бути здійснена і шляхом винесення відповідних рішень виконавчими органами місцевого самоврядування з видачею свідоцтва про право власності. Так, виконком Львівської міськради ухвалив рішення «Про затвердження Положення про порядок врегулювання питань з самовільного будівництва у м. Львові» від 16.04.2004 р. № 364, яке надає забудовнику можливість «введення у правове поле України самовільно здійсненого (здійснюваного) будівництва, реконструкції, реставрації...» [23].

Відповідно до п. 7 ст. 376 ЦК України у разі істотного відхилення від проекту, що суперечить суспільним інтересам або порушує права інших осіб, істотного порушення будівельних норм і правил суд за позовом відповідного органу державної влади або органу місцевого самоврядування може постановити рішення, яким зобов'язати особу, яка здійснила (здійснює) будівництво, провести відповідну перебудову. Слід виходити з ч. 7 ст. 376 ЦК України, де значиться, що особа, яка, маючи дозвіл на будівництво нерухомого майна, допустила при цьому істотне відхилення від проекту, що суперечить суспільним інтересам або порушує права інших осіб, чи істотне порушення будівельних норм і правил, повинна провести відповідну перебудову як у разі, коли ці відхилення були допущені при будівництві нерухомості, так і внаслідок зроблених змін під час її експлуатації.

Під істотним порушенням будівельних норм і правил слід розуміти, зокрема, недодержання архітектурних, санітарних, екологічних, протипожежних та інших вимог і правил, а також зміна окремих конструктивних елементів житлового будинку, будівлі, споруди, що впливає на їх міцність і безпечність.

Незначні відхилення від проекту забудови об'єкта нерухомості або від вимог будівельних норм і правил, зокрема, відхилення у житловому будинку від внутрішнього планування із збереженням чи незначним відхиленням від встановленого проектом розміру житлової площі, незначна зміна його зовнішніх габаритів, місця розташування тощо не можуть бути підставою для вимог про перебудову або про знесення об'єкта нерухомості.

При вирішенні питання про те, чи є відхилення від проекту істотним і таким, що суперечить суспільним інтересам або порушує права інших осіб, необхідно у кожному випадку з'ясувати, зокрема, наскільки споруджена будівля відповідає умовам, передбаченим проектом, як впливає допущене порушення на зручність утримання суміжних ділянок тощо.

Відмовою забудовника від перебудови слід вважати як його заяву про це, так і його дії чи бездіяльність щодо цього, вчинені до ухвалення рішення суду про зобов'язання здійснити перебудову або після його ухвалення.

Відповідно, з точки зору дотримання встановлених процедур та недопущення зловживання правом особами, які звертаються до суду в обхід встановленої процедури

набуття права власності на новозбудований об'єкт нерухомості, існує необхідність формування єдиної судової практики з цього питання, оскільки широку практику уникнення проходження отримання дозвільно-погоджувальної документації шляхом самочинного будівництва з наступним зверненням до суду з метою його легалізації не можна визнати правомірним.

Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Тимчасового порядку прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом приватних житлових будинків садибного типу, дачних та садових будинків з господарськими спорудами і будівлями, спорудженими без дозволу на виконання будівельних робіт» від 9 вересня 2009 р. № 1035 встановлено доцільність проведення оформлення свідоцтва про право власності на об'єкти, які було закінчено будівництвом після 5 серпня 1992 року і на цей час не прийнято в експлуатацію (які експлуатуються або не експлуатуються) тільки за наявності актів прийняття в експлуатацію відповідними комісіями – інспекцією державного архітектурно-будівельного контролю за місцем їх розташування [24].

Чинне законодавство України не містить загального правила щодо моменту набуття права власності на житло. Так, ч. 2 ст. 331 ЦК України передбачає, що право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва. Якщо договором або законом передбачено прийняття нерухомого майна в експлуатацію, право власності виникає з моменту його прийняття в експлуатацію. Якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації. Таким чином, моменти набуття права власності на житло різняться за суб'єктами. У Російській Федерації, наприклад, право на нерухомість виникає з моменту державної реєстрації, якщо інше не встановлено законом (п. 2 ст. 8 ЦК РФ). Практичне значення зазначеної норми полягає в тому, що встановлено єдиний момент переходу прав власності на житло. Тому, на нашу думку, у ЦК України необхідно зазначити, що права на майно виникають з моменту державної реєстрації, якщо інше не встановлено законом. Для попередження можливих спорів та приведення норми ст. 331 ЦК України до норм ст. 379, 380 ЦК України, ч. 2 ст. 331 ЦК України слід доповнити реченням такого змісту: «Право власності на житло виникає з моменту встановлення відповідності будівлі вимогам, що висуваються до жилих приміщень».

Державна реєстрація права на житлові будинки у БТІ є обов'язковою для всіх власників (незалежно від форми власності). Реєстрації підлягають лише ті житлові будинки, будівництво яких закінчено та які прийнято в експлуатацію в установленому порядку. Є. Мічурін, аналізуючи питання реєстрації нерухомості, що існує у Німеччині, Франції, Росії, слушно пропонує на відміну від Інструкції про порядок державної реєстрації права власності на об'єкти нерухомого майна, що перебувають у власності юридичних і фізичних осіб [25, с. 18], здійснювати облік житла не за прізвищами власників та адресою, а шляхом пооб'єктної реєстрації нерухомості, коли за номером будинку встановлюється дійсне його розташування за земельним кадастром, який вказується у довідці-характеристиці бюро технічної інвентаризації [26, с. 346–348]. Вважаємо, що це надасть

зможу спростити систему визначення обтяжень нерухомості, обліковувати договори найму. Будинки має відповідати проектно-кошторисній документації, бути призначеним і придатним для постійного проживання в ньому, в тому числі відповідати будівельним і санітарним вимогам.

Слід врахувати, що не можуть бути застосовані правила ст. 376 ЦК України: про визнання права власності на самочинно переобладнані квартири в багатоквартирних будинках, оскільки такі правовідносини врегульовані іншими нормами законодавства, зокрема, ст. 383 ЦК України та ст. 152, 189, 190 ЖК України щодо власників квартир.

Також слід виходити з того, що відповідно до ч. 7 ст. 29 Закону України «Про планування і забудову територій» відмову у наданні дозволу на виконання будівельних робіт можна оскаржити в суді та що підставами для відмови у наданні дозволу на виконання будівельних робіт може бути лише неподання документів, необхідних для прийняття рішення про надання такого дозволу, невідповідність поданих документів вимогам законодавства та виявлення недостовірних відомостей у поданих документах (ч. 6 ст. 29 цього Закону).

На нашу думку, слід більш чітко визначити коло доказів (наприклад, висновок експертизи, висновок певної спеціалізованої організації тощо), які мають підтверджувати факт відповідності об'єкта самочинного будівництва ДБН та іншому чинному законодавству.

Відповідно до п. 5 ст. 376 ЦК України на вимогу власника або користувача суд може визнати за ним право власності, але у випадках коли, наприклад, самовільну забудову здійснював користувач на земельній ділянці, що перебуває у комунальній власності. Як правильно вказує І. А. Спасибо, визначальним має бути право на земельну ділянку, яким обумовлюється виникнення права на самочинно побудоване майно, чи ні, а не навпаки – визнання права на самочинне будівництво не може впливати на право на земельну ділянку [27, с. 73]. Виходячи з цього, з метою уникнення можливого протистояння власника та користувача, слід право вимоги надавати тільки власнику. ЦК України передбачає можливість подання позовів осіб щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності компетентних органів державної влади, органів місцевого самоврядування із питань, наприклад, відмови від визнання права власності за такими особами. Тому обов'язковою умовою подання позову про визнання самочинного будівництва є звернення до компетентного державного органу. Слід погодитися з І. А. Спасибо, який вказував, що «судове рішення про визнання права власності за певною особою не повинно виноситися, якщо немає інших юридичних фактів – елементів відповідної підстави набуття права власності. Ці позови часто не припускають і наявності відповідача» [27, с. 74–75].

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.
2. Закон України «Про місцеві державні адміністрації» від 09.04.1999 р. № 586-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 20-21. – Ст. 190.
3. Закон України «Про основи містобудування» від 16.11.1992 р. № 2780-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 52 від 29.12.1992 р.

4. Закон України «Про планування і забудову територій» від 20.04.2000 р. № 1699-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 31. – Ст. 250.

5. Закон України «Про архітектурну діяльність» від 20.05.1999 р. № 687-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 31. – Ст. 246.

6. Закон України «Про пожежну безпеку» від 17.12.1993 р. № 3745-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 5. – Ст. 21.

7. Закон України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» від 24.02.1994 р. № 4004-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 27. – Ст. 218.

8. Закон України «Про стандартизацію» від 17.05.2001 р. № 2408-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 24. – Ст. 1057.

9. Закон України «Про підтвердження відповідності» від 17.05.2001 р. № 2406-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 32. – Ст. 1055.

10. Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 р. № 1264-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.

11. Закон України «Про екологічну експертизу» від 09.02.1995 р. № 45/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 8. – Ст. 54.

12. Закон України «Про відповідальність підприємств, їх об'єднань, установ та організацій за порушення у сфері містобудування» від 14.10.1994 р. № 208/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 46. – Ст. 411.

13. Закон України «Про охорону культурної спадщини» від 08.06.2000 р. № 1805-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 39. – Ст. 333.

14. Постанова Кабінету Міністрів України від 22.09.2004 р. № 1243 про затвердження Порядку прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів // Інформаційно-пошукова правова система «НАУ».

15. Про затвердження Типових регіональних правил забудови: Наказ Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 10.12.2001 р. № 219 // Офіційний Вісник України. – 2002. – № 3. – Ст. 99.

16. Положення про порядок надання дозволу на виконання будівельних робіт: затвержене Наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 05.12.2000 р. № 273 // Офіційний Вісник України. – 2000. – № 52. – Ст. 2298.

17. Засідання колегії Генеральної прокуратури України 29 березня 2009 р. «Про стан застосування прокурорами представницьких повноважень у справах за позовами інших осіб з питань, що зачіпають інтереси держави щодо права власності та земельних правовідносин» <http://zik.com.ua/ua/news/2009/03/29/175124>.

18. Інструкція про порядок державної реєстрації права власності на об'єкти нерухомого майна, що перебувають у власності юридичних та фізичних осіб: затверджена наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 09.06.1998 р. № 121 // Офіційний Вісник України. – 1998. – № 26 від 16.07.1998 р.

19. Правила утримання жилих будинків та прибудинкових територій: затверджено Наказом Держжитлокомунгоспу України від 17.05.2005 № 76 // Електронна база даних «Нормативні акти України»: Версія 9.5.3.

20. Недвижимое имущество: государственная регистрация и проблемы правового регулирования / В. А. Алексеев. – М., 2007. – С. 297.

21. Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 1.07.2004 р. № 1952-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 51 – Ст. 553.

22. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 травня 2008 року № 7 // Відомості Верховної Ради України. – 2008. – № 6. – Ст. 94.

23. Положення про порядок врегулювання питань самостійного будівництва у м. Львові. <http://www.city-adm.lviv.ua/>.

24. Постанова Кабінету Міністрів України від 9 вересня 2009 р. № 1035 «Про затвердження Тимчасового порядку прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом приватних житлових будинків садибного типу, дачних та садових будинків з господарськими спорудами і будівлями, спорудженими без дозволу на виконання будівельних робіт» // Електронна база даних «Нормативні акти України»: Версія 9.5.3.

25. Мічурін Є. Особливості правового режиму житла та його співвідношення з іншими видами нерухомого майна // Право України. – 2002. – № 11.

26. Житлове законодавство України: стан та шляхи удосконалення Монографія. / За заг. ред. М. К. Галантича. – К.: НДІ приватного права і підприємництва, 2006. – С. 346–348.

27. Спасибо І. А. Набуття права власності : Монографія. – К: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПРН України. – 2009. – 171 с.

In the article the problems of confession of right of ownership are complex probed on the arbitrary built habitation. Analysed teoretiko-legal question of grounds and consequences of arbitrary building. On the basis of finding out essence of legal norms practical suggestions and recommendations are formulated in relation to the improvement of civil legislation with the purpose of improvement of legal procedures.

В статье комплексно исследуются проблемы признания права собственности на самовольно построенное жилье. Анализируются теоретико-правовые вопросы оснований и последствий самовольно построенного жилья. На основании выявления сущности правовых норм формулируются практические предложения и рекомендации совершенствования гражданского законодательства с целью совершенствования правовых процедур.

МЕЖІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА САМОЗАХИСТ ЯК СПОСОБУ ЗАХИСТУ ЖИТЛОВИХ ПРАВ

Фігель А. А.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

У статті аналізується важливе та актуальне питання – межа здійснення права на самозахист як способу захисту житлових прав, розглядається право на самозахист через призму житлового законодавства, визначається поняття самозахисту житлових прав, способів його реалізації, надання правової оцінки необхідній

обороні, крайній необхідності, пасивному опору, притриманню та самоправству. Крім того, акцентується увага на визначенні конкретних меж здійснення права на самозахист, розкриваються відмінні риси між превентивними заходами та заходами самозахисту.

Ключові слова: самозахист, способи захисту, необхідна оборона, крайня необхідність, притримання, самоправство, превентивні заходи.

Самозахист прав фізичних осіб являється найдавнішою формою захисту прав людини. Г. Кельзен з цього приводу зазначив, що в первісному суспільстві діяв принцип самодопомоги, згідно з яким реалізація санкції за правопорушення була децентралізованою, а саме, довірялась індивідам, інтереси яких потерпіли від правопорушення [1, с. 57].

Впродовж століть, із розвитком суспільства та зміцненням державної влади, можливості самозахисту житлових прав змінювалися, а така форма захисту прав знайшла своє закріплення в різноманітних правових джерелах. Так, у Першому Литовському статуті зазначено, якщо у випадку відбиття нападу володілець будинку забив чи поранив нападника або його помічників у своєму будинку, він міг не платити головщину [2, с. 72].

У радянській науці існували розбіжності в поглядах з приводу правомірності здійснення самозахисту. Одні вчені, такі як В. П. Грибанов [3, с. 118], П. Ф. Єлисейкін [4, с.5], стверджували, що право на захист може здійснюватися як діями самої уповноваженої особи, так і компетентними державними органами, інші (А. С. Шевченко [5, с.7], Б. Ю. Тихонов [6, с.30]) доречно зазначали, що правовий захист здійснюється заінтересованими особами без втручання органу влади. Вчені А. П. Сергеева, Ю. К. Толстой вважають, що у випадку, коли вжиті заходи не дали бажаних результатів, такі особи можуть звернутися за захистом до компетентних органів держави або громадськості.

З моменту прийняття Цивільного кодексу України завершено формування права особи на самозахист. Згідно зі ст. 19 Цивільного кодексу (ЦК) України самозахист – це застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства.

Виділяють два підходи у сфері застосування самозахисту у цивільному праві – обмежувальний та розширювальний [7, с. 515]. Прихильником першого підходу виступав В. П. Грибанов, який вважав, що застосування самозахисту має місце тільки у позадоговірних відносинах [8, с. 168]. Прихильник іншого – М. І. Брагінський під самозахистом розуміє дії, спрямовані на захист цивільних прав як у позадоговірних, так і в договірних відносинах [9, с. 56]. Другий підхід є більш ґрунтовним та знайшов своє законодавче втілення в вищезазначеній нормі.

Законодавство європейських країн більш детально регламентує поняття самозахисту, визначаючи його як «самодопомога».

Відповідно до ст. 1277 ЦК Португалії володілець, майно якого піддавалося порушенню або пограбуванню, має право захищатися і відновлювати порушене володіння власними силами у випадку, коли нормальними засобами примусу неможливо своєчасно відновити порушене право за умови, що особа не виходить за межі заходів, необхідних для припинення шкоди своєму майну [10, с. 51]. Норми щодо застосування заходів самодопомоги містить німецьке та швейцарське законодавство.

Відповідно до чинного ЦК України заходи самозахисту мають бути правомірними. Вважаємо, що не є правомірними

дії чоловіка, який проник у квартиру колишньої дружини за її відсутності, з метою забрати залишені ним документи, оскільки він порушує право дружини на недоторканність її приватного житла, що гарантується ст. 30 Конституції України, ст. 162 КК України. Суперечитимуть вимогам ч. 3 ст. 47 Конституції України, ст. 169 Житлового кодексу України дії дружини, яка на виконання умов шлюбного договору щодо обов'язку чоловіка у випадку розлучення звільнити квартиру дружини, намагатиметься самостійно виселити чоловіка (виносить речі чоловіка, замінює замки).

При самозахисті житлових прав способи такого захисту повинні відповідати змістові права, тобто повинні захищати тільки це право та зустрічно не порушувати права особи, яка порушила таке право, а також ці дії мають бути адекватними порушенню, відповідати наслідкам, що спричинені порушенням. Отже, особа може сама обирати способи самозахисту, в тому числі й використовувати способи, встановлені договором або актами цивільного законодавства.

Тому під способом самозахисту прав фізичних осіб на житло слід розуміти заходи примусового характеру, за допомогою яких здійснюється припинення порушення, поновлення порушених прав та інтересів та здійснюється вплив на правопорушника.

В чинному законодавстві не міститься норми, яка б давала перелік способів самозахисту. Деякі вимоги до способів захисту, які можуть бути використані суб'єктами самозахисту, містить ч. 2 ст. 16 – 19 ЦК України, а саме, припинення дії, яка порушує право, відновлення становища, яке існувало до порушення, зміна правовідносин, припинення правовідносин та інші способи відшкодування майнової шкоди.

Як правило, спосіб захисту порушеного права прямо визначається не ЦК України, а спеціальним законом, який регламентує конкретне правовідношення [11, с. 316].

Слід зазначити, що вимога з приводу відповідності способів самозахисту наслідкам, які спричинені правопорушенням, взагалі ставить під сумнів самозахист прав як такий та дає судам можливості для вирішення спорів на власний розсуд. Для цього необхідно конкретизувати такі правомірні та неправомірні випадки самозахисту права як необхідна оборона та крайня необхідність.

Застосування поняття необхідної оборони для визначення дій суб'єкта як самозахисту прав можливе тільки за умови, якщо мало місце протиправне посягання. Оборона кваліфікується як необхідна, якщо порушнику причиняється не будь-яка шкода, а необхідна і достатня за даних обставин для негайного відвернення чи припинення посягання, а також повинна відповідати характеру посягань за часом та інтенсивністю.

Наприклад, у випадку відбиття протиправного насильницького вторгнення у житло допускається завдання нападникові будь-якої шкоди (ч. 5 ст. 36 КК).

Крім необхідної оборони допускається такий спосіб захисту як пасивний опір. Останній може застосовуватись при не виконанні незаконних розпоряджень органів державної влади та наказів посадових осіб (ст. 60

Конституції України). Наприклад, відмова мешканця гуртожитку (за наявності спеціального ордера) покинути займану ним кімнату на підставі наказу ректора університету, оскільки визнання ордера недійсним вирішується в судовому порядку (ст. 59 ЖК України).

Право на самозахист у стані крайньої необхідності виникає у випадку наявності небезпеки порушення цивільних прав та інтересів та неможливості усунення такої небезпеки іншими засобами, тобто на відміну від необхідної оборони, особа повинна враховувати можливість уникнення небезпеки без завдання шкоди.

Дії в стані крайньої необхідності, залежно від обставин, що виникли, можуть визнаватись правомірним або неправомірним захистом житлових прав. Так, дії власника будинку, в якому виникла надзвичайна подія, можна розцінити як правомірні, коли останній проник у будинок сусіда, виламавши при цьому двері з метою набрати води для гасіння пожежі.

З одного боку, власник вчинив певні дії для усунення виниклої небезпеки, що загрожувала його майну, а таку небезпеку не можна було усунути іншими засобами, з іншої – завдав при цьому матеріальної шкоди власнику будинку.

У згаданому випадку, при визначенні правомірності таких дій, необхідно «виходити» із розміру завданої шкоди. Якщо така шкода є більш значною ніж відвернена, то дії особи перевищують межі крайньої необхідності, вчиняються умисно і можуть містити ознаки самоправства. Проте в усіх випадках шкода, заподіяна в стані крайньої необхідності, підлягає відшкодуванню особою, що її завдала, або особою, в інтересах якої діяв завдавач шкоди (ст. 1171 ЦК України).

Згідно з вимогами ст. 356 КК України, ст. 186 КпАП самоправство являє собою самовільне, всупереч встановленому законом порядку, вчинення будь-яких дій, правомірність яких оспорується.

Для прикладу можна навести судову справу, де П. Б. викрав у доньки ключі від квартири, яка належала йому та його колишній дружині на праві спільної власності і в яку він не міг потрапити, тому що колишня дружина поміняла замки. Потрапивши у квартиру, він виявив, що його речі зникли. Тоді він узяв речі колишньої дружини, щоб примусити її до повернення його речей і розділу житлової площі. Суд кваліфікував його дії як самоуправство, оскільки він, проникнувши у квартиру, діяв у межах самозахисту права на користування квартирою, але, намагаючись вирішити питання майнового характеру з колишньою дружиною шляхом вилучення її речей, діяв незаконно [12, с. 17].

Притримання майна кредитором, як зазначає Є. О. Харитонов, є способом самозахисту, однак ЦК України визначає притримання як один із способів забезпечення виконання зобов'язання (ст. 594 – 597, 856 ЦК). Притримання речі допускається доти, доки зобов'язання не буде виконане [13, с. 192].

В свою чергу, Т. Карнаух зазначає, що притримання і самозахист, незважаючи на схожі риси, все ж таки є різними за своєю сутністю правовими інститутами, адже притримання передбачає майнову гарантію кредиторю, яка реалізується за рішенням суду шляхом продажу притриманої речі, а самозахист – здійснюється поза судом. Для правомірного здійснення самозахисту необхідно

дотримуватись принципу співмірності, що не вимагається для притримання. Застосування притримання допускається тільки після порушення прав кредитора, тоді як самозахист може бути здійсненим і у випадку виникнення небезпеки такого порушення [14, с. 10].

Не можна вважати самозахистом дії, які здійснюються володільцем житлових прав до початку посягання та спрямовані на поновлення порушеного права, якщо таке порушення вже закінчене. У свою чергу, нездійснення особою своїх цивільних прав не є підставою для їх припинення (ст. 12 ЦК України).

Так, не вжиття особою заходів із самозахисту житлових прав (недопущення в помешкання родичів, які без достатніх правовстановлюючих документів претендують на зайняття житлової площі) не позбавляє права особи звернутися до судових інстанцій і з позовом про усунення перешкод у користуванні житлом. Неприпустимими є дії власника чи користувача житла щодо поновлення порушених прав, які мають місце після закінчення порушення або загрози його настання.

Ряд науковців до заходів самозахисту відносять певні превентивні заходи, такі як укладення договорів охорони, створення відповідних служб охорони, встановлення пристроїв сигналізації та ураження тощо.

На думку вчених Г. А. Свєрдлика та Е. Л. Страунінга, в суспільстві існують різного роду розкрадання, загроза такого правопорушення є достатньо реальною, а незастосування таких заходів не лише збільшує реальність порушення, а й прискорює його настання [15, с. 23]. У свою чергу, А. Примаренко зазначив, що захист може здійснюватись тільки від посягання чи реальної загрози, а не від імовірної небезпеки [16, с. 9].

Так, дії працівників охоронної фірми, які не допустили до приміщення багатопверхового житлового будинку особу, яка там не проживає, слід вважати як захід охорони, а не самозахисту

В науці також виникли розбіжності з приводу правомірності встановлення пристроїв, які спрямовані на ураження особи-правопорушника. Деякі науковці, такі як Л. С. Новосельцева, не визнають дію зі встановлення таких пристроїв як захід захисту в стані необхідної оборони, адже характер захисту та завданої шкоди визначається характером посягання, що виключає це співвідношення під час влаштування таких приладів. Ступінь суспільної небезпеки в такому випадку припускається, а шкода може бути завдана будь-якій особі [17, с. 18].

А. Ф. Кони з цього приводу висловлює іншу думку та зазначає, що у випадку визнання законом права на майно, останній визнає і право на застосування необхідних заходів з охорони цього майна.

Існують інші аргументи щодо правомірності встановлення пристроїв з ураження: одні твердять, що в реалії важко забезпечити дію пристрою на конкретну особу порушника, вважаючи їх безконтрольними [18, с. 121], інші вважають, що їх влаштування є неприпустимим, оскільки такими діями переслідується не тільки мета охорони, а й заподіяння шкоди. Превентивні заходи та заходи самозахисту відрізняються застосуванням таких заходів у часі: перші – в більшості випадків застосовуються до вчинення правопорушення або його посягання (встановлення сигналізації в будинку), другі – в момент

безпосереднього посягання або вчинення (виламав двері сусіднього будинку з метою гасіння у ньому пожежі та недопущення її поширення). Зазначені заходи відрізняються характером діянь та наслідками спричиненої шкоди. При застосуванні превентивного заходу захисту (охорона території собаками) власником майна не передбачається сутність суспільної небезпеки посягання (особа помилково потрапила не зазначену територію) та наслідки заподіяних збитків (через надмірну агресію тварин отримала тілесні ушкодження, в результаті чого померла). У випадку застосування заходів самозахисту дії та наслідки діянь особою передбачаються, якщо не повністю (необхідна оборона), то частково (крайня необхідність). Враховуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що превентивні заходи в основному не належать до заходів самозахисту, існують окремо від них та застосовуються з метою охорони житлових прав фізичних осіб, попередження по їх недопущенню. Застосування превентивних заходів як заходів самозахисту можливе у випадку безпосереднього їх застосування в момент вчинення порушення житлових прав фізичної особи. Так, включення сигналізації в житловому будинку з метою привернути увагу працівників державної служби охорони – дія власника майна, спрямована на його захист, а дії працівників такої фірми по затриманню правопорушника – заходи уповноважених органів.

Отже, можна дійти висновку, що самозахист житлових прав фізичних осіб – це право особи на захист порушених своїх та інших житлових прав і інтересів, без звернення до юрисдикційного органу, яке реалізується за допомогою заходів, що відповідають принципам моралі і законності та спрямовані на попередження, припинення порушення житлових права або усунення його наслідків.

Межі здійснення права на самозахист визначаються: призначенням права (попередження, припинення порушення чи усуненням його наслідків); суб'єктивним складом (фізичні та юридичні особи); часовими межами (з моменту порушення або виникнення реальної загрози і до моменту зникнення такої загрози або настання неможливості самостійно відновити порушені права); способом здійснення права, а саме, заходи щодо самозахисту не повинні бути забороненими законом і суперечити моральним засадам суспільства, мають відповідати змісту порушеного права (інтересу), характеру дій, якими воно порушено, чи створена реальна загроза порушення (бути необхідними та достатніми); наслідкам порушення (реальним чи можливим).

Самозахист являється первинним засобом захисту житлових прав, сприяє негайному усуненню виявлених порушень, однак не завжди є достатньо ефективним для особи, чий права було порушено, оскільки дії останньої можуть перевищити «межі самозахисту», що призведе до негативних наслідків відносно особи, яка охороняє свої житлові права, а її дії не містять примусово-зобов'язального характеру по відношенню до особи-порушника, «каральна функція державних органів» з приводу притягнення до відповідальності, відшкодування завданої шкоди правопорушником тощо не застосовується, що, у свою чергу, недостатньо сприяє попередженню таких порушень в майбутньому.

При цьому слід погодитися з думкою Р. М. Сидельникова, що «державний захист може витіснити самозахист лише тоді, коли він здатен заповнити місце останнього» [19, с. 37].

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Чистое учение* о праве Ганса Кельзена: К XIII конгрессу Международной ассоциации правовой и социальной философии (Токио, 1987): Серия: Проблемы государства и права за рубежом: Пер. с нем. С. В. Лезова, Ю. С. Пивоварова / Отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович. – М.: Отдел государства и права АН СССР, 1987. – Вып. 1. – С. 195.
2. *Хрестоматія* з історії держави і права України. Навчальний посібник для юридичних навчальних закладів і факультетів: У 2-х т. / В. Д. Гончаренко, А. І. Рогожин, О. Д. Святоцький. – К.: Ін Юре, 1997. – Т. 1: 3 найдавніших часів до початку XX ст. – С. 464.
3. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2001. – С. 411.
4. *Елисейкин П. Ф.* О понятии и месте охранительных отношений в механизме правового регулирования // *Юридические гарантии применения прав и режим социалистической законности в СССР: Межвуз. тематич. сб.* – Ярославль: Типография Ярославского политехнического ин-та. – 1975. – Вып. 1. – С. 5–10.
5. *Шевченко А. С.* Охранительные правоотношения в механизме защиты субъективных гражданских прав // *Механизм защиты субъективных гражданских прав: Сб. науч. тр.* – Ярославль: Типография Ярославского политехнического института. – 1990. – С. 27–35.
6. *Тихонов Б. Ю.* Субъективные права советских граждан, их охрана и защита: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.712 / Всесоюзный юридический заочный институт. – М., 1972. – С. 30–31.
7. *Галантич М. К.* Житлове законодавство: стан та шляхи удосконалення. – К., 2006. – С. 562.
8. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. – М., 1970. – С. 168.
9. *Брагинский М. И.* та інші. Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. – М., 1996. – С. 56.
10. *Сарбаи С. В.* Право удержания и самозащита // *Юридический мир.* – 1998. – № 8. – С. 47–52.
11. *Галантич М. К.* Здійснення та судовий захист суб'єктивних житлових прав. – К.: Підручники і посібники, 2009. – С. 495.
12. *Свердлов Г. А., Страунинг Э. Л.* Способы самозащиты гражданских прав и их классификация // *Хозяйство и право.* – 1999. – № 2. – С. 208.
13. *Харитонов Є. О.* Цивільне право України. Підручник. – К.: Істина, 2003 – С. 192.
14. *Карнаух Т.* Право притримання та самозахист: відмінні та спільні риси // *Юридична Україна.* – 2006. – № 10 – С. 15–20.
15. *Свердлов Г. А., Страунинг Э. Л.* Понятие и юридическая природа самозащиты гражданских прав // *Государство и право.* – 1998. – № 5. – С. 17–24.
16. *Примаченко А.* Защищать имущество можно с оружием в руках. Правда, далеко не все судьи с этим согласны // *Зеркало недели.* – 2000, 29 апреля – С. 8–10.
17. *Новосельцева Л. С.* Возмещение вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости и необходимой обороны: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.712 / Всесоюзный юридический заочный институт. – М., 1971. – 20 с.
18. *Володарський В.* Проблемні питання необхідної оборони // *Право України.* – 1998. – № 11. – С. 118–122.

19. Сидельников Р. М. Легітимація і легалізація самозахисту цивільних прав// Проблеми законності: Респ. міжвідомчий наук.

зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків: Нац. юрид. академ. України. – 2003. – Вип. 59. – С. 34 – 39.

The article is devoted an to the important and actual question – limit of realization of right on a self-defence, as to the method of defence of housings rights, consideration of right on a self-defence through the prism of housing legislation, to determination of concept of self-defence of housings rights, methods of his realization, grant of legal estimation a necessary defensive, absolute necessity, passive resistance, holding and arbitrariness. Attention is in addition, accented on determination of concrete limits of realization of right on a self-defence, distinguishing features open up between preventive measures and measures of self-defence.

В статтє анализируєтєся важный и актуальный вопрос – предел осуществления права на самозащиту как способ защиты жилищных прав, рассматривается право на самозащиту сквозь призму жилищного законодательства, определяется понятие самозащиты жилищных прав, способов ее реализации, предоставление правовой оценки необходимой обороне, крайней необходимости, пассивному сопротивлению, притерживанию и самоуправству. Кроме того, акцентировуєтєся внимание на определении конкретных пределов осуществления права на самозащиту, раскрываються отличительные черты между превентивными мерами и мерами самозащиты.

КОНФІСКАЦІЯ ЯК СПОСІБ ПРИМУСОВОГО ПРИПИНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА САДИБУ

Хімич С. П.,

молодший науковий співробітник

відділу юрисдикційних форм правового захисту суб'єктів приватного права НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

У статті аналізуютьєся загальні особливості поняття конфіскації як способу примусового припинення права власності на садибу.

Ключові слова: недоторканність житла, садиба, конфіскація, примусове припинення права власності.

Підставами припинення права власності є юридичні факти (певні обставини), з якими закон пов'язує ліквідацію права власності взагалі або перехід його до іншої особи. При цьому одні й ті самі юридичні факти можуть одночасно бути підставами припинення права власності у одній особі та підставами виникнення права власності в іншій. Наприклад, договір купівлі-продажу є підставою припинення права власності у продавця та підставою виникнення права власності у покупця.

Глава 25 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України визначає підстави припинення права власності. Відповідно до ст. 346 ЦК України право власності припиняється у випадку:

- відчуження власником свого майна;
- відмови власника від права власності;
- припинення права власності на майно, яке за законом не може належати цій особі;
- знищення майна;
- викупу пам'яток історії та культури;
- викупу земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю;
- викупу нерухомого майна у зв'язку з викупом з метою суспільної необхідності земельної ділянки, на якій воно розміщене;
- звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника;
- ревізиції;
- конфіскації.

Слід звернути увагу на те, що наведений перелік не є вичерпним. Згідно з ч. 2 ст. 346 ЦК України право власності може бути припинене також у інших випадках, встановлених законом. До них належить, наприклад, придбання майна проти волі власника добросовісним набувачем (ст. 388 ЦК), смерть власника (ст. 1216 ЦК).

Отже, українське цивільне законодавство передбачає чимало підстав позбавлення суб'єктивного права на житло.

Метою цієї статті є дослідження, завдяки яким необхідно з'ясувати наскільки справедливими і науково виваженими є сьогодні з позицій прав людини підстави примусового припинення права власності на садибу на прикладі конфіскації.

Здійснення людиною свого природного права на життя пов'язане з багатьма факторами, серед яких чільне місце посідає наявність у неї житла. Втрата людиною житла створює реальну загрозу для її фізичного та соціального буття. Саме тому Конституція України у ст. 30 проголошує недоторканність житла. Але юридичний зміст недоторканності житла не зводиться лише до неможливості незаконного проникнення у житло особи, його основний сенс – забезпечення стабільності відносин власності чи оренди, об'єктом яких є житло – будинок, квартира, кімната у гуртожитку тощо. Стабільність цих відносин забезпечується різноманітними цивільно-правовими засобами, зокрема, чітким законодавчим закріпленням підстав примусового припинення права на житло.

Проблема цивільно-правового регулювання позбавлення суб'єктивного права на житло не є новою для юридичної науки. Дослідження цієї проблеми проводились ще за радянських часів, тому їх результати частково втратили свою актуальність. Сьогодні в Україні встановлено нову систему захисту прав людини, оновлено принципи цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України), змінено співвідношення приватного та державного житлового фонду, сформовано ринок житла. Наслідком цього стала необхідність розробки нових засад правового механізму позбавлення суб'єктивного права на житло, що максимально враховував права людини та відповідав балансу інтересів людини і ринковим принципам

економіки. Застосування примусових підстав припинення права власності на житло, оренди, породжує питання забезпечення, гарантування права особи на житло.

Теоретичним підґрунтям для дослідження проблеми примусового позбавлення суб'єктивного права на житло стали праці науковців дореволюційного, радянського і сучасного періодів: С. Богданова, І. Брауде, Д. Вагмана, А. Венедіктова, М. Венеціанова, М. Галянтича, В. Грибанова, О. Дзери, П. Дятлова, О. Іоффе, А. Кабалкіна, Ю. Конькова, Л. Красавчикової, П. Крашенінникова, Н. Кузнецової, В. Маслова, С. Мічуріна, П. Нікіпока, Й. Покровського, З. Ромовської, Н. Саніахметової, П. Седугіна, М. Сібільова, С. Суханова, С. Харитонова, Я. Шевченко, Г. Шершеневича та інших.

У проєкті Житлового кодексу (далі – ЖК) України (п. 5 ст. 78) передбачено, що житло може бути безоплатно вилучене (конфісковане) у власника лише за рішенням (вироком) суду. При цьому порядок проведення і наслідки конфіскації не викладено у проєкті ЖК і ЦК України. А це потребує докладного правового регулювання, оскільки стосується конституційного права громадян на житло. Наведене вимагає розроблення цих питань як у юридичній науці, так і законодавстві. У Земельному кодексі (далі – ЗК) України (ст. 148) передбачено, що земельна ділянка може бути конфіскована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановленому законом. Наведена норма побічно стосується конфіскації жилих приміщень, тому що вони нерозривно пов'язані із землею. Отже, у власника може бути конфісковано будинок з усіма будівлями і ділянкою. Така ситуація викликає запитання: чи можливо це у правовій, соціальній державі?

Недоторканість права приватної власності на житло гарантується як Конституцією України, так і цивільним, житловим законодавством. Однак у випадках, прямо передбачених законом, право названої власності може бути припинене примусово. Одним з них є конфіскація. Так, відповідно до ч. 7 ст. 41 Конституції України конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі і порядку, встановленому законом. Вона спричиняє припинення права приватної власності на жиле приміщення і виникнення права державної власності. Конфіскація є санкцією, що застосовується до правопорушників, і характерна для кримінального, адміністративного, митного права. Конфіскація житла може бути застосована лише на підставі нормативного акта, що має вищу юридичну чинність [1, с. 75–77].

Конфіскація – це примусове безоплатне вилучення садиби у власника і звернення його у власність держави. Конфіскація – це не приватноправове явище, а можливість її застосування щодо приватних власників, передбачена ст. 41 Конституції України. Відповідно до ч. 1 ст. 354 ЦК України конфіскація застосовується як санкція за вчинення правопорушення у випадках, встановлених законом.

Конфіскація садиби – санкція (покарання) за скоєний злочин. У випадках, передбачених Кримінальним кодексом (далі – КК) України [2, ст. 920], конфіскація застосовується за рішенням суду. У літературі зверталась увага на несправедливість цієї санкції, пропонувалось кілька варіантів вирішення проблем, пов'язаних з конфіскацією.

Щодо юридичної науки, то існують такі точки зору на проблему, що розглядається. Так, О. Дзера пропонує або встановити кількість обмежень щодо розміру конфіскованого

майна, або взагалі виключити із КК України таку міру покарання, замінивши її відповідною сумою штрафів. На підтвердження своєї позиції він посиляється на те, що в окремих країнах конфіскація майна, як санкція за скоєний злочин, не передбачається (наприклад, у США) [3, с. 270]. Пропозиція О. Дзери не була врахована законодавцем, тому ця проблема так і залишається невирішеною. Про конфіскацію йдеться не лише у ЦК України, а й у ЗК України, у ст. 148 якого зазначено, що земельна ділянка може бути конфіскована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановленому законом.

Н. Саніахметова зазначає, що порушення житлового законодавства тягне за собою застосування різних заходів цивільно-правової відповідальності: компенсаційних (відшкодування заподіяних жилому фонду збитків), штрафних (пеня, що стягується при несвоєчасному внесенні плати за користування жилим приміщенням, і комунальні послуги), конфіскаційних (безоплатне вилучення будинку, що використовується для систематичного отримання нетрудових доходів, вилучення будинку за безгосподарне його утримання) [4, с. 10]. Щодо останньої санкції слід зазначити, що застосування конфіскації у цивільному праві нині значно звужилося. Так, не може йтися про поняття нетрудового доходу в житловому праві і про конфіскацію будинку за безгосподарне його утримання, бо це суперечить Конституції України.

Таким чином, конфіскація жилого приміщення – це безоплатне вилучення його у власність держави у власника за вчинення ним винного, протиправного діяння, що застосовується на підставі рішення суду. Вона завжди є примусовим підґрунтям припинення права приватної власності на жиле приміщення і, водночас, підставою виникнення державної власності.

Так, на думку О. Абрамової, у майбутньому цивільному, житловому, кримінальному законодавстві слід відмовитися від конфіскації жилого приміщення і включити його до переліку майна, яке не підлягає конфіскації. У зв'язку з цим необхідно внести відповідні зміни до Переліку майна, що не підлягає конфіскації за судовим вироком. Пункт перший першого розділу цього Переліку слід викласти у такій редакції: «не підлягає конфіскації жиле приміщення (зокрема, квартира, кімната, жилий будинок з господарськими будівлями чи їх частина), якщо засуджений або його родина постійно там проживають» [5, с. 103–107].

Отже, на нашу думку, конфіскація жилого приміщення є дуже суворим покаранням для засудженого, оскільки вона стосується конституційних прав людини, що зберігаються також і за злочинцями: право на гідний життєвий рівень, на житло. Така конфіскація може заподіяти великої шкоди суспільству, оскільки позбавляє людину після відбуття покарання свого житла, а це не сприятиме її реабілітації на волі. Крім того, вона суперечить принципам цивільного і житлового права. Отже, у кримінальному праві жиле приміщення слід віднести до об'єктів, які не підлягають конфіскації, а в цивільному і житловому – повністю від неї відмовитися.

На відміну від українського законодавства у законодавстві РФ передбачено Перелік майна, що не підлягає конфіскації на підставі вироку суду. Відповідно до цього Переліку конфіскації не підлягає таке майно [6, с. 26–29]:

– житловий будинок чи окрема його частина, якщо засуджений і його сім'я постійно в ньому проживають;
– земельна ділянка, на якій розташовані будинок і господарські будівлі, що не підлягають конфіскації, а також земельні ділянки, необхідні для ведення сільського або підсобного господарства.

На нашу думку, доцільно таким чином вирішувати питання, пов'язані з конфіскацією присадибної земельної ділянки (садиби) і в Україні.

На підставі викладеного можна зробити висновок, що на сьогодні проблема конфіскації є досить актуальною. Її не розглянуто детально з точки зору принципів розвитку суспільства, закладених у Конституції України. Це потребує глибшого розгляду її в юридичній науці і регламентації у кримінальному, цивільному і житловому законодавствах. Дослідження позбавлення суб'єктивного права на житло зумовлено і наявністю прогалин у національному законодавстві, яке необхідно вдосконалити з урахуванням європейського досвіду в галузі стандартів прав людини та механізмів їх реалізації. Кожна держава

The article examines the general features of the concept of forfeiture as a means of forced termination of ownership of homestead.

В статье анализируется суть конфискации как одного из способов принудительного прекращения права собственности на усадьбу.

Європейського Союзу має свій досвід з цієї проблеми, яку необхідно вивчати та не допускати можливих помилок під час практики застосування норм з позбавлення суб'єктивного права на житло.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Аврамова О. Є.* Конституційне право на житло // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 76. – С. 75–77.
2. *Кримінальний кодекс* України: станом на 5 квітня 2001 р. // Офіційний вісник України. – 2001. – № 21. – Ст. 920.
3. *Дзера І. О.* Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні / Дзера І. О. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 256 с.
4. *Саниахметова Н. А.* Гражданско-правовая ответственность как средство обеспечения надлежащего осуществления права на жилище: автореф. ... канд. юрид. наук. – Х., 1985.
5. *Аврамова О.* Конфіскація і ревізіція з точки зору житлового права // Право України. – 2003. – № 5. – С. 103–107.
6. *Харченко О. С.* Деякі питання підстав примусового припинення права власності // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 4. – С. 26–29.

ОСОБИСТІЙ СЕРВІТУТ НА ЖИТЛО

Білоцький О. В.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

У статті комплексно досліджуються проблеми особистого сервітуту на житло. Аналізуються теоретико-правові питання встановлення особистого сервітуту на житло у фізичної особи.

Ключові слова: житло, особистий сервітут, члени сім'ї власника.

Частиною 1 ст. 405 ЦК визначено, що особистим є сервітут, який належить конкретно визначеній особі – члену сім'ї власника. Особисті сервітуту для не членів сім'ї можуть встановлюватися в результаті заповідалного відказу і полягати у праві довічного проживання в чужому будинку (квартирі). Підставою для виникнення особистого сервітуту є юридичні факти: шлюб із власником майна, що тягне за собою спільне проживання подружжя у житлі, яке належить одному із них на праві власності, народження дитини у батьків, які є власниками житла тощо.

Особливості особистого сервітуту на житло полягають у тому, що: він встановлюється законом, договором, заповітом; носить оплатний характер; він є довічним правом і не переходить до спадкоємців; встановлюється лише власником житла, який має право визначати порядок користування окремими жилими приміщеннями. Сервітуту можуть виникати з різних підстав. У відносинах із використання житлової площі власника сервітут виникає переважно із договорів, давності користування, судового рішення або закону.

Двостороння угода в такій ситуації матиме місце у випадку, якщо вселяється інший із подружжя. Вселення неповнолітніх дітей може здійснюватися як за двосторонньою угодою (коли власник виявив згоду), так і за односторонньою (коли власник проти), оскільки на таке вселення має право один із подружжя.

Особистий сервітут полягає у правомочності члена сім'ї власника вселяти в займане ним приміщення своїх

неповнолітніх дітей, не отримуючи на це згоду власника, і вони також набувають право користування житловим приміщенням у повному обсязі. При цьому члени сім'ї не лише мають право, а й зобов'язані підтримувати своє житло в належному стані, нести витрати на утримання житла.

Специфіка правового статусу члена сім'ї власника дає змогу стверджувати, що їх права є елементами абсолютного, а не зобов'язального відношення. Це право фізичних осіб на чуже майно, в основу якого покладено сервітут. Визнання та закріплення в законодавстві сервітутного характеру житлових прав членів сім'ї – не власників дало б змогу певною мірою гарантувати їх права.

Сервітутний характер житлових прав членів сім'ї власника житла особливого значення набуває при припиненні шлюбних відносин, коли виникає ситуація, за якою члени сім'ї – не власники виселяються без надання іншого жилого приміщення, у тому числі при продажу житла власником третім особам.

Слід зазначити, що житлові права членів сім'ї власника, що лежать в основі особистого сервітуту, є безстроковими. Кожен член сім'ї власника практично вправі довічно користуватися відповідними житловими приміщеннями. Житлові права членів сім'ї власника є невідчужуваними, оскільки носять особистий немайновий характер. З іншого боку, виникає питання, чи виникають сервітутні відносини у конкубінаті. Хоча В. Ю. Москалюк пропонує ввести поняття «сторона конкубінату» і,

відповідно, надати їй довічного права користування житлом, яке належить іншій стороні конкубінату – власнику житла. При цьому, як зазначає автор, це право припиняється у разі припинення конкубінату [1, с. 40]. Проте така авторська позиція схожа на механічне поширення сервітутних житлових відносин членів сім'ї на інших осіб, які таких прав не можуть мати.

Виникає питання, чи може власник житла припинити особистий сервітут до смерті уповноваженої особи з огляду на те, що сервітутне право є довічним? У випадку, коли особистий сервітут виникає із сімейних стосунків (одного із подружжя, дітей на майно батьків), то інший з подружжя набуває прав користування чужим майном. Разом із тим з припиненням сімейних стосунків (розірванням шлюбу) відпадає підстава для особистого сервітуту, що підтверджується п. 4 ч. 1 ст. 406 ЦК України, згідно з яким підставою припинення сервітуту є припинення обставини, яка була підставою для встановлення сервітуту. Слід зазначити, що припинення сімейних відносин між чоловіком і дружиною не може за собою тягнути припинення особистого сервітуту у дітей. Тим більше, місце проживання дитини визначається за тим подружжям, яке не є власником житла, а продовжує проживати разом із дитиною у житловому приміщенні, що належить власнику.

Відповідно до ст. 301 Цивільного кодексу Польщі, особа, яка користується правом житлового сервітуту, має право прийняти на проживання дружину і малолітніх дітей, які можуть залишатися на проживання і після досягнення ними повноліття [2, с. 135]. Викладене свідчить про необхідність внесення змін до ч. 1 ст. 405 ЦК України, яку доцільно викласти у такій редакції: «Члени сім'ї власника житла та колишні члени сім'ї власника житла, які проживають разом із ним, мають право на користування цим житлом відповідно до Закону і після припинення обставини, яка була підставою для встановлення сервітуту, якщо інше не передбачене договором між ними».

Особистий сервітут може належати певній особі, не пов'язаній із особою власника. Власник житла наявністю особистого сервітуту лише обмежується у праві користування своїм житлом. Проте власник житла не обмежується у праві розпоряджатися ним, відчувувати іншим шляхом, у тому числі шляхом невиконання договору застави, предметом якої є це житло.

Стаття 40 Закону України «Про іпотеку» [3] передбачає як підставу для виселення всіх мешканців із житла звернення стягнення на передачу в іпотеку житлового будинку чи житлового приміщення. При цьому встановлюється виняток лише для наймачів та членів їх сімей. Таке правило слід поширити на носіїв особистих сервітутних прав. Цю невідповідність слід усунути доповненням ч. 1 ст. 40 Закону України «Про іпотеку» вказівкою такого змісту: «Особі, які проживають у зазначених приміщеннях на умовах особистого сервітуту, не підлягають виселенню».

In the article problems are complex probed personal servitutu on habitation. Analysed teoretiko-legal question of establishment personal servitutu on habitation for a physical person.

В статтє комплексно исследуются проблемы личного сервитута на жильє. Анализируются теоретико-правовые вопросы установления личного сервитута на жильє у физического лица.

Члени сім'ї власника житлового приміщення мають право користуватися конкретним жилим приміщенням нарівні із власником, якщо інше не встановлено угодою між членами сім'ї і власником шлюбним контрактом.

У випадку припинення сімейних відносин із власником жилого приміщення право користування цим приміщенням за колишнім членом сім'ї власника не зберігається. Якщо у колишнього члена сім'ї власника жилого приміщення відсутні підстави для придбання або здійснення права користування іншим жилим приміщенням, а також якщо майновий стан колишнього члена сім'ї не дає йому можливості забезпечити себе іншим житлом, то право користування житлом повинно бути збережено за цим членом сім'ї на певний строк за рішенням суду. При цьому суд може зобов'язати власника та інших членів його сім'ї забезпечити житлом членів його сім'ї, на користь яких власник виконує аліментні зобов'язання.

Право користування житлом колишнього члена сім'ї власника припиняється одночасно із припиненням права власності на це житлове приміщення.

Статтею 405 ЦК України визначено право проживання лише для членів сім'ї власника житла. Слід погодитися з думкою І. Севрюкової, яка вважає, що обмеженість кола суб'єктів права проживання стримуватиме розвиток правовідносин даного виду і розпорядчих можливостей власника [6, с. 115].

Слід зазначити, що практика встановлення права проживання на підставі договору, заповіту для осіб, які не є членами сім'ї власника, є поширеною. На відміну від договору найму, метою права проживання як особистого сервітуту не може бути отримання зиску, воно встановлюється з метою задоволення власних потреб користувача.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Москалюк В. Ю.* Правова природа та деякі особливості права жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою, на житло, яке є особистою приватною власністю одного з них // Реформування житлового законодавства: проблеми та перспективи (за матеріалами круглого столу, м. Харків, 16 грудня 2006 р.). – Х., 2006. – 172 с.
2. *Гражданский кодекс Польской Народной Республики.* – Варшава, 1966. – 344 с.
3. *Про іпотеку:* Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 38. – Ст. 313.
4. *Про нотаріат:* Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.
5. *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.
6. *Севрюкова И. Ф.* Виды ограниченных вещных прав и владение в системе украинского гражданского законодательства: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Инст-т держ. і права ім. В. М. Корецького. – К., 1998. – 19 с.

МІСЦЕ КОНКУРЕНТНОГО ПРАВА У СИСТЕМІ ПРАВА УКРАЇНИ

Безух О. В.,

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

Дано визначення інституту конкурентного права та розглянуто його місце в системі права України.

Ключові слова: економічна конкуренція, регулювання господарської діяльності, конкурентне право.

Право є необхідним структурним елементом для функціонування економіки в цілому, нормального здійснення економічних процесів і пов'язаних з ним соціальних процесів. В умовах виникнення економічних криз, пов'язаних із порушенням чи припиненням дії економічних законів та намаганням влади за допомогою правових актів виправити ситуацію, постає питання про зміст та методи правового регулювання економіки, місце створених правових норм в системі права.

Для визначення правових норм, що регулюють суспільні відносини у сфері захисту економічної конкуренції, використовується поняття конкурентного законодавства, положення якого повинні визначати, коли і між якими суб'єктами повинні виникати правовідносини, а також майбутні права та обов'язки сторін.

Конкурентне законодавство, враховуючи радянські традиції, склалося як під впливом національного права, так і значною мірою під впливом міжнародних джерел права, метою яких є регулювання економічної конкуренції.

Конкурентне законодавство має широке тлумачення і охоплює всі заходи та правові норми, пов'язані із розвитком та захистом економічної конкуренції в Україні. Необхідно зазначити, що різномірний правовий матеріал об'єднано за цільовою ознакою, що свідчить про комплексний характер правового інституту захисту економічної конкуренції. Цей інститут містить норми, які традиційно відносять до цивільного, адміністративного, фінансового, кримінального, фінансового та інших галузей права, але домінуюче значення мають норми господарського права, які визначають особливості правового режиму регулювання відносин економічної конкуренції та визначають його комплексний характер.

Відносини, виникаючи в економічній конкуренції, разом з цим володіють певною єдністю, яка обумовлена спільністю мети правового регулювання відносин економічної конкуренції.

З одного боку, у процесі конкуренції повинна досягатися ефективність виробництва, яка забезпечується: 1) структурою виробництва, тобто його станом, 2) ефективністю управління та втіленням науково-технічних досягнень у виробництво, тобто динамікою її розвитку. З іншого боку, справедлива конкуренція повинна забезпечити захист споживачів від порушення правил та інших неправомірних дій суб'єктів господарювання, спрямованих на неправомірний перерозподіл матеріальних благ шляхом їх вилучення у споживачів та добросовісних суб'єктів господарювання. Тому держава, в особі уповноважених органів, забезпечує захист економічної конкуренції шляхом здійснення контрольних функцій та гарантування приватних економічних відносин, підтримання певного економічного порядку та притягнення винних у порушенні правил економічної конкуренції до відповідальності. Суб'єкти

господарювання конкурують між собою, а споживач виступає арбітром (оцінювачем) діяльності конкурентів та забезпечує перерозподіл матеріальних благ на користь більш успішних суб'єктів господарювання.

В конкурентній боротьбі застосовуються різноманітні засоби. Певні суб'єкти господарювання сумлінно виконують всі правила господарської діяльності та чесно конкурують, інші намагаються виключити чи послабити конкуренцію шляхом обмежувальних дій, треті – отримати переваги із застосуванням нечесних способів, тобто порушуючи правила «конкурентної гри».

З цього випливають основні завдання перед правопорядком держави з ринковою економікою щодо регулювання та забезпечення економічної конкуренції з боку суб'єктів ринку.

По-перше, це забезпечення свободи економічної конкуренції, тобто права суб'єктів господарювання поставляти товари та послуги на ринок шляхом вільної конкуренції з іншими підприємствами. Засобами досягнення такої мети є інфраструктурна політика та політика сприяння розвитку економіки, спрямованих на управління та формування виробничих та інвестиційних умов, розрахованих на ефект у майбутньому.

По-друге, це забезпечення захисту економічної конкуренції від будь-яких обмежувальних дій з боку суб'єктів господарювання чи органів державної влади і місцевого управління. В умовах економічної конкуренції певні суб'єкти господарювання унаслідок успішної реалізації конкурентних стратегій розвитку можуть настільки посилити свої позиції на ринку, що отримують можливість діяти незалежно від конкуруючих суб'єктів та мати ринкову владу. Посилення позицій на ринку можливе також унаслідок узгоджених дій групи суб'єктів господарювання чи антиконкурентних дій органів влади на користь певних суб'єктів господарювання. В такому випадку правове регулювання повинне протидіяти поведінці, обумовленій домінуванням на ринку певних суб'єктів господарювання. Це завдання антимонопольного права спрямоване на попередження та припинення обмежень економічної конкуренції.

По-третє, держава повинна забезпечити якість економічної конкуренції шляхом захисту від недобросовісної конкуренції. Мета правового регулювання в цьому випадку – це забезпечення сумлінної поведінки суб'єктів господарювання при суперництві за споживачів та недопущення введення споживачів в оману або нанесення їм шкоди унаслідок використання недобросовісних методів ведення підприємницької діяльності.

По-четверте, держава вводить в певних сферах економіки масу обмежень з метою надання конкуренції соціальної складової. Це стосується, наприклад, ціноутворення в певних галузях економіки, обмеження свободи економічної діяльності у певних видах господарської діяльності.

Базовою метою конкурентної політики в більшості держав є ефективний розподіл ресурсів і, як наслідок, максималізація національного добробуту [1]. Саме на це спрямована дія правових норм, що регулюють відносини, пов'язані із економічною конкуренцією.

Створення конкурентних ринкових умов та свободи економічної діяльності на ринку здійснюється всім масивом господарського законодавства, яке встановлює правила поведінки суб'єктів господарювання, держави, в особі компетентних органів, на ринку та наявність певної господарської і управлінської інфраструктури, необхідної для реалізації та функціонування правил господарської діяльності. При цьому йдеться не про пряме втручання держави в господарсько-правовий статус суб'єктів господарювання за допомогою приписів чи заборон. Правовий вплив повинен викликати зміни ринкової поведінки учасників економічної конкуренції, яка, в свою чергу, залежить від волевиявлення учасників ринку. Ця технологія управління надає економічно вільним суб'єктам свободу вибору правового рішення, яке регламентується певними, іноді жорстко встановленими правовими нормами, рамковими умовами.

Порушення цих регламентуючих певні види господарської діяльності правил і норм, у свою чергу, може призводити до випадків недобросовісної конкуренції чи обмеження економічної конкуренції, які підлягають припиненню на підставі законодавства про захист економічної конкуренції.

Антимонопольне право і право захисту від недобросовісної конкуренції захищають економічну конкуренцію від різних неправомірних дій. Враховуючи, що мета антимонопольного законодавства і законодавства щодо захисту від недобросовісної конкуренції іноді збігаються, наприклад, при бойкотуванні, в певних випадках необхідно конкретно встановлювати правову норму, на підставі якої здійснюється захист економічної конкуренції, залежно від складу учасників цих відносин та функцій, що ними виконуються.

Як визначено Законом України «Про захист економічної конкуренції», ним регулюються відносини органів державної влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю із суб'єктами господарювання; суб'єктів господарювання з іншими суб'єктами господарювання, із споживачами, іншими юридичними та фізичними особами у зв'язку з економічною конкуренцією. Автор ґрунтовно досліджував природу цих відносин [2]. Звертає на себе увагу той факт, що суб'єкти цих відносин мають різний правовий статус, та законодавець застосовує різні правові режими для регулювання економічних та пов'язаних з ними інших правових відносин економічної конкуренції. При цьому різні традиційними уявленнями правові норми можуть існувати та функціонувати тільки у внутрішньоузгодженому, скоординованому, пов'язаному в єдине ціле вигляді.

Норми конкурентного законодавства мають певну ієрархію та співвідношення, пов'язані логічно природою відносин економічної конкуренції та їх підпорядкування економічним за змістом законам функціонування економіки, діють в межах конституційного правопорядку.

Правовий порядок у сфері господарювання є цілісним та комплексним явищем, що об'єднує реалізацію як

приватних інтересів громадян та юридичних осіб, так і публічних інтересів з метою забезпеченості стабільності та розвитку економічної системи суспільства. Він відображає різні рівні упорядкування суспільного життя: 1) ринкове саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання; 2) державне регулювання макроекономічних процесів; 3) відповідальність держави перед людиною за свою діяльність, що й передбачає комплексне застосування різних методів регулювання з метою отримання оптимального результату.

Первісні методи правового регулювання, централізація чи децентралізація, вже не відображають та не вичерпують відносини, що відбуваються у сфері економічної конкуренції, а також у всій сфері господарювання.

Тому виникла слушна думка про те, що визначальним у механізмі господарського права є органічне поєднання методів субординації та координації залежно від особливостей фрагмента предмета правового регулювання [3]. Хоча ця думка є дискусійною, оскільки вона не узгоджується з поняттям механізму права, але характер суспільних та опосередковано правових відносин дійсно змінюється в процесі розвитку. Їх можна розглядати як певні фрагменти, залежно від того, на якій стадії свого руху в господарській сфері вони перебувають, якого адекватного режиму правового регулювання вони потребують.

Відносини економічної конкуренції відображаються як на приватній (розвиток підприємництва, стан суб'єктів господарювання та їх відносини між собою), так і на публічній (конкурентоспроможність держави, окремих галузей виробництва, захист прав споживачів) сферах суспільного життя, які мають нерозривний зв'язок.

Тому, розглядаючи конкурентне законодавство з традиційних інституціональних позицій, необхідно констатувати його різномірний характер. Водночас, на слушну думку О. Ф. Черданцева, традиційне розуміння інституту права як сукупності правових норм, що регулює однорідні правові відносини, є правильним для інститутів особливої частини певної галузі права, але не може поширюватися на всі інститути її загальної частини. Інститут загальної частини певної галузі не завжди регулює відносини у цілому [4].

Наприклад, застосування правових норм-принципів: добросовісності, розумності і справедливості у ст. 3 ЦК України, як базових принципів, основ регулювання цивільних відносин, цілком відповідає принципам регулювання відносин економічної конкуренції. Разом з тим певні загальні положення цивільного законодавства не можуть бути застосовані у господарській сфері, оскільки в ній діють закони економічної конкуренції та забезпечення вирішення соціальних завдань.

В теорії права як інститут права визначається *стійка* група правових норм, що регулює в межах галузі *певний різновид* суспільних відносин [5]. Коли взяти за ознаку різновиду правових відносин їх відповідність суспільним законам економічної конкуренції та ринкової економіки, то можна стверджувати про існування певного комплексного правового інституту – інституту конкурентного права.

Цей інститут, незважаючи на певну різномірність відносин і правових норм, має спільні поняття та

категорії, що відображають сутність правових явищ в економічній конкуренції. Він має певні правові принципи та юридичні закономірності.

Узагальнюючим базовим поняттям інституту конкурентного права, наприклад, є поняття економічної конкуренції, надане у ст. 25 ГК України, та припис органам державної влади і місцевого самоврядування вживати передбачені законом заходи щодо упорядкування конкуренції суб'єктів господарювання.

Це поняття слід віднести до презумпції в господарському праві. Презумпція у праві – це закріплені в нормах права припущення про існування певного факту, реальність якого не потребує доказів і вважається істинною доти, доки не буде доведено протилежне [6].

Саме від цього узагальнюючого поняття економічної конкуренції законодавець визначає, що таке порушення законодавства про захист економічної конкуренції, яке може призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, та яким чином це правопорушення підлягає припиненню. Також це поняття є орієнтиром у Державній політиці у сфері розвитку економічної конкуренції та обмеження монополізму в господарській діяльності, яка полягає у здійсненні заходів щодо управління, демонополізації економіки, інвестування, фінансової, матеріально-технічної, інформаційної, консультативної та іншої підтримки суб'єктів господарювання, які сприяють розвитку конкуренції, здійснюється уповноваженими органами державної влади, органами місцевого самоврядування та органами адміністративно-господарського управління та контролю, необхідність існування якої передбачено ст. 4 Закону України «Про захист економічної конкуренції», ст. 9, 10, 18 ГК України. Це поняття визначає модель правомірної поведінки суб'єктів господарювання у приватних господарських відносинах.

Законодавство визначає і багато інших правових дефініцій, зокрема, поняття економічної концентрації, узгоджених дій, домінуючого становища на ринку та інших. Умовно законодавство щодо захисту економічної конкуренції можна поділити на дві частини: загальну та особливу. Перша представляє собою систему правових норм і інститутів, які охоплюють всі стадії відносин, пов'язаних з економічною конкуренцією. Особлива частина включає норми, об'єднані в спеціальні інститути, які регулюють певні види відносин, наприклад, процедуру здійснення економічної концентрації, узгоджених дій, здійснення процесуальних дій у випадках порушень правил економічної конкуренції.

У сфері економічної конкуренції вважалося (а в Україні вважають і нині – прим. авт.), що чим менше державного контролю, тим вірогідніше, що економіка під впливом сил конкуренції та ринкових механізмів сама знайде шлях свого оптимального розвитку. Віра у дієвість ринкових сил та повну свободу призвели до масового укладання картельних угод про обсяги виробництва, квоти та ціни, формування монополій, зловживання ними своїм становищем та фактичної ліквідації економічної конкуренції. Результатом такого стихійного розвитку промисловості стала велика економічна криза, депресія із масовим безробіттям та соціальною кризою.

Це свідчить про те, що цивілізована економічна конкуренція не є невід'ємним атрибутом ринкової

економіки, яка розвивається та підтримується сама собою, а потребує відповідних державних заходів. Тому поняття господарської діяльності, економічної конкуренції та державного регулювання господарської діяльності є взаємопов'язаними, нерозривними категоріями, які повинні ґрунтуватися на однакових правових принципах. Базовими принципами економічної конкуренції є принципи господарювання, викладені у ст. 6 ГК України.

Враховуючи, що економічна конкуренція є системним явищем, то узгодження правових норм потребує їх підпорядкування певним юридичним засадам, режимам правового регулювання. Визначальним в галузевому режимі є особливість регулятивних якостей в цій правовій сукупності, притаманних їй прийомів правового регулювання, які впливають із галузевих принципів.

За змістом, дії органів влади можуть або обмежувати свободу приватних осіб в економічній діяльності, або здійснювати заходи щодо підтримки приватної господарської діяльності. Такі публічні дії держави оформлюються шляхом видання розпорядчих або правових актів, що мають імперативні приписи у сфері господарської діяльності. Також слід звернути увагу, що невиконання положень публічного права, в тому числі в сфері міжнародного приватного порушення публічного порядку іншої держави, може призводити до нікчемності або недійсності приватноправових договорів.

Держава також може сподіватися на створення саморегулятивного механізму, коли під впливом ринкових механізмів приватні особи самі врегульовують економічні відносини, що виникають між ними. Але при декларуванні приватної автономії у сфері господарської діяльності та сподівання на ринкові механізми, зокрема, економічну конкуренцію, залишаються поза увагою суспільний характер виробництва та суспільне значення його наслідків. Не враховується питання про відповідальність держави за забезпечення громадян економічними благами.

Розподіл ресурсів унаслідок роботи ринкових механізмів та сил часто порівнюється із процесом прийняття відповідних рішень індивідом. Перед кожним індивідом у сфері господарської діяльності стоїть «економічна проблема» – проблема вибору таких способів дії із певної кількості даних, які забезпечать досягнення найбільшої кількості його цілей у сфері отримання прибутку та розширення ринку збуту. Для вирішення цієї проблеми індивід визначає відповідну систему координат, яка зв'язує цілі і засоби їх досягнення та забезпечує ефективність діяльності індивіда на відповідному ринку [7].

Для визначення системи координат у господарській діяльності та її правового регулювання необхідно брати до уваги закономірний зв'язок економіки і права, який характеризується тим, що розвиток права не може бути більшим ніж розвиток економіки та обумовленого ним культурного розвитку суспільства. В юридичній літературі достатньо аргументована думка, що цей закономірний зв'язок є основним законом правової форми, оскільки виступає «не просто як необхідна, а як самий головний і глибокий зв'язок у розвитку права. Це співвідношення конкретизується в усіх правових структурах в тому, що правові установлення, правові відносини, правопорядок і рівень правового регулювання в цілому відповідають

економічному устрою і обумовленому ним культурному розвитку суспільства» [8].

З точки зору суспільного господарства право повинне створити умови для ефективного застосування факторів виробництва (капіталу, природних ресурсів, праці) та отримання прибутку. Із суспільної точки зору господарське законодавство забезпечує господарський правовий порядок, зміст якого визначено у ст. 5 ГК України.

С. С. Алексєєв зазначає, що визначальне значення для формування підрозділів правової системи має предмет правового регулювання. «Галузевий режим правового регулювання завжди складається відносно до того чи іншого виду суспільних відносин, економічний, соціально-політичний зміст якого визначає сам факт його формування та його юридичну специфіку» [9, с. 172–175]

Особливість господарської діяльності визначає той факт, що способом існування господарської ринкової системи та рушієм господарських горизонтальних і вертикальних відносин, що виникають в цій сфері, є економічна конкуренція. Вся господарська діяльність, як суспільні відносини, підпорядкована законам конкуренції, які мають публічний характер. При цьому економічна конкуренція у сучасному вигляді передбачає не тільки змагання між суб'єктами господарювання, що має на увазі складні горизонтальні і вертикальні відносини, а й соціальний захист споживачів – фізичних осіб, господарської системи (суспільного господарського порядку) в цілому. Дуже важливим питанням є власна господарська діяльність держави: чи можуть, а коли можуть, то в яких межах, органи публічної влади самостійно займатися господарською діяльністю та підприємництвом.

Наявність відносин із державними органами у процесі господарської діяльності свідчить не про відносини влади чи підпорядкування, а вказує на виникнення інституціональних соціальних зв'язків у результаті актів правового регулювання та правозастосування, підтримання певного стану горизонтальних відносин у сфері господарювання, що нерозривно пов'язані з економічною конкуренцією. Суб'єкти господарювання та інші учасники відносин у сфері господарювання здійснюють свою діяльність у межах встановленого правового господарського порядку, додержуючись вимог законодавства.

Поняття правового господарського порядку є нормативною складовою ширшого поняття «правовий порядок», що існує у суспільстві. Правовий порядок – це складна соціально-правова категорія, у межах якої взаємодіють інтереси та права різних груп, верств, громадян суспільства.

Господарський кодекс України, інше законодавство передбачають можливість здійснення діяльності у сфері господарювання суб'єктами господарювання тільки у межах встановленого правового господарського порядку, додержуючись вимог закону.

Це стосується дії принципу правового регулювання «дозволено все, що не заборонено законом» і принципу «дозволено все, що передбачено законом».

Нормативні акти у сфері господарювання є дуже різними за значенням та спрямованістю дії. Одні акти містять чіткі обов'язкові для виконання правила, наприклад, стосовно захисту економічної конкуренції чи порядку легітимації господарської діяльності, інші – загальні

стандарти поведінки, які створюють напрям та не мають приписів здійснити певні конкретні дії. Суб'єкти права можуть обирати певні види господарської діяльності та здійснювати її чи відмовитися від будь-якої діяльності. Але, обравши відповідний вид діяльності, суб'єкт господарювання повинен виконувати всі правила в цій сфері, щоб «система координат», в межах якої функціонує економіка країни чи її певна частина, залишалася незмінною.

У господарській сфері відсутність прямої правової заборони не означає наявності права здійснювати певні дії. В господарській сфері, на відміну від цивільних відносин, діє й багато правових заборон, які стосуються навіть договірних відносин, хоча і не регулюють елементи договорів. Це стосується захисту прав споживачів, економічної конкуренції та ін.

Аналізуючи відносини, які виникають у господарській сфері, необхідно зазначити, що регулювання в певних сферах (фрагментах) здійснюється за загальним дозволом (з суворо регламентованими винятками з указаного), наприклад, господарське договірне право, або за загальною заборonoю (знову з встановленими в законі винятками).

Необхідність діяти у межах закону та неможливість відступати від його приписів обумовлено:

1. Суб'єктом складом учасників відносин у сфері господарювання. Учасниками відносин у сфері господарювання є органи влади і місцевого самоврядування, які згідно зі ст. 19 Конституції України зобов'язані ефективно діяти на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією й законами України.

Всі суб'єкти господарювання перебувають у відносинах економічної конкуренції та зобов'язані діяти ефективно.

Споживачі, виконуючи функції «арбітра» в економічній конкуренції та оцінюючи ефективність приватної діяльності суб'єктів господарювання, захищаються державою від порушення їх прав.

2. Наявністю інтересів держави і суспільства у забезпеченні стабільності та певного рівня соціального і економічного розвитку України, встановленням державою певних цілей у розвитку господарської системи (економіки), певних стандартів поведінки приватних суб'єктів господарювання для досягнення поставленої мети – досягнення добробуту населення і виконання соціальних завдань та підтримка конкурентоспроможності країни в світовій економіці.

3. Враховуючи, що відносини у господарській сфері є систематичними і взаємопов'язаними, встановленням меж здійснення будь-якого права, яка забезпечує користування іншими особами тими ж самими правами, пов'язаними із забезпеченням вільної економічної конкуренції.

Економічна ринкова система є складним суспільним соціальним явищем, ядром якого є економічна конкуренція. Будь-які господарські рішення (правочини) у цій системі є взаємопов'язаними між собою та можуть впливати на всю ринкову систему як за рахунок масштабу таких рішень, так і унаслідок кількості певних рішень. Це передбачає необхідність їх більш жорсткої правової регламентації законом та іншими нормативно-правовими актами, які узагальнюються (іноді не виправдано) поняттям закон (законодавство).

Правові відносини, що виникають в ринковій системі, регулюються за допомогою механізму правового

регулювання. А. В. Малько слушно пропонує розглядати механізм правового регулювання як систему правових засобів, організованих найбільш послідовним чином з метою подолання перешкод, що стоять на шляху задоволення інтересів суб'єктів права. При цьому А. В. Малько визначає правові засоби як правові явища, що виражаються в інструментах (установленнях) і діях (технології), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей [10, с. 218].

Правові норми є соціально визнаними, тому впливають на поведінку суб'єктів економічної конкуренції, створюючи загальнорегулятивні правові відносини між ними щодо підтримання конкуренції, як реально існуючого економічного механізму, що становить основу господарського ринкового порядку. Цей економічний механізм створює вся сукупність дій суб'єктів господарювання і споживачів у сфері безпосереднього попиту і пропозиції товарів, а також у сфері забезпечення попиту і пропозиції (виробнича, науково-технічна, рекламна та інша діяльність), а також дій державних органів у сфері управління і контролю за наслідками господарської діяльності та забезпечення економічної конкуренції.

Враховуючи, що, наприклад, недобросовісною конкуренцією (правопорушенням у сфері господарювання) є будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності, правомірність дій суб'єкта господарювання визначається дотриманням усієї сукупності норм та правил, які регулюють відносини в господарській сфері.

Загальнорегулятивні правові відносини, які визначаються всією сукупністю чинних норм та правил, при виникненні певних юридичних фактів трансформуються в конкретні правові відносини, пов'язані із господарською діяльністю та економічною конкуренцією: здійсненням господарської діяльності на певних ринках в однакових справедливих умовах, можливістю вільного доступу до ринку та виходу з нього, задоволенням споживчих потреб у певних товарах та їх різноманітних властивостях, забезпечення державою певних стандартів господарської діяльності та споживання.

Враховуючи, що «під юридичним режимом (для даної сфери правових явищ та відносин) розуміють цілісну систему регулятивного впливу, яка характеризується особливими прийомами регулювання – особливим порядком виникнення та формування змісту прав та обов'язків, їх здійснення, специфікою санкцій, способів їх реалізації, а також дією єдиних принципів, загальних положень, що поширюються на дану сукупність норм» [9, с. 172], можна стверджувати – юридичний режим регулювання господарських відносин визначається, з одного боку, намаганням суб'єктів господарювання отримати найбільший прибуток та перемогу у конкурентній боротьбі, з іншого – реалізацією соціальних завдань та суспільних інтересів.

This text has definition of competition law as institution and location of competition law in the law's system of Ukraine.

Дано определение института конкурентного права и рассмотрено его место в системе права Украины.

При цьому визначальним у правовому режимі регулювання відносин є правовий статус учасників господарських відносин (держави, суб'єктів господарювання, споживачів), мета та функції кожного учасника, порядок виникнення прав та обов'язків стосовно інших учасників відносин економічної конкуренції, своєрідна сукупність принципів діяльності та правового регулювання, які визначаються, в першу чергу, законами економіки та соціальними потребами, застосування санкцій для припинення порушень та відновлення економічного порядку.

Конкурентне право України, як інститут господарського права, – сукупність правових норм, спрямованих на встановлення, підтримку і розвиток економічної конкуренції, обмеження і регулювання процесів монополізації, заборону обмежувальної практики в господарській діяльності, недобросовісної конкуренції, захист прав споживачів, регулювання діяльності природних монополій, які застосовуються на підставі певних принципів, економічних за змістом і правових за формою в межах певного галузевого правового режиму, який передбачає оптимальне поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного врегулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційних вимог відповідальності держави перед людиною за забезпечення її конституційних прав. Конкурентне право є комплексним правовим утворенням.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Hoekman B., Mavroidis P.* Dumping, Antidumping and Antitrust// *Journal of World Trade.* 1996. Vol.30. –No. 1. –p.28.
2. *Безух О. В.* Відносини економічної конкуренції як правові відносини / Приватне право і підприємництво. Збірник наук. праць. Вип. 6, 2007 р. / Редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. – К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПРН України, 2007. – С. 254–268.
3. *Джунь В. В.* Нормативний комплекс про неспроможність як підгалузь господарського права// *Вісник господарського судочинства.* –2003. –№ 1. – С. 140.
4. *Черданцев А. Ф.* Толкование права и договора: учебное пособие для вузов. –М.:ЮНИТИ-ДАНА, 2003. –С. 37.
5. *Поляков А. В.* Общая теория права: фенолого-коммуникативный подход. Курс лекций. 2-е изд., доп. Спб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 719.
6. *Баглай М. В., Туманов В. А.* Малая энциклопедия конституционного права. –М.: БЕК, 1998. – С. 370.
7. *Израиль М. Киричер.* Конкуренция и предпринимательство. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2001. – С. 40–43.
8. *Васильев А. М.* Правовые категории. Методологические аспекты системы категорий теории права. –М., 1976. –С. 122. *Сырых В. М.* Логические основания общей теории права. – т.1. Элементный состав. –2-е изд. –М.: ЗАО Юстицинформ, 2004. –С. 71.
9. *Алексеев С. С.* Общая теория права: учеб. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 576 с.
10. *Теория государства и права:* Курс лекций, –М.: Юристь, 2005. – С. 563.

ПРАВОВИЙ СТАТУС ОРГАНІВ СПЕЦІАЛЬНОЇ КОМПЕТЕНЦІЇ У СФЕРІ ЗАХИСТУ КОНКУРЕНТНИХ ВІДНОСИН

Лукач І. В.,

*кандидат юридичних наук, асистент кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
старший науковий співробітник
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України*

В статті аналізується правовий статус органу спеціальної компетенції у сфері захисту конкурентних відносин в Україні – Антимонопольного комітету України, його роль в державному забезпеченні захисту конкуренції, структура, повноваження, шляхи удосконалення правового становища. Проводиться порівняльний аналіз з аналогічними інституціями в зарубіжних країнах.

Ключові слова: конкурентні відносини, орган спеціальної компетенції у сфері захисту конкурентних відносин, Антимонопольний комітет України, органи захисту конкурентних відносин країн-учасниць ЄС та США, державне забезпечення захисту конкуренції.

Конкуренція – основа розвитку бізнесу і господарства будь-якої країни. Цілком зрозумілим є той факт, що доступ до ринку як з боку продавців, так і з боку покупців – є запорукою задоволення потреб одних та інших. Якщо когось з цих суб'єктів не допускають до бажаної цілі, вони відчувають невдоволення. Таким чином, негативний прояв обмеження конкуренції може бути як для покупців, так і продавців. Для покупця конкуренція важлива, оскільки він може вибрати необхідні товари за привабливою ціною та належної якості. Продавець за наявності конкуренції має, як правило, одну перевагу – безперешкодний доступ до ринку, з чого випливають деякі економічні пріоритети (великий ринок збуту та справедлива ринкова ціна). Однак за відсутності конкуренції він може вільно диктувати ціни, виставляти критерії якості тощо, і, таким чином, для деяких продавців конкуренція є негативним явищем. З іншого боку, конкуренція не завжди вигідна і покупцю, адже іноді монополіст може виставити значно нижчу ціну, ніж на вільному ринку. Зрозуміло, що такий стан речей може не сподобатися конкурентам монополіста, і тут на допомогу має прийти державне регулювання та захист.

Разом з тим не можна не відмітити, що свобода конкуренції – це не лише економічна категорія. Адже економічна конкуренція дуже важлива і для соціального життя людей. Так, недобросовісна конкуренція загрожує нормальному інтелектуальному розвитку суспільства. Європейські науковці зазначають, що неекономічні цілі (особливо в Європі) відіграють більшу роль в конкурентній політиці сьогодення [1]. Видатний американський економіст Портер писав, що в новому думанні конкуренція бере свій початок від збільшення продуктивності та використання ресурсів [2].

У ст. 42 Конституція України закріпила положення про державне забезпечення захисту конкуренції. Зокрема, на конституційному рівні не допускається зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція. Господарським кодексом України (далі – ГК) встановлено, що антимонопольно-конкурентна політика є одним із основних напрямів економічної політики держави, що спрямована на створення оптимального конкурентного середовища діяльності суб'єктів господарювання, забезпечення їх взаємодії на умовах недопущення проявів дискримінації одних суб'єктів іншими.

В українській науці проблемами державного захисту конкурентних відносин займалися такі вчені як О. О. Бака-

лінська, О. В. Безух, Ю. В. Журик, В. С. Лук'янець, В. С. Савчук, втім прагнення українського законодавства до реформи конкурентного права в цілому потребує додаткових досліджень з урахуванням сучасного світового досвіду. Виходячи з важливого місця конкурентних відносин в системі господарських і загалом суспільних відносин, визначення системи органів державного захисту конкурентних відносин є метою дослідження цієї статті.

З метою забезпечення економічної конкуренції та захисту прав споживачів кожна цивілізована країна має проводити державне регулювання конкурентних відносин. Обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємстві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави є загальними принципами господарювання в Україні (ч. 1 ст. 4 ГК).

Пункт 6 ч. 1 ст. 10 ГК проголошує одним з основних напрямів економічної політики, що визначаються державою, антимонопольно-конкурентну політику, що спрямована на створення оптимального конкурентного середовища діяльності суб'єктів господарювання, забезпечення їх взаємодії на умовах недопущення проявів дискримінації одних суб'єктів іншими, насамперед у сфері монопольного ціноутворення та за рахунок зниження якості продукції, послуг, сприяння зростанню ефективної соціально орієнтованої економіки. Згідно з ч. 2 ст. 18 ГК України державна політика у сфері економічної конкуренції, обмеження монополізму в господарській діяльності та захисту суб'єктів господарювання і споживачів від недобросовісної конкуренції здійснюється уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування.

Значимо, що Антимонопольний комітет України (далі – АМК) – єдиний центральний орган державної влади, що забезпечує державний захист конкуренції в Україні. Згідно зі ст. 6 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» (далі – Закон про АМК) АМК утворюється у складі Голови та десяти державних уповноважених. АМК утворює територіальні відділення, що становлять систему органів АМК, яку очолює Голова Комітету.

АМК, адміністративні колегії АМК, державні уповноважені АМК, адміністративні колегії територіальних відділень АМК є органами АМК. Територіальні відділення АМК, на думку Ю. В. Журика, належать до місцевих органів виконавчої влади спеціальної функціональної

компетенції, які підпорядковані та підзвітні лише «по вертикалі» АМК. Діяльність територіальних відділень має виконавчо-розпорядчий характер, адже вони функціонують на підставі та на виконання законів, інших нормативно-правових актів, наказів та розпоряджень АМК [3].

Відмітимо, що в українській науковій літературі лунали різні пропозиції із вдосконалення системи антимонопольного регулювання України. Наведемо досвід деяких зарубіжних країн у регулюванні відносин конкуренції. У світі є держави, в яких створюється два органи, що розділяють між собою такі функції (Австралія, Австрія, Бразилія, Велика Британія, Німеччина, Франція, США та Японія). Втім багато країн притримуються «моністичного підходу» щодо вибору органу державної влади у сфері захисту економічної конкуренції (Аргентина, Італія, Нідерланди, Російська Федерація, Угорщина, Швейцарія та Європейський Союз (далі – ЄС)).

Спочатку розглянемо дворівневу систему антимонопольних органів. По-перше, хотілося б зазначити, що не в усіх країнах компетенція між двома органами поділена порівню. Наприклад, у США на федеральному рівні діє Федеральна торгова комісія (далі – ФТК) та Антитрастове відділення Міністерства юстиції США. Втім основну роль відіграє саме ФТК, яка була створена в 1914 р. з метою «розорення трастів» [4], Актом Клейна та Актом про Федеральну торгову комісію. До сфери ФТК входить коло таких питань: захист споживачів, конкуренція та економіка (в аспекті взаємного впливу захисту споживачів та конкуренції на економіку). Відповідно, у складі ФТК діють Бюро захисту споживачів, Бюро конкуренції та Бюро економіки.

Антитрастове відділення Міністерства юстиції США (далі – Відділення) було сформовано ще у 1890 р. відомим Актом Шермана [5], однак його роль в регулюванні конкуренції є значно меншою. Навіть на офіційному сайті Департаменту вказано про активне співробітництво з ФТК у сфері вироблення правил для бізнес-товариства [6]. Головною метою відділення є ведення кримінального та цивільного обвинувачення в судах через федеральних прокурорів [7]. Таким чином, у нашому правовому розумінні, ФТК є єдиним центральним органом державної влади, що забезпечує державний захист конкуренції в США, тоді як Відділення виконує функцію державного обвинувача та допомагає ФТК у веденні розслідувань. На жаль, хотілося б зазначити, що чинне законодавство України не містить статей щодо співробітництва АМК та прокуратури. Не потрібно забувати, що Кримінальний кодекс України містить низку статей серед злочинів у сфері господарської діяльності, що пов'язані з захистом конкуренції (ст. 228–232). На нашу думку, довід США щодо взаємодії АМК та прокуратури потрібно застосовувати.

Зауважимо, що іноді до системи антимонопольних органів США включають Американський інститут антитрасту [8], однак ця організація є поза урядовим незалежним вашингтонським некомерційним центром освіти, наукових досліджень та адвокатською організацією [9], а тому до системи державних органів її відносити неможна.

Хотілося б зупинитися на системі антимонопольних органів Німеччини. Річ у тому, що назвати її дворівневою можна досить умовно (на відміну від американської, де розділ повноважень є чітким, у свою чергу, і ФТК, і Відділення відіграють важливу роль у конкурентних

відносинах). Вона складається з Федерального Картельного відомства, що діє на основі Картельного закону 1958 р. [10], та Монопольного відомства. Останнє є постійно діючим незалежним дорадчим органом, що було створено на основі Картельного закону в 1974 р. Його функції обмежуються дорадчими, а основним видом діяльності є видання звітів раз на два роки щодо стану та перспектив конкуренції в Німеччині [11]. В комісію залучаються фахівці в галузі конкурентного права, що, на нашу думку, також може бути цікавим досвідом для України. Фактично, саме Картельне відомство займається всіма процедурними питаннями, а Монопольне відомство є дорадчим органом.

Прикладом єдиного органу державної влади у сфері захисту економічної конкуренції є ЄС. Головним центральним органом ЄС, що займається конкурентною політикою, є Генеральна дирекція з конкуренції, яку очолює Єврокомісар з питань конкуренції [12]. Комісія співпрацює з національними органами влади країн-членів ЄС через Європейську конкурентну мережу, однак безпосередніх представників Генеральна дирекція з конкуренції на місцевому рівні не має [13]. Через створення Європейської конкурентної мережі в ЄС вдалося уникнути проблеми балансу між невтручанням у внутрішні справи та необхідністю координуваних дій країн-учасниць. Генеральна дирекція з конкуренції працює у таких напрямках: антитрасти, злиття, картелі, лібералізація (заохочення конкуренції), державна допомога та інтернаціональні зв'язки. Діяльність Генеральної дирекції регулюється безпосередньо гл. 6 ч. 3 Римського договору про створення ЄС «Загальні правила з конкуренції, оподаткування та зближення законодавства». Разом з тим не можна не зважити на критику деяких юристів роботи ЄС у галузі економічної конкуренції. На сьогодні Єврокомісія є єдиним органом, що вирішує конкурентні спори, і всі процедури (повідомлення, розслідування, переговори, висновки та політичні рішення) проходять лише в її складі [14]. Єврокомісари є політичними посадами, яких порівнюють з державними службовцями та адміністративними суддями.

Виходячи з аналізу світової практики розподілу повноважень органів спеціальної компетенції у сфері захисту конкурентних відносин, ми не можемо підтримати позицію щодо існування об'єктивної необхідності у створенні окремого органу щодо захисту конкурентних відносин, наприклад, Комітету з питань розвитку конкуренції [15], оскільки з аналізу систем органів антимонопольного регулювання різних країн світу видно, що вони склалися залежно від історичного розвитку. Створення ще одного органу не є панацеєю для створення конкурентного середовища в Україні.

На нашу думку, в Україні мова має йти не про створення нового органу, а про реформування існуючої системи. Наприклад, потрібно посилити зв'язки АМК зі слідчими органами та органами прокуратури. Ми підтримуємо позицію В. С. Лук'янець, що подальше вдосконалення норм матеріального та процесуального права має на меті вдосконалити механізми розкриття картелів та взаємодії органів Антимонопольного комітету з іншими правоохоронними органами [16].

Згідно з ч. 1 ст. 1 Закону про АМК АМК є державним органом із спеціальним статусом, метою діяльності якого є

забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та сфері державних закупівель. Зауважимо, що конкурентні відносини складаються на лише в межах підприємницької діяльності і не обмежуються лише підприємницькою діяльністю. Згідно з визначенням О. О. Бакліньської конкурентні відносини – це відносини, що виникають у зв'язку із здійсненням підприємницької діяльності в умовах конкуренції, в процесі формування і розвитку конкурентного середовища (зокрема, відносини, що регулюють процес обмеження монопольної діяльності і забезпечення добросовісної конкуренції) [17]. Однак згідно з ч. 1 ст. 4 Закону про захист конкуренції державна політика у сфері розвитку економічної конкуренції та обмеження монополізму здійснюється в господарській діяльності. Сфера державних закупівель, на нашу думку, не охоплює всі некомерційні господарські відносини. З огляду на таке ч. 1 ст. 1 Закону про АМК доречно викласти в такій редакції: «АМК є державним органом із спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту конкуренції у господарській діяльності».

Конкурентна політика України – це складна комплексна модель регулювання конкуренції, що складається з організаційних та правових заходів, спрямованих на забезпечення реалізації:

– *антимонопольної політики у сфері регулювання ринкових монополій*, що охоплює: демонополізацію економіки; попередження монополізації товарних ринків (антимонопольний контроль дій органів влади і управління та контроль економічної концентрації ринкової влади суб'єктами господарювання); припинення порушень антимонопольного законодавства (зловживання монопольним становищем, антиконкурентні узгоджені дії, дискримінація підприємців органами влади та адміністративно-господарського управління, порушення підприємцями правил одержання згоди антимонопольних органів при здійсненні економічної концентрації);

– *антимонопольної політики у сфері регулювання діяльності природних монополій*, що охоплює: забезпечення умов функціонування, регулювання і контролю за суб'єктами природних монополій; формування ефективного конкурентного середовища на суміжних ринках;

– *політики із забезпечення добросовісної конкуренції (конкурентної політики у вузькому розумінні)*, що охоплює: попередження, припинення і захист від проявів недобросовісної конкуренції; попередження, припинення і захист від проявів недобросовісної реклами, контроль за здійсненням рекламної діяльності [18].

Серед повноважень АМК, на нашу думку, є одна важлива функція, що дає йому змогу безпосередньо впливати на порушення конкурентного законодавства. Йдеться про повноваження розглядати справи про адміністративні правопорушення, приймати постанови та перевіряти їх законність та обґрунтованість, що передбачено п. 3 ч. 1 ст. 7 Закону України про АМК. У зв'язку з цим ми не можемо погодитися з позицією Ю. В. Журика, що дана функція є неприпустимою, адже АМК – не судовий орган, до того ж в Україні сьогодні створюється система адміністративних судів [19]. Навіть зважаючи на те, що в Україні вже склалася система адміністративних судів, однак судові органи не

можуть накладати всі адміністративні санкції. По-перше, їх кількість є дуже великою і суд фізично не в змозі розглянути такі правопорушення. По-друге, АМК є спеціалізованим органом, що має розглядати саме адміністративні правопорушення у сфері захисту економічної конкуренції. Саме органи АМК мають достатні знання, компетенцію та правові механізми для визнання тієї чи іншої дії суб'єктів господарювання порушенням конкурентного законодавства.

Цю позицію підтримує Вищий господарський суд України (далі – ВГСУ) зауважуючи таке: «у вирішенні господарським судом спору щодо визнання недійсним розпорядження АМК чи його територіального відділення про розгляд справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції суд не здійснює оцінки правомірності дій особи, стосовно якої видано таке розпорядження; разом з тим підлягає встановленню наявності обставин, які свідчили б про видання оспорюваного розпорядження з порушенням чинного законодавства та/або компетенції органу, що його видав» [20]. Таким чином, ВГСУ стоїть на тій позиції, що саме АМК дає оцінку правомірності дій особи, стосовно якої їм видано розпорядження, а суд лише вирішує, чи було таке розпорядження законним, чи входило до компетенції АМК. Сам суд не оцінює дії суб'єкта господарювання як такі, що порушують або не порушують конкурентне законодавство.

Значимо, що в науковій літературі є пропозиції з розподілу провадження при вирішенні справ АМК. Так, В. С. Савчук пропонує вдосконалити діяльність органів АМК в розслідуванні, встановленні фактів антиконкурентних змов на підставі економічного аналізу, виділенні у конкурентному процесі двох загальних, порівняно самостійних, видів провадження: 1) у заявах і справах про надання дозволу на узгоджені дії та концентрацію, що пов'язано із наданням управлінських послуг; 2) у заявах і справах про порушення конкурентного законодавства, що пов'язано із провадженням діяльності з контролю за дотриманням цього законодавства, виявленням і припиненням його порушень та застосуванням заходів державного примусу визначити процедури дослідження за заявою; регламентувати порядок перегляду розпоряджень і рішень за нововиявленими обставинами, оскарження розпоряджень та рішень, їх виконання та контроль за виконанням; запровадити інститут конкурентних судів [21]. На нашу думку, таке вдосконалення полегшить та структурує роботу АМК.

Таким чином, АМК є єдиним органом державного захисту конкурентних відносин в Україні, що в цілому відповідає світовій практиці. До напрямів його діяльності входять: антимонопольна політика в сфері регулювання ринкових монополій, антимонопольна політика в сфері регулювання діяльності природних монополій, політика із забезпечення добросовісної конкуренції (конкурентної політики у вузькому розумінні). Важливою його функцією є розгляд адміністративно-господарських спорів. Подальшого наукового осмислення потребує правове вдосконалення діяльності АМК та регулювання конкурентних відносин в цілому.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Roger van den Bergh, Peter D. Camesasca. European competition law and economics: a comparative perspective. – Antwerpen, Goringe, Oxword: Intersentia-Hart, 2001. – С. 1.

2. Porter E. Michael. On competition. – Harvard business review, 1998. – 485 p. – P. 9.

3. Журик Ю. В. Розгляд Антимонопольним комітетом України справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: 2004. – С. 7.

4. Офіційний сайт Федеральної торгової комісії // A Guide to the Federal Trade Commission // <http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/general/gen03.shtm>.

5. Connor, John. The United States Department of Justice Antitrust Division's Cartel Enforcement: Appraisal and Proposals // http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1407775_code256849.pdf?abstractid=1130204&mirid=1. – P. 3.

6. <http://www.usdoj.gov/atr/overview.html>.

7. Офіційний сайт Міністра юстиції США // Antitrust Division // http://www.atg.wa.gov/page.aspx?id=1782#Legal_Services.

8. Офіційний сайт Федеральної антимонопольної служби Росії // <http://www.fas.gov.ru/help/links/1244.shtml>.

9. Офіційний сайт Американського інституту антитрасту // http://www.antitrustinstitute.org/about_us/index.ashx.

10. Офіційний сайт федерального Картельного відомства <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/bundeskartellamt/Bundeskartellamt.php>.

11. <http://de.wikipedia.org/wiki/Monopolkommission>.

12. Directorate General for Competition http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_en.htm.

13. European Competition Network http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html.

14. Bergh. Вказана праця. – P. 161–162.

15. Журик Ю. В. Вказана праця. – С. 8.

16. Лук'янець В. С. Правове регулювання відносин конкуренції в Євросоюзі. – : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: 2008. – С. 6 // Наводиться за: <http://www.nbu.gov.ua/ard/2008/08lvsvke.zip>.

17. Бакалінська О. О. Захист економічної конкуренції: організаційно-правові засади державного управління. – Автор. К. 2003. – С. 8, 17.

18. Бакалінська О. О. Захист економічної конкуренції: організаційно-правові засади державного управління. : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К.: 2003. – С. 9

19. Журик Ю. В. Вказана праця. – С. 9.

20. Пункт 4 Рекомендації Президії ВГСУ «Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства» від 29 жовтня 2008 р. № 04-5/247.

21. Савчук В. С. Механізми державного управління в сфері захисту економічної конкуренції в Україні Автореф. дис... канд. наук з держ. упр. - Л.: 2006. – С. 16.

The article represents the legal status of a body of special competence in the protection of competitive relations in Ukraine - the Antimonopoly Committee of Ukraine, its role in protecting the state competition, the structure, powers, ways to improve the legal situation. A comparative analysis is made with similar institutions in foreign countries.

В статті аналізується правовий статус органа спеціальної компетенції в сфері захисту конкурентних відносин в Україні – Антимонопольного комітету України, його роль в державному забезпеченні захисту конкуренції, структура, повноваження, шляхи удосконалення правового положення. Проводиться порівняльний аналіз з аналогічними інститутами в зарубіжних країнах.

ПРО ДЕЯКІ НАПРЯМИ ПРИВЕДЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ВІДПОВІДНО ДО МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ

Дем'як В. М.,

викладач кафедри цивільного права та процесу
Волинського національного університету ім. Лесі Українки

У статті досліджуються проблеми гармонізації господарського процесуального законодавства України до вимог міжнародного права та пропонуються деякі науковообґрунтовані шляхи вирішення зазначеного завдання.

Ключові слова: міжнародно-правові стандарти; господарські суди; господарсько-процесуальне законодавство; суб'єкти господарювання.

Постановка проблеми. 10 травня 2006 року Указом Президента України № 361/2006 затверджено Концепцію вдосконалення судівництва для утворення справедливого суду в Україні відповідно до Європейських стандартів, згідно з якою пропонується провести низку заходів, спрямованих на вдосконалення господарського процесуального законодавства України та приведення його до вимог міжнародного права [1].

Для реалізації зазначеного завдання варто здійснити науковий супровід діяльності суб'єктів його реалізації, що обумовило вибір тематики цього дослідження.

Стан дослідження. Питання гармонізації вітчизняного та міжнародного права перебуває в центрі постійної уваги науковців усіх сфер юридичної діяльності. В науці господарського процесуального права у цьому контексті слід виділити праці Л. К. Воронової, Н. Г. Єлисеєвої, В. К. Мамутова, В. Ф. Опришка О. А. Підпригори, Д. М. Притики, В. С. Шелестова та ін.

Проте, виходячи з динаміки змін у соціально-економічному житті країни з 2006 року, деякі проблеми у працях вчених не знайшли свого висвітлення взагалі або означені фрагментарно, що диктує необхідність їх наукової розробки.

Виклад основних положень дослідження. Без сумніву, першочерговим кроком у подальшому реформуванні судової системи України має стати вдосконалення законодавства, яке регулює правові засади організації судової влади та здійснення судочинства відповідно до міжнародних стандартів. Вимоги щодо такого вдосконалення містяться в зобов'язаннях України щодо вступу до регіональних міжнародних організацій: Ради Європи та Європейського Союзу [2]. Як відомо, для судових систем багатьох країн характерні множинність та багатоланковість. Множинність (плюралізм) судових систем знаходить своє відображення в тому, що в кожній країні, як правило, діють суди :

– загальної юрисдикції (цивільної та кримінальної). Часто на них покладено розгляд інших справ, які спеціальним законом не віднесено до інших органів юстиції;

– спеціальної юрисдикції, наприклад, адміністративної, трудової, торгової, та інші суди спеціальної юрисдикції (наприклад, у Франції діють Суди по справах сільськогосподарської оренди та найму; Суди по справах соціального страхування; в Англії – Комерційні суди; Суди по морських справах).

Багатофункціональність судової системи означає, що в ній діють:

а) суди першої інстанції (до них належать суди обмеженої юрисдикції, суди необмеженої юрисдикції та мирові суди);

б) суди середньої ланки, які здійснюють апеляційне провадження (як правило, вони називаються апеляційними судами)

в) вищий судовий орган – Верховний суд, який діє як єдиний для всієї країни судовий орган і здійснює заключну стадію перевірки судових актів та забезпечує єдину практику та тлумачення права на території держави.

В деяких країнах діє декілька вищих судових органів, наприклад, у ФРН діють декілька федеральних судів, на які покладено ці функції [3, с. 91].

Для системи господарського судочинства України визначальними є норми Конституції. Відповідно до ст. 125 Конституції України вищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції є Верховний Суд України. Копіюючи деякі західні стандарти (Франції), в Україні компетенція Вищого господарського суду України обмежена, хоча досвід інших країн, чие законодавство ближче до українського права (Німеччина, Австрія), не враховано. Обмеживши повноваження Вищого господарського суду України, законодавець водночас поклав на нього обов'язки з перевірки в касаційному порядку рішень господарських судів України. Така ситуація призвела господарське судочинство до проблеми «подвійної касації». Так, у справі Європейського суду «Совтрансавто-Холдинг» проти України» суд зазначив, що «можливість неодноразового скасування остаточного судового рішення не відповідає принципу правової визначеності, який є одним з основних елементів верховенства права в змісті статті 6 §1 Конвенції». Таким чином, розгляд Верховним судом справи після прийняття «остаточного» рішення Вищим господарським судом може бути визнаний Європейським судом як такий, що порушує статтю 6 §1 Конвенції. Разом з тим такий підхід суперечить статтям 124, 125 Конституції України.

Отже, слід констатувати, що у рамках світового співтовариства виникає проблема забезпечення загальних стандартів здійснення судочинства, яке покликане здійснювати захист порушених прав та інтересів фізичних та юридичних осіб .

Відповідно до одного із визначень, що наведені в тлумачних словниках, стандарт (standard) – це ознаки певного явища, що встановлені компетентним органом, звичаєм або за загальною згодою як модель чи приклад [4, с. 633]. Стандарт є певним зразком, що приймається за вихідний для порівняння з ним інших подібних об'єктів чи явищ.

Як відомо, міжнародні стандарти судочинства вироблені такими міжнародними організаціями як Рада Європи, ОБСЄ, ЄС. Саме в актах Ради Європи містяться детально регламентовані гарантії прав особи в судовому процесі, певні стандарти такого процесу. До них можна віднести Договір про заснування РС, Конвенцію про захист

прав людини і основних свобод (04.11.1950 р.), Європейську культурну конвенцію (19.12.1954 р.), Європейську соціальну Хартію (18.10.1961 р.), Рамкову конвенцію про захист національних меншин (міноритарних мов), Європейську Хартію місцевого самоврядування. Крім того, право РС становлять рекомендації Комітету Міністрів, резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи та рішення Європейського суду з прав людини [5].

На нашу думку, стандарти здійснення господарського судочинства в Україні можна визначити як систему правових норм, принципів та правових звичаїв, що встановлюють обов'язковий (мінімальний) рівень гарантованості прав осіб господарського судочинства та способи реалізації цих прав. «Каркас» усієї галузі господарського процесуального права створюють його принципи, виступаючи серед норм господарського процесуального права як основні підвалини.

Принципи господарського процесуального права класифікуються на принцип законності у господарському процесі та функціональні принципи (судового провадження), тобто диспозитивності, змагальності, процесуальної рівності сторін, безперервності [6, с. 39 – 40]; організаційно-функціональні (судової побудови), тобто незалежності суддів і підкорення їх лише Конституції і законам, сполучення одноособовості і колегіальності, рівності організацій і громадян перед законом і судом, державної мови судочинства.

З урахуванням доктринальних положень джерел права у рамках регіональних міжнародних організацій, виходячи із загальних засад демократичного ладу, забезпечення верховенства права, основних прав і свобод, система міжнародних стандартів розгляду судових справ у господарських судах України може бути представлена так:

1. Право на суд (право на доступ до суду).
2. Право на справедливий судовий процес, що передбачає такі організаційні та процесуальні гарантії:
 - а) розгляд справи судом, створеним на підставі закону;
 - б) незалежність та неупередженість суду;
 - в) публічний розгляд справи та проголошення рішення суду;
 - г) справедливий судовий розгляд;
 - д) розгляд справи впродовж розумного строку.

3. Ефективність судового контролю за актами та діями (чи бездіяльністю) органів публічної влади та дієвість судового рішення.

У цілому правила судової процедури мають слугувати ухваленню справедливого і правосудного рішення у справі, тому вони будуються на засадах, які дають однакові гарантії учасникам процесу щодо судового розгляду їхніх справ. Серед таких засад ідеологічного значення набувають: законність; диспозитивність; змагальність; розумні строки розгляду справи; відкритість.

Вплив міжнародного права на національні правові системи визначається, насамперед, через конституційний механізм визначення його норм, тому, щоб бути здатним регулювати відносини з участю фізичних та юридичних осіб, правила, що містяться у міжнародному праві, повинні увійти до національної правової системи у визначеному порядку.

Разом з тим за чотирнадцять років свого членства в Раді Європи Україна приєдналась лише до 47 конвенцій Ради Європи, ще 30 конвенцій підписано, але не

ратифіковано. За цим показником Україна є 40 з-поміж 46 членів Ради Європи. При цьому значення має не кількість, а те, що правова система України не відповідає достатньою мірою стандартам Ради Європи у сфері судочинства, закріпленим у багатосторонніх договорах, що укладаються в рамках Ради Європи.

Виходячи з цього, найбільшу увагу слід акцентувати на особливому процесуальному порядку розгляду спорів судом, що забезпечує судовий захист прав, свобод та правових інтересів учасників правовідносин, які виникають у сфері здійснення підприємницької діяльності. Проведений аналіз теоретичних джерел дає змогу виділити такі проблеми у цьому контексті:

1. Право на доступ до суду.

У правовій державі кожному гарантується право на суд. Проявом цього права є забезпечення для кожної особи можливості звернутися до суду. Щодо господарських справ, то це право полягає у тому, що кожен учасник господарських правовідносин, який вважає, що його майнове право або інтерес порушено, повинен мати можливість подати відповідну заяву до суду. В національному законодавстві це право гарантується ст. 8, 55 Конституції України, ст. 20 Господарського кодексу України та ст. 1, 2 цього кодексу. Разом з тим ця вимога включає в себе систему правової допомоги: прийнятності вартості звернення до суду для заявника; достатні строки, встановлені для подання відповідної заяви; можливість вжити заходів до забезпечення розгляду справи та виконання рішення у ній; право на правову допомогу. При цьому розміри ставок державного мита, які встановлено ст. 3 Декрету Кабінету Міністрів України «Про державне мито» в розмірі одного відсотка від ціни позову, але не менше шести неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і **не більше 1 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян**, дають змогу суб'єктам підприємництва реалізовувати право на суд. Разом з тим для забезпечення реалізації принципу доступу до суду, враховуючи важкий фінансовий стан виробничих підприємств і більшості підприємств сільського господарства, доцільно було б надати можливість господарському суду таким суб'єктам господарювання розстрочувати та відстрочувати сплату судових витрат, а в окремих випадках і звільняти від них.

Важливе значення для реалізації права доступу до суду має можливість мати свого захисника в судовому процесі. Дія права на правову допомогу, яке закріплене в ст. 59 Конституції України та визначено Європейською Конвенцією, на нашу думку, не обмежується тільки сферою кримінального чи цивільного судочинства. Виходячи з того, що Конвенція про захист прав людини і основних свобод є частиною національного законодавства України, можна зробити висновок, що відповідно до взятих міжнародно-правових зобов'язань Україна повинна забезпечувати кожній особі право на правову допомогу як під час провадження по кримінальних справах, так і під час судового провадження по інших категоріях справ. З цього випливає, що в господарському процесуальному праві України слід передбачити можливість призначення захисника у справах, де відповідачем є особа, яка неспроможна користуватися його послугами на власний вибір, оскільки відсутні достатні фінансові засоби (це стосується, в першу чергу, сільськогосподарських

підприємств, коли вони виступають відповідачами у справах по стягненню боргів за минулі періоди).

2. Організаційні та процесуальні гарантії права на справедливий судовий процес.

Стандарти справедливої та дієвої судової системи визначені у Базових принципах ООН щодо незалежності судової влади (1985 р.), у межах Ради Європи прийнято рекомендацію (94) 12 щодо незалежності, дієвості та ролі суддів [7]. Відповідно до положень цих актів незалежність має гарантуватись шляхом забезпечення відповідної кількості суддів, безпеки їх перебування на посаді, належного навчання, відповідного штату працівників та матеріально-технічного забезпечення. Належний статус і оплата повинні бути сумірними із гідністю професії судді та його навантаженням, зміцнювати суддівський авторитет та престиж, забезпечуючи тим самим виконання судових рішень.

Згідно із Загальними принципами Європейської хартії про статус суддів, прийнятої РЄ у 1998 р., кожного судді стосуються вимоги незалежності, неупередженості та некомпетентності (оскільки на може бути незалежним суддя, який не володіє системними знаннями та досвідом щодо предмета спору). У судовому процесі незалежність суду є, перш за все, його можливість вирішувати справи без стороннього неналежного впливу. «Для з'ясування того, чи може певний орган вважатися незалежним, до уваги треба брати, зокрема, спосіб призначення його членів та строк їх повноважень, наявність гарантій від зовнішнього тиску та те, чи є фактично цей орган незалежним» [8].

Отже, відповідно до установлені практики Європейського суду неупередженість судді розглядається у світлі суб'єктивного (у випадку звинувачення в упередженості та зацікаленості у прийнятті певного судового рішення конкретного судді у конкретній справі) та об'єктивного критерію (чи існують взагалі гарантії, достатні для того, щоб виключити обгрунтовані сумніви у неупередженості судді).

Неупередженість судді не означає його байдужність до справ, які він розглядає. Видатний правник А. Ф. Коні зазначав свого часу: «Судовий діяч усім своїм способом дій відносно людей, до діянь яких він покликаний прикласти свій розум, працю та владу, повинен прагнути до застосування морального закону» [9, с. 135].

Відвід судді від розгляду справи – одна з гарантій об'єктивного розгляду справи в господарському суді. В статті 20 Господарського процесуального кодексу України зазначено підстави, за якими суддя підлягає самовідводу чи відводу. Перш за все, це спорідненість судді з особами, які беруть участь у судовому процесі. В цій статті йдеться про будь-яку спорідненість. Обставини, що викликають сумнів в неупередженості судді і можуть бути підставою його відводу, мають бути підтвердженими конкретними фактичними даними. А тому заява про відвід судді повинна бути мотивованою.

Як свідчить практика, серйозні протиріччя виникають у сторін судового спору при тлумаченні цих «інших обставин, що викликають сумнів у незаангажованості судді». Переліку таких обставин немає, і під незаангажованістю судді сторони можуть розуміти будь-що. Водночас чинне господарсько-процесуальне

законодавство України не має окремо виписаної норми про підстави для відводу.

Право на справедливий судовий процес, на нашу думку, передбачає дотримання в господарському процесі принципу змагальності сторін.

Принцип змагальності закріплено у Господарському процесуальному кодексі України, у ст. 4-3 якого зазначено, що сторони й інші особи, що беруть участь у справі, обґрунтовують свої вимоги і заперечення представленими суду доказами, а господарський суд створює їм всі необхідні для встановлення фактичних обставин справи і правильного застосування законодавства умови. Принцип змагальності забезпечує повноту фактичного і доказового матеріалу у справі, що є важливою умовою істини.

Змагальність в господарському суді істотно впливає на весь процес формування і дослідження фактичного матеріалу, необхідного для розгляду справ, що надходять, визначає дії сторін та інших учасників процесу по збиранню і дослідженню доказів, послідовність здійснення цих дій і їх правові наслідки та на роль судді в даному процесі. Відповідно до принципу змагальності кожна зі сторін в господарському процесі забезпечується широкими можливостями для відстоювання зайнятої нею в спорі позиції.

Сторони мають право і зобов'язані наводити юридичні факти, що обґрунтовують їхні вимоги і заперечення, а також представляти докази, що підтверджують ці факти. Вони мають право знати аргументи, вимоги і заперечення іншого учасника суперечки і спростовувати їх, знайомитися із матеріалами справи, висловлювати свої міркування, активно брати участь в обговоренні зібраних у справі доказів, їх перевірку, заявляти у зв'язку з цим різні клопотання, ставити один одному й іншим учасникам процесу запитання тощо.

Суддя зобов'язаний, насамперед, стежити за тим, щоб перелічені права використовувались сторонами сумлінно, координувати всі дії і зусилля сторін у напрямі, що забезпечує всебічне, повне й об'єктивне з'ясування всіх обставин справи, а також причин, що спричинили спір, виправляти допущені сторонами помилки і сприяти у зборі необхідних доказів. Якщо подані сторонами докази виявляються недостатніми, то суддя має запропонувати представити додаткові докази або витребувати їх за власною ініціативою від відповідних організацій і посадових осіб. Суддя має право включити до сфери дослідження і такі факти, на які сторони не посилались, якщо вважає їх істотними для справи і вимагати доказів, що підтверджують ці факти.

У самому трактуванні принципу змагальності, у тому як визначаються його сутність і значення відповідно в цивільно-процесуальному й господарському законодавствах, немає суттєвих розходжень.

Принцип змагальності в господарському процесі знаходить свій прояв і реалізацію на всіх найважливіших етапах розвитку господарського процесу, відображаючи і конкретизуючи його в інститутах і правилах. Аналіз правових норм дає змогу з'ясувати механізм дії даного принципу й особливості його прояву в процесі [10, с. 146].

Виходячи з принципу змагальності, господарське процесуальне законодавство вимагає, щоб встановлення необхідних для справи юридичних фактів забезпечувалось,

насамперед, у результаті процесуального змагання сторін, використання всіх даних, представлених ними. Так, у ст. 33 ГПК України закріплюється одне з важливих вимог принципу змагальності: сторони не тільки можуть, а й зобов'язані довести обставини, що обґрунтовують їх вимоги і заперечення. Конкретизуючи це загальне положення, ст. 54, 59, 60 ГПК передбачають, що вже в позовній заяві позивач зобов'язаний чітко викласти обставини, що є підставою для подання позову, вказати докази, що їх підтверджують, подати мотиви, за якими позивач відхиляє доводи відповідача, викладені у відповіді на претензію, у протоколі розбіжностей та інших документах, отриманих від відповідача. При цьому копії позовної заяви і доданих до нього документів повинні бути обов'язково надіслані іншій стороні. У свою чергу, організація, притягнута як відповідач у справі, зобов'язана після одержання копії позовної заяви вислати господарському суду, позивачу й іншим відповідачам відзив на позов і всі необхідні для розгляду спору документи, що підтверджують його заперечення проти позову (ст. 59 ГПК). Таким чином, закон орієнтує сторони не тільки на докладне аргументування своїх домагань, а й на завчасне ознайомлення один одного з ними і наявними в їх розпорядженні матеріалами, що дає змогу краще підготуватися до розгляду спору і створює передумови для більш швидкого й оперативного його розв'язання. Порушення будь-якою стороною зазначених вимог тягне за собою настання для них невігідних наслідків: за ст. 63 ГПК заява, подана з порушенням зазначених вимог, повертається позивачу без розгляду.

Найбільш повна реалізація принципу змагальності досягається при розгляді справи власне у судовому засіданні.

Водночас цей принцип вимагає, щоб сторони сумлінно користувались усіма належними їм правами, строго виконували свої процесуальні обов'язки, вживали заходів щодо всебічного й об'єктивного розгляду спору, взаємно виявляючи повагу до прав і законних інтересів іншої сторони. Порушення сторонами зазначених вимог в господарському процесі спричиняють наслідки, передбачені ст. 80, 83 ГПК – залишення позову без розгляду чи стягнення з винної сторони штрафу в розмірі до 100 неоподаткованих мінімумів доходів громадян за ухилення від дій, покладених на особу господарським судом.

Таким чином, господарський суд створює сторонам та іншим особам, які беруть участь у справі, необхідні умови для встановлення фактичних обставин справи і правильного застосування законодавства.

Відповідно до Роз'яснення Вищого Арбітражного суду України від 18.09.1997 р. № 02-5/289 «Про деякі питання застосування Господарського процесуального кодексу України» (із змінами, внесеними згідно з Роз'ясненнями ВАСУ та Рекомендаціями Президії ВГСУ від 10.02.2004 р.), розпочинаючи судовий розгляд, суддя має встановити, чи повідомлені про час і місце цього розгляду особи, які беруть участь у справі, але не прибули у засідання. У цьому Роз'ясненні Вищий господарський суд України акцентував увагу на тих обставинах, що розгляд справи за відсутності будь-якої із сторін, не повідомленої належним чином про час і місце засідання суду, є безумовною підставою для скасування рішення місцевого або постанови апеляційного господарського суду.

Особи, які беруть участь у справі, вважаються повідомленими про час і місце її розгляду судом, якщо ухвалу про порушення провадження у справі надіслано за поштовою адресою, зазначеною у позовній заяві.

З огляду на викладене вище при поверненні до суду з позначкою пошти «адресат вибув» або «за даною адресою не перебуває» всіх процесуальних документів у справі, направлених в порядку ст. 64, 77 ГПК України на адресу відповідача, господарський суд процесуально позбавлений можливості здійснювати розгляд справи за наявними в ній матеріалами, відповідно до положень ст. 75 ГПК України, оскільки ухвали про порушення та відкладення справи повернуті до суду, у зв'язку з відсутністю відповідача за вказаною у позовній заяві адресою і він автоматично позбавлений можливості надати суду свої доводи і заперечення по суті заявленого до нього позову.

За таких обставин суд змушений зобов'язати позивача надати уточнені відомості про адресу відповідача та докази направлення відповідачеві за уточненою адресою копії позовної заяви, оскільки відповідно до ст. 22 ГПК України сторони користуються рівними процесуальними правами, а згідно з п. 2 ст. 54 ГПК України позовна заява повинна містити найменування (для юридичних осіб) або ім'я (прізвище, ім'я та по батькові за його наявності для фізичних осіб) сторін, їх місцезнаходження (для юридичних осіб) або місце проживання (для фізичних осіб), ідентифікаційні коди суб'єкта господарської діяльності за їх наявності (для юридичних осіб) або індивідуальні ідентифікаційні номери за їх наявності (для фізичних осіб – платників податків).

До того ж, суд за власною ініціативою в порядку ст. 38 ГПК України може витребувати необхідну інформацію у відповідних підприємств і організацій, незалежно від їх участі у справі, як правило, це запити до Державного реєстратора.

Як свідчить судовою практика, у переважній більшості випадків позивач не може уточнити місцезнаходження відповідача і надає суду попередню адресу відповідача та довідку Державного реєстратора, зі змісту якої вбачається, що відповідач зареєстрований за адресою, вказаною позивачем при поданні позову до суду, за якою суд направляв йому процесуальні документи у справі, але всі вони були повернуті поштою до суду з відмітками «за даною адресою не перебуває» або «адресат вибув».

Таким чином, проблема даної процесуальної ситуації, яка існує в господарському судочинстві, заключається в тому, що при розгляді справи за відсутності відповідача в судовому процесі не можуть бути реалізовані загальні принципи господарського судочинства: змагальності, диспозитивності, рівності учасників процесу перед законом.

Тим часом, ні в нормах діючого Господарського процесуального кодексу України, ні в проєкті нового не передбачено шляхів розв'язання цієї проблеми.

На нашу думку, доцільно закріпити в господарському процесуальному законодавстві України право господарського суду про залишення в такому випадку позову без розгляду, разом з тим, з іншого боку, слід внести зміни до законодавчих актів, які регулюють порядок створення юридичних осіб та внесення змін до установчих документів, зокрема, до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних та фізичних осіб-підприємців» та

відповідних норм ЦК України про застосування до засновників або керівників юридичної особи фінансових санкцій у великих розмірах у разі неповідомлення ними реєструючого органу про зміну юридичної адреси за п'ять робочих днів до її зміни. Адже вказані особи віднаходять можливість при зміні офісу попередньо вирішити питання телефонізації нового приміщення та попередження про це своїх партнерів по бізнесу.

3. Право на ефективність судового захисту та дієвість рішення суду.

Одним з аспектів принципу верховенства права, на якому ґрунтується право на судовий розгляд, є принцип правової певності (legal certainty), який, зокрема, передбачає, що «якщо судом остаточно вирішено спір, це рішення не може піддаватися сумніву» [11]. Зрозуміло, що судові рішення, яке вступило в законну силу, має сенс тільки тоді, коли воно виконується. Обов'язковість виконання рішення господарського суду в національному законодавстві закріплено в ст. 124 Конституції України та ст. 115 Господарського процесуального кодексу України.

Поряд із встановленою обов'язковістю щодо виконання постанов, ухвал господарського суду в умовах сьогодення існує багато проблем із фактичним їх виконанням. Вони пов'язані із відсутністю достатніх коштів у боржника, з навмисним його ухиленням від виконання рішення та, зрештою, і з великим навантаженням у роботі органів державної виконавчої служби України.

Крім того, на нашу думку, існує не до кінця продумана процедура видачі наказів на виконання рішення господарського суду, яке вступило в законну силу. Зокрема, як зазначив Д. М. Притика: «Місцеві господарські суди не завжди видають накази для виконання судових рішень, які набрали законної сили, до надіслання касаційних скарг разом з матеріалами до касаційної інстанції» [12, с. 9]. Водночас така ситуація стала допустимою через відсутність виписаної чіткої процедури направлення справи після апеляційного перегляду у випадку подання касаційної скарги до Вищого господарського суду України, оскільки направлення справи до ВГСУ може здійснювати і місцевий господарський суд, і апеляційний (без повернення справи до суду першої інстанції). На нашу думку, вирішення на законодавчому рівні названого кола питань забезпечать авторитет судового рішення та суду в цілому.

Виходячи з вищевикладеного, можна зробити такий висновок:

З метою забезпечення права суб'єктів господарювання на швидке поновлення своїх прав та справедливий судовий розгляд і швидке виконання рішення в контексті міжнародних стандартів здійснення судочинства вважаємо за доцільне:

1. Забезпечити ефективні механізми для запобігання недобросовісному використанню учасниками судочинства своїх процесуальних прав та встановити відповідальність за невиконання процесуальних обов'язків.

2. Забезпечити сторонам право знати про час і місце судового засідання у їхній справі, право бути вислуханим у суді, а також знати про всі ухвалені рішення у їхній справі.

3. Стаття 6 Європейської конвенції гарантує кожному судовий розгляд протягом «розумного строку». Вказана гарантія підкреслює важливість того, що правосуддя повинно здійснюватись без затримок.

4. Створити умови для забезпечення незалежності суду.

5. Удосконалити процес видачі наказу на виконання рішення, яке вступило в законну силу при його наступному касаційному оскарженні.

6. Для покращення доступу до правосуддя потрібно запровадити ефективні механізми надання державної допомоги у несенні судових витрат.

7. Створити умови, що гарантували б надання правової допомоги всім учасникам господарського судочинства.

8. Удосконалити систему виконання судових рішень та встановити контроль суду за виконанням винесених ним рішень.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Указ Президента України від 10 травня 2006 року № 361/2006, яким затверджена Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до Європейських стандартів.

2. Закон України «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 16 квітня 2004 р. // Урядовий кур'єр. – 2004. – 20 квітня.

3. Єлисеєв Н. Г. Цивільне процесуальне право зарубіжних країн / Н. Г. Єлисеєв. – М., 2004. – С. 91

In the article the problems of harmonization of economic judicial legislation of Ukraine are explored to the requirements of international right and some scientifically grounded ways of decision of the noted task are offered.

В статье исследуются проблемы гармонизации хозяйственного процессуального законодательства Украины в соответствии с требованиями международного права и предлагаются некоторые научно обоснованные пути решения этих задач.

АНТИДЕМПІНГОВІ, КОМПЕНСАЦІЙНІ ТА СПЕЦІАЛЬНІ ЗАХОДИ ЯК АДМІНІСТРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКІ САНКЦІЇ: ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ

Скачко Д. П.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

У статті досліджується правомірність віднесення внутрішнім правом антидемпінгових, спеціальних та компенсаційних заходів до адміністративно-господарських санкцій. Виявлено невідповідність спеціальних заходів національній правовій категорії – адміністративно-господарські санкції. Запропоновано виключити зі ст. ГК України вказівку на спеціальні санкції.

Ключові слова: антидемпінгові заходи, компенсаційні заходи, спеціальні заходи, адміністративно-господарські санкції, адміністративно-господарська відповідальність.

Актуальність проблеми. Як наслідок вступу України до СОТ, подальшої поступової інтеграції до світового співтовариства та загальної тенденції до зниження рівня тарифного захисту посилюється конкурентна боротьба між іноземними виробниками, яка іноді породжує недобросовісну практику у торгівлі товарами. У зв'язку з цим особливе теоретичне та практичне значення набуває дослідження таких інструментів торгового захисту національної економіки як антидемпінгові, компенсаційні та спеціальні заходи.

Ступінь дослідження проблеми. На прогалини в теоретичному осмисленні окремих аспектів цієї проблеми звертало увагу багато вчених. Серед них С. Г. Осика, А. С. Осика, В. В. Коновалов, М. П. Гармаш, О. О. Покрещук, О. В. Оніщук, В. Т. Пятницький, О. В. Штефанюк, Теренс П. Стюарт, А. В. Василенко, О. В. Павленко, Ю. М. Юмашев, В. М. Шумілов, В. Ф. Опришко та інші. Міжнародно-правовому регулюванню антидемпінгу на багатосторонній основі в системі СОТ присвячено дисертаційне дослідження О. М. Кочергіної [1].

4. *Словник іншомовних слів* / За ред. О. Є. Мельничука. – К.: Гол. ред. Української радянської енциклопедії, 1977. – 775 с.

5. *Хавронюк М. І.* Сучасне загальноєвропейське кримінальне законодавство: проблеми гармонізації: монографія / М. І. Хавронюк. – К.: Істина, 2005. – 264 с.

6. *Арбитражний процес* / Под ред. М. К. Тресушнікова. – М.: Зерцало, 1995. – С. 39 – 40; *Арбитражний процес* / Под ред. В. В. Яркова. – М.: Юристь, 1998. – С. 40 – 61.

7. *Європейський Союз: консолідовані договори.* – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1999. – 207 с.

8. *Рішення Європейського суду з прав людини від 22 червня 1989 року в справі Langborger v. Sweden, publ. Court, Series A, vol. 155.*

9. *Кони А. Ф.* Судова етика в Німеччині / А. Ф. Кони // Етика судді. – М.: Російська академія правосуддя, 2002.

10. *Юков М. К.* Совершенствование арбитражно-процессуального законодательства / М. К. Юков // Государство и право на рубеже веков: Материалы Всероссийской конф. – М., 2001. – С. 146 – 149.

11. *Рішення Європейського суду з прав людини у справі Brumsrescu v. Romania, № 28342/95 від 28 жовтня 1999 року.*

12. *Притика Д. М.* Сучасний стан та перспективи розвитку господарського судочинства / Д. М. Притика // Вісник господарського судочинства. – 2005. – № 4. – С. 9.

Завдання цієї статті полягає у дослідженні правової природи передбачених ст. 244 ГК України заходів як адміністративно-господарських санкцій.

Основний матеріал. Стаття 244 ГК України відносить до адміністративно-господарських санкцій антидемпінгові, компенсаційні або спеціальні заходи. В науковій літературі на правову природу таких заходів існує декілька точок зору.

В межах науки адміністративного права присутні прямо протилежні погляди на правову природу передбачених ст. 244 ГК України антидемпінгових заходів.

Так, існує позиція, згідно з якою застосування антидемпінгових заходів – це не юридична відповідальність. На її підтримку наводяться такі аргументи: А. Ні демпінговий, ні субсидований імпорту за своєю суттю не є правопорушенням. Це дійсно шкідливі для національних товаровиробників явища, але вони не є протиправними. Держава не може заборонити ввезення товару за будь-якими цінами, але вона може передбачити застосування засобів економічного захисту. Б. Не

випадково ці засоби мають назву «мито», що вказує на їх природу як засобів тарифного регулювання, а не заходів юридичної відповідальності. В. Об'єктами застосування цих заходів є товар, а не суб'єкт господарювання, що не дає можливості визнавати ці заходи ні адміністративно-господарськими санкціями, ні взагалі заходами відповідальності [2, с.13–14].

Водночас в юридичній літературі, яку присвячено питанням юридичної відповідальності у сфері зовнішньоекономічної діяльності, трапляється широке тлумачення адміністративної відповідальності в цій сфері. Так, на думку Д. Минюка, крім спеціальних санкцій за ст. 37, у Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» така відповідальність передбачена також у ст. 29–31. Так, у ст. 29 передбачено заходи у відповідь на дискримінаційні або недружні дії інших держав, митних союзів або економічних угруповань. Стаття 31 передбачає заходи проти недобросовісної конкуренції та імпорту, що зростає, при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності [3, с. 57–58].

Щодо антидемпінгових, компенсаційних та спеціальних заходів представники науки господарського права одностайні у визнанні їх заходами юридичної відповідальності [4, с. 260, 262; 5, с. 399–400].

На нашу думку, усі вищезазначені позиції мають певні дефекти та не повною мірою відображають сутність цих заходів.

Так, у разі широкого тлумачення змішуються різні наукові категорії, власне відповідальність та засоби державного регулювання міжнародної торгівлі, принципово різні види та форми юридичної відповідальності.

Таке об'єднання різнорідних за своєю правовою природою та суттю заходів є неприйнятним і потребує проведення якісного та видового розмежування адміністративно-господарської відповідальності від інших видів юридичної відповідальності та інших заходів.

Російський дослідник В. М. Шумілов, досліджуючи *міжнародно-правову відповідальність* у сфері міждержавних економічних відносин оперує таким терміном як «економічна сила», яку він розглядає у двох аспектах: як контрзаходи щодо міжнародного правопорушення та, власне, як міжнародне правопорушення [6, с. 348]. Як колективні та індивідуальні контрзаходи в міжнародних економічних відносинах виступають різноманітні форми дій: ембарго, бойкот, блокада, секвестр фондів, арешт активів [6, с. 334].

У сучасних міжнародних економічних відносинах не існує багатостороннього механізму, який регулює застосування заходів економічного примусу. Їх застосування впливає зі статей 39, 41, 42 Статуту ООН. Стаття 41 як заходи для підтримання або відновлення міжнародного миру і безпеки називає «полный или частичный перерыв экономических отношений, железнодорожных, морских, воздушных, почтовых, телеграфных, радио или других средств сообщения, а также разрыв дипломатических отношений». Стаття 53 Статуту ООН надає право застосовувати «силу» і регіональним організаціям. Аналізуючи практику застосування подібних санкцій, доходимо висновку, що приводи і підстави їх застосування виходять далеко за межі сфери господарювання, захисту інтересів суб'єктів господарювання. Як правило, такі заходи мають за мету

і/або результатом політичний тиск, втручання у внутрішні справи, обмеження держави у здійсненні її суверенних прав, у тому числі на ресурси, отримання будь-яких пільг, переваг, дискримінацію одних держав по відношенню до інших [6, с. 352]. Наприклад, Резолюція 38/14 ГА ООН «Второе десятилетие действий по борьбе с расизмом и расовой дискриминацией» від 22 листопада 1983 р. закликала розглянути питання: про а) припинення іноземних капіталовкладень, фінансових позик в Південній Африці; б) ембарго на поставки нафти, нафтопродуктов та інших стратегічних товарів; в) припинення торгових відносин з Південною Африкою, підставою для чого була саме політика расової дискримінації.

На нашу думку, наведених аргументів більше ніж достатньо для беззаперечного віднесення заходів у відповідь на дискримінаційні або недружні дії інших держав, митних союзів або економічних угруповань, передбачених ст. 29 Закону, до сфери міжнародного права і відокремлення їх від адміністративної та адміністративно-господарської відповідальності (крім підстав і мети застосування також можливе проведення розмежування за особливістю суб'єкта відповідальності, характеру правопорушення, наслідків застосування таких заходів, очікуваної мети та умов їх застосування та інше).

На нашу думку, помилковість широкого тлумачення адміністративної відповідальності полягає в об'єднанні заходів відповідальності за зовнішніми ознаками, за формою, але подібність форми не означає подібності за змістом. Адже за такою логікою можливе зведення до єдиної наукової категорії, наприклад, кримінальних штрафів, адміністративних штрафів, адміністративно-господарських штрафів та штрафів у горизонтальних відносинах.

На нашу думку, заперечення правової природи заходів, передбачених ст. 244 ГК України як адміністративно-господарських санкцій, як буде доведено далі, також є неправильним. Погоджуємося з висловленою Д. Лук'янцем критикою щодо невідповідності назви і змісту ст.244 ГК України, оскільки в статті йдеться не лише про антидемпінгові заходи, а й про компенсаційні та спеціальні заходи [2, с.13]. Слід звернути увагу також і на технічні дефекти у формулюванні підстав їх застосування. Так, ст.244 ГК України називає підставами застосування зазначених заходів «діяльність, пов'язану з одержанням незаконної переваги на ринку України (здійснення демпінгового імпорту, субсидованого імпорту, а також інших дій, які визначаються законом як недобросовісна конкуренція), що завдала шкоди економіці України або спричинило загрозу виникнення такої шкоди». Це певною мірою суперечить нормативному та науковому розумінню використаних категорій.

По-перше, Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» під недобросовісною конкуренцією розуміє будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності, а також дії, прямо визначені главами 2–4 цього Закону. До них належить неправомірне використання ділової репутації господарюючого суб'єкта, створення перешкод суб'єктам господарювання у процесі конкуренції та одержання неправомірних переваг у конкуренції, неправомірний збір, розголошення і використання комерційної таємниці.

Так само і в науці неправомірне отримання переваг у конкуренції розглядають як вид недобросовісної конкуренції, під яким розуміють отримання економічного блага з порушенням норм законодавства, чесних звичаїв, які склалися у відповідній сфері діяльності, що спрямоване на одержання необґрунтованого прибутку або іншого позитивного ефекту, в результаті чого порушуються права інших суб'єктів господарювання та споживачів в умовах конкуренції [4, с. 101–115].

Таким чином, у Господарському Кодексі України незовсім коректно використано категоріальний апарат, оскільки отримання незаконної переваги на ринку України є одним з видів недобросовісної конкуренції, а не навпаки.

По-друге, не якісь інші дії, які визначаються законом як недобросовісна конкуренція, є підставою для застосування таких санкцій, а лише у специфічних випадках недобросовісної конкуренції, що визначені відповідними законами України.

На нашу думку, основне логічне навантаження коментованої статті полягає у закріпленні правової природи зазначених санкцій як адміністративно-господарських, тому узагальнене формулювання підстав їх застосування особливого юридичного значення у процесі правозастосування не має, але може призводити до помилкового наукового тлумачення використаних категорій, через що все-таки доцільно законодавчо усунути зазначені недоліки.

На нашу думку, слід звернути увагу на неоднозначність використаного коментованою статтею терміна «спеціальні заходи відповідно до закону». Так, переважна більшість науковців схильна тлумачити термін «спеціальні санкції» як заходи, що вживаються відповідно до Закону України «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україні», та Угоди по захисних заходах 1994 року [4, с. 263], проте термін «спеціальні заходи» може вживатися, принаймні, у таких значеннях: а) спеціальні заходи за ст. XIX ГАТТ (власне, поширене тлумачення); б) спеціальні заходи за ст. 5 Угоди по сільському господарству; в) спеціальні заходи за ст. XII ГАТТ (на випадок складнощів з платіжним балансом країни); г) заходи у відповідь на дискримінаційні або недружні дії інших держав, митних союзів або економічних угруповань за ст. 29 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», у тому числі і можливість запровадження спеціального мита. При зовнішній схожості форм цих заходів та спільності назв зазначені заходи є принципово різними.

Частково підтримуючи позицію представників науки господарського права щодо визнання заходів, передбачених ст. 244 ГК України, заходами адміністративно-господарської відповідальності, на нашу думку, у даній позиції також присутній дефект визначення правової природи за формою, а не за змістом.

Визнання антидемпінгових, компенсаційних та спеціальних заходів мірою адміністративно-господарської відповідальності об'єктивно ставиться питання: а) щодо суб'єкта правопорушення; б) щодо неправомірності дій суб'єкта господарювання; в) щодо вини правопорушника; г) щодо сутності правопорушення, що є підставою для їх застосування.

При всій зовнішній схожості передбачених законами підстав застосування антидемпінгових, компенсаційних та спеціальних санкцій, що нагадує правопорушення з матеріальним складом, на нашу думку, ці заходи є

різномірними за змістом. Їх різномірність є очевидною під час аналізу неправомірності дій суб'єкта господарювання як підстави для їх застосування. Існування юридичної відповідальності за правомірні дії є неможливим.

Переважна більшість як українських [7, с. 83; 1, с. 9], так і зарубіжних дослідників [8, с. 79–80] розглядає демпінговий імпорт саме як міжнародне економічне правопорушення.

Водночас у науковій літературі висловлено позицію щодо відсутності заборони на демпінг (правомірності). Текстом ГАТТ демпінг не заборонено, а залишено в режимі «умовного засудження», що дає змогу застосовувати контрзаходи, оскільки такою недобросовісною практикою займаються підприємства, а ГАТТ – це угода міжурядова. Заборона демпінгу спрямована на юридичних осіб з необхідністю мати пряму дію [9, с. 204].

Оцінка правомірності чи неправомірності демпінгу в межах національного законодавства, на нашу думку, буде не повною, оскільки поява відповідних норм національного права обумовлена імплементацією норм міжнародного права і, будучи частиною міжнародної багатосторонньої системи правового регулювання торговельної політики країн, повинна оцінюватись з урахуванням притаманних їй принципів.

Одним з принципів є принцип економічної недискримінації, закріплений у Хартії економічних прав та обов'язків держави [10]. Принцип економічної недискримінації фактично є провідним принципом, на якому ґрунтуються сучасні міжнародні економічні відносини. На думку В. Ф. Опришко, цей принцип є загальновідомою правовою нормою, через що, як правило, він навіть не потребує обов'язкового закріплення у договірних зобов'язаннях [11, с. 57] і стосується не лише публічно-правових відносин, а знаходить свій прояв і в приватноправовій сфері. Так, на національному рівні цей принцип знаходить свій прояв у ст. 10, 31 ГК України, принципах зовнішньоекономічної діяльності та прямій забороні демпінгу на національному рівні у ст. 2 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність».

Підтримуючи висловлену Е. Вермульстом, П. Варом та О. М. Кочергіною [1, с. 59] позицію, що сутність демпінгу полягає у цінній дискримінації між ринками різних країн, на нашу думку, неправомірність цього явища якраз і полягає у порушенні принципу економічної недискримінації. Але державі надано право вживати антидемпінгові заходи лише у разі наявності негативних наслідків демпінгу.

Щодо компенсаційних заходів, то Угода по субсидіях і компенсаційних заходах диференціює правові режими субсидій залежно від їх негативного ефекту для міжнародної торгівлі і ступеня відступу від справедливих умов конкуренції [9, с. 213] на: а) субсидії, що прямо заборонені; б) субсидії, що можуть бути оскаржені; в) субсидії, що вважаються допустимими.

Підставою для застосування компенсаційних заходів є саме специфічна субсидія. Специфічною субсидією є субсидія, яку держава надає лише деяким підприємствам (або одному підприємству) і тим самим ставить у несприятливе становище всіх інших. На думку Д. Карро та П. Жюйара, вибірковий характер надання субсидії – це явне джерело дискримінації, що призводить до нерівності умов конкуренції між економічними агентами [9, с. 212].

Таким чином, користування суб'єктом господарювання нелегітимною субсидією, яка надана державою всупереч міжнародним зобов'язанням за Угодою по субсидіях і компенсаційних заходах, та неправомірне втручання держави у відносини конкуренції, надання штучної неправомірної конкурентної переваги окремим учасникам конкуренції тягне за собою й неправомірність отриманої конкурентної переваги, адже право не впливає з правопорушення.

Розглянуті дві форми недобросовісної конкуренції за своєю суттю є об'єктивно винними діяннями. Так, С. Осика одним з основних елементів категорії субсидування як правопорушення, крім протиправності, називає винуватість [7, с. 77]. Так само з аналізу О. Кочергіною різноманітних форм демпінгу [1, с. 69–82] очевидним є те, що демпінгом як правовою категорією є лише ті економічні форми демпінгу, які є об'єктивно винними діяннями.

Стаття XIX ГАТТ як одну з підстав для застосування спеціальних заходів називає збільшення імпорту будь-якого товару *в результаті непередбачених обставин та впливу зобов'язань, взятих на себе стороною за цією Угодою, включаючи тарифні поступки*. На національному рівні Законом України «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну» підстави їх застосування сформульовано ширше, а саме, врахування надзвичайності, непередбачуваності факторів, що призводять до зростання імпорту, не знаходить свого відображення.

У цій ситуації йдеться про непередбачувані обставини, що призводять до змін у збалансованості міжнародної торгівлі. Подібна ситуація може мати місце, наприклад, у разі втрати значного ринку збуту внаслідок стихійного лиха та переорієнтації збережених виробничих потужностей товаровиробників на інші ринки. В тому числі до подібних змін може призводити і невиважена, непродумана політика країни у напрямі лібералізації доступу до внутрішнього ринку, і застосування спеціальних заходів повинно надати можливість національному виробнику адаптуватись до зміни умов конкуренції.

Дії виробників-експортерів у таких ситуаціях не суперечать принципам міжнародної торгівлі, принципам добросовісності, справедливості, чесним звичаям, що прийняті у діловій практиці, внутрішньому праву будь-якої країни. Загальна заборона правилами СОТ [12, с. 40] кількісного регулювання у міжнародній торгівлі і залишення лише тарифного регулювання робить імпортні операції правомірними у будь-якій кількості. В даному випадку йдеться про дозволене втручання держави у правомірну конкурентну боротьбу.

Так само, на нашу думку, не мають ознак неправомірності підстави застосування спеціальних заходів за ст. 5 Угоди по сільському господарству та спеціальних заходів за ст. XII ГАТТ.

Класифікуючи дозволені міжнародно-правові заходи торговельного захисту країн, зарубіжні дослідники антидемпінгові заходи називають засобом боротьби з нечесною практикою підприємств [9, с. 203], компенсаційні заходи називають засобом боротьби з нечесною практикою країн [9, с. 210], а спеціальні заходи засобом захисту від дезорганізації ринку [9, с. 218].

О. В. Кам'янецька та Л. Г. Макаренко [13] прямо класифікують багатосторонні заходи торговельного захисту за критерієм добросовісності іноземних виробників на: а) заходи,

що застосовуються до недобросовісних іноземних виробників (антидемпінгові, компенсаційні заходи); б) заходи, що застосовуються до добросовісних іноземних виробників (захисні заходи). Деякі дослідники [14, с. 18] прямо вказують, що захисні заходи застосовуються щодо іноземних виробників, які мають «чесну» конкурентну перевагу.

Твердження про правову природу антидемпінгових, компенсаційних та спеціальних заходів як засобів тарифного регулювання, а не заходів юридичної відповідальності та не індивідуалізований характер їх застосування, оскільки об'єктами застосування антидемпінгових і компенсаційних заходів є товар, а не суб'єкт господарювання [2, с. 13–14], не відповідає дійсності.

Так, зазначені заходи прийнято розглядати як засоби *нетарифного* регулювання, незважаючи на їх тарифну форму [15, с. 59]. Застосування антидемпінгових та компенсаційних заходів тісно пов'язане з особою правопорушника. Так, згідно з ч. 2 ст. 9 Угоди про застосування статті VI ГАТТ, ч. 3 ст. 19 Угоди по субсидіях і компенсаційних заходах та ч. 6 ст. 16 Закону України «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту», ч. 7 ст. 19 Закону України «Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту» антидемпінгові та компенсаційні заходи застосовуються відносно товару *конкретного* товаровиробника. Немаючи екстериторіального харатеру дії, національне право здатне нейтралізувати негативні наслідки дій іноземних суб'єктів господарювання на власному ринку, хоча у світовій практиці існують спроби надання заходам юридичної відповідальності у сфері господарювання екстериторіального характеру дії [6, с. 56].

Щодо спеціальних заходів, то Джорджо Барба Наваретті та Анжеліка Сальві Дель Перо акцентують увагу на недискримінаційному характері їх застосування, «поскольку они в равной степени применяются в отношении всех торговых партнеров» [14, с. 18]. Д. Карро та П. Жюйар вважають «відсутність селективності», рівноправність у їх застосуванні найважливішим недоліком [9, с. 220–221, 224–225]. Спеціальні (захисні) заходи згідно зі ст. 2 та 5 «Угоди по захисних заходах» та ст. 16 Закону України «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україні» застосовуються щодо товару безвідносно (на недискримінаційній основі) до конкретного товаровиробника.

Так само спеціальні заходи за ст. XII ГАТТ та ст. 5 Угоди по сільському господарству та спеціальні заходи застосовуються на недискримінаційній основі безвідносно до країни-експортера (виробника), хоча Угода по сільському господарству допускає селективність у їх застосуванні щодо конкретної партії товару, експортна ціна якої нижча за критичну ціну (але безвідносно до країни експорту (виробництва) чи самого виробника).

Висновки. Таким чином, до адміністративно-господарських санкцій можуть бути віднесені антидемпінгові та компенсаційні заходи. Спеціальні заходи щодо імпорту товарів не є адміністративно-господарськими санкціями, оскільки підставою для їх застосування є правомірні дії, і їх застосування не носить індивідуалізованого характеру. У зв'язку з цим доцільно внести зміни до ст. 244 Господарського кодексу України та виключити з тексту статті вказівку на «спеціальні заходи», а також усунути вищезгадані протиріччя між назвою та змістом статті, дефекти у формулюванні підстав.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Кочергіна О. М. Міжнародно-правове регулювання антидемпінгу на багатосторонній основі в системі ГАТТ/СОТ: Дис... канд. юрид. наук.: 12.00.11. К. – 2003. – С. 202.

2. Лук'янець Д. Про правову природу адміністративно-господарських санкцій // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 3. – С. 10–15.

3. Минюк Д. Адміністративні засоби попередження правопорушень у сфері зовнішньоекономічної діяльності // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 10. – С. 56–59.

4. Актуальні проблеми правового регулювання розвитку підприємницької діяльності в Україні: монографія / [Андрощук Г. О., Алексєєв В. М., Безух О. В. та ін.] За ред. члена-кореспондента АПрН України, док. юрид. наук Н. М. Мироненко. – Київ–Тернопіль: підручники і посібники. – 368 с.

5. Вінник О. М. Господарське право. Навчальний посібник. 2-ге вид. / Вінник О. М. – К.: Правова єдність. 2008. – 766 с.

6. Шумилов В. М. Международное экономическое право. Кн. I. / Шумилов В. М. – М.: «ДеКА». 2002. – 384 с.

7. Осика С. Г. Правове регулювання імпорту: антидемпінгові заходи: Монографія / Осика С. Г. – К.: Благодійна організація «Центр дослідження СОТ розвитку торгового права і практики». – 2003. – 448 с.

8. Шумилов В. М. Международное экономическое право. Кн. II. / Шумилов В. М. – М.: «ДеКА». – 2002. – 480 с.

9. Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право: учебник / Пер. с франц. В. П. Серебренникова, В. М. Шумилова. — М.: Междунар. отношения, 2001. – 608 с.

This article deals with the legitimacy of reference of the antidumping special and compensatory measures to the administrative-economic sanctions by the national law. The author has revealed the disparity of the special measures to the national legal category – the administrative-economic sanctions. It is offered by the author to exclude the reference to the special measures from the item 244 of the Economic Code of Ukraine.

В статті досліджується правомірність отнесення внутрішнім правом антидемпінгових спеціальних і компенсаційних мер к адміністративно-хозяйственным санкциям. Выявлено несоответствие специальных мер национальной правовой категории – административно-хозяйственные санкции. Предложено исключить из ст. 244 Хозяйственного кодекса Украины указание на специальные санкции.

РОЛЬ ДЕРЖАВИ В КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Сергійко О. В.,

науковий співробітник

відділу правових проблем підприємництва

НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

У статті досліджуються теоретичні і практичні проблеми забезпечення державою конституційного права людини і громадянина на підприємницьку діяльність. Проаналізовано основні напрями державної діяльності в сфері реалізації, охорони та захисту конституційного права на підприємницьку діяльність.

Ключові слова: конституційне право людини і громадянина на підприємницьку діяльність, забезпечення конституційного права на підприємницьку діяльність, захист права на підприємницьку діяльність, держава.

Станом на сьогодні в Україні триває непростий, але необхідний період демократичних перетворень, формування демократичної, соціальної, правової держави. Ключовим орієнтиром держави в ефективному досягненні поставлених прогресивних цілей є права і свободи людини і громадянина. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Істотне місце в системі прав і свобод особи займає конституційне право на підприємницьку діяльність.

10. Хартия экономических прав и обязанностей государств от 12 декабря 1974 г., Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3281 (XXIX) // Действующее международное право. В 3-х томах. Составители Ю. М. Колосов и Э. С. Кривчикова. Том 3. – М.: Издательство Московского независимого института международного права, 1999. – С. 135–145.

11. Опришко В. Ф. Міжнародне економічне право: підручник. – 2-ге вид. / Опришко В. Ф. – К.: КНЕУ. 2003. – 311 с.

12. Осика С. Г., Пятницький В. Т. Світова організація торгівлі. Монографія. 3-є вид. / Осика С. Г., Пятницький В. Т. – К.: «К.І.С», 2005. – 514 с.

13. Кам'янецька О. В., Макаренко Л. Г. Особливості застосування дозволених нетарифних захисних заходів відносно добросовісних іноземних постачальників. // Проблеми системного підходу в економіці. Електронне наукове фахове видання. Збірник наукових праць [Електронний ресурс]. — Режим доступу: // http://nbuv.gov.ua/e-journals/PSPE/2008-1/Камуанецка_108.htm.

14. Джорджо Барба Наваретти, Анжелика Сальви Дель Перо. Торговая политика и вступление в ВТО в помощь экономическому развитию: применительно к России и странам СНГ. Антидемпинговые и другие обусловленные защитные меры. / Джорджо Барба Наваретти, Анжелика Сальви Дель Перо [Електронний ресурс]. — Режим доступу: // http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/Topics/Accession/Anti-dumping&OtherMeasures_ru.pdf.

15. Попов А. А. Правовые основы внешнеэкономической деятельности. Учебное пособие. 2-е издание / А.А. Попов. – Харьков, Киев: Бурун і К, КНТ. 2008. – 384 с.

Незважаючи на достатньо велику кількість наукових праць у сфері прав і свобод людини, у вітчизняній правовій науці існує порівняно небагато комплексних наукових досліджень права на підприємництво. Крім того, не виправдано мало в науковому середовищі приділяється увага визначальній ролі держави в забезпеченні цього конституційного права.

Актуальність дослідження теоретичних і практичних проблем забезпечення державою конституційного права

людини і громадянина на підприємницьку діяльність обумовлена тим, що тривалий час в системі прав і свобод людини в Україні вказане право було відсутнє, а його закріплення в Конституції нашої держави відбулось зовсім недавно, що зумовлюватиме актуальність досліджень в цій царині ще протягом тривалого часу.

Конституційне право на підприємницьку діяльність в жодному разі не може бути реалізовано, а тим більше захищено, без всебічної участі в цьому держави; відбувається безповоротна інтеграція України у світове, зокрема європейське співтовариство; існує нагальна потреба вдосконалення чинного законодавства в цій сфері, приведення його у відповідність з принципами, проголошеними чинною Конституцією України; зростає роль прав людини в Україні. Саме тому дослідження права на підприємництво через призму діяльності держави є актуальним напрямом сучасної правової науки. Сукупність означених факторів й зумовила вибір теми статті.

В літературі розгляд вищевказаного питання проводився у працях М. С. Бондаря, Л. Д. Воєводіна, О. Ю. Кабалкіна, В. Ф. Котюка, В. В. Лаптева, В. К. Мамутова, М. І. Матузова, В. А. Патюліна, П. М. Рабіновича, А. М. Селіванова, А. П. Таранова, О. Ф. Фрицького, В. М. Чхиквадзе та інших. З початку 90-х років ХХ століття цьому питанню також приділяли увагу В. М. Кампо, А. М. Колодій, Н. О. Саніахметова, В. Н. Денисов, М. І. Козюбра, М. П. Орзіх, В. Ф. Погорілко, П. Б. Стецок, Ю. М. Тодика, А. А. Чувпило.

Не заперечуючи позитивного потенціалу та відмічаючи значний, а подекуди колосальний внесок цих авторів у розробку концептуальних основ конституційно-правового статусу людини і громадянина та системи прав та свобод людини і громадянина в загальнотеоретичному аспекті, слід мати на увазі, що велику кількість їх наукових праць видано за радянських часів. Цей факт, зрозуміло, пояснює відсутність в цих працях детального аналізу саме права на підприємницьку діяльність, оскільки таке право було повною мірою визнано державою лише з розпадом СРСР. Водночас, на початку становлення новітньої української держави, перед правовою наукою України стояли більш нагальні та пріоритетні завдання, першочергова необхідність вирішення яких спричинила відсутність глибокого дослідження вченими питання конституційного права на підприємницьку діяльність та його забезпечення державою.

Мета і завдання статті. Мета полягає у проведенні наукового аналізу питання забезпечення державою конституційного права на підприємницьку діяльність.

Визначена мета зумовила постановку та розв'язання таких завдань: розкрити поняття забезпечення державою конституційного права на підприємницьку діяльність; визначити роль та функції органів державної влади України в забезпеченні означеного конституційного права;

Об'єктом дослідження є суспільні відносини у сфері забезпечення державою конституційного права людини і громадянина на підприємницьку діяльність.

Предметом дослідження є конституційне право людини і громадянина на підприємницьку діяльність.

Державна правова політика у сфері підприємництва є одним з основних засобів регулювання суспільних відносин, що виникають між суб'єктами приватного права, які займаються підприємницькою діяльністю, та їхніми

відносинами з органами державної влади і місцевого самоврядування, що забезпечують регуляторну політику та контроль за додержанням законодавства у цій сфері тощо. Держава має приділяти особливу увагу підприємництву, яке є головним рушієм її соціально-економічного розвитку. Як відомо, державна правова політика у власному сенсі слова – це національна політика в правовій сфері суспільного життя. Її метою, зокрема в Україні, є побудова громадянського суспільства та демократичної, соціальної, правової держави, а правовою основою – Конституція [1, с. 38]. Ключова роль у формуванні та контролі за державною правовою політикою належить парламенту, а її реалізація покладена на уряд, центральні та місцеві органи виконавчої влади. Президент України, органи прокуратури, інші контрольно-наглядові органи забезпечують властивими їм методами і формами здійснення цієї політики. У формуванні, реалізації та контролі за державною правовою політикою беруть участь також політичні партії та громадські організації.

Правова політика держави в сфері підприємництва, зокрема в Україні, ґрунтується, як вже зазначалось, на конституційному визначенні загальнонаціональної мети: побудови суверенної, демократичної, соціальної, правової держави. Державно-правова політика у сфері підприємництва – це один з основних засобів державного впливу на суспільні відносини, що виникають між підприємствами, установами, організаціями, особами, які здійснюють підприємницьку діяльність, органами державної влади з метою їх впорядкування, забезпечення умов розвитку підприємництва, його ефективного функціонування та додержання законодавства.

Одним із дієвих механізмів здійснення державної правової політики є конституційно-правовий механізм. Відповідно до Конституції України у формуванні, реалізації та забезпеченні державної правової політики в сфері підприємництва беруть участь Президент, уряд, парламент та інші органи публічної влади. Демократичний правопорядок і ринкова дисципліна слугують для органів державної влади об'єктивною передумовою при формуванні, реалізації та забезпеченні ними правової політики в сфері підприємництва.

Цілком слушною є думка проф. А. Селіванова, що суспільство очікує від законодавця розроблення науково обґрунтованої правової політики щодо усіх сфер правовідносин [2], а значить – й забезпечення державної правової політики у сфері підприємництва. Тому Верховній Раді України потрібно зосередитись на прийнятті найбільш необхідних рішень щодо визначення правової політики держави у сфері підприємництва задля гарантування конституційного права громадян на заняття підприємницькою діяльністю, визначення правових засад і гарантій підприємництва; правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання, а також – правових засад створення і функціонування фінансового, кредитного та інвестиційного ринків тощо.

Відповідно до Конституції України (із змінами і доповненнями, внесеними Законом України від 8 грудня 2004 року № 2222-IV) Кабінету Міністрів України надано новий політико-правовий статус (суть конституційних змін статусу уряду полягає у тому, що він формується парламентом, а не Президентом, як було раніше) та закріплено відповідні функції [3]. Так, Кабінет Міністрів

України забезпечує проведення фінансової, цінової, інвестиційної та податкової політики, розробляє і здійснює загальнодержавні програми економічного розвитку, забезпечує рівні умови розвитку всіх форм власності, здійснює управління об'єктами державної власності відповідно до закону, а також спрямовує і координує роботу міністерств, інших органів виконавчої влади з питань підприємництва.

Безперечним є той факт, що підприємництво має самостійно розвиватися, а уряд повинен тільки сприяти цьому процесу та визначати його межі. В міру розвитку підприємництва має змінюватися і роль уряду. Тільки поєднання цих двох аспектів розвитку підприємництва дає змогу правильно реагувати на зміни. Державно-правова політика уряду в галузі підприємництва має гарантувати бізнесу можливість розвиватися так, щоб сприяти його ефективності і конкурентоспроможності, надходженню податків та зборів до бюджету, прискоренню формування капіталів та зростання економіки і добробуту громадян.

При Кабінеті Міністрів України існують робочі групи за участю представників дозвільних органів, профільних Комітетів Верховної Ради України, Ради підприємців України при Кабінеті Міністрів України та міжнародних експертів, які ведуть роботу над розробкою нових нормативно-правових актів з питань підприємництва та змін до чинних. Уряд також забезпечує виконання першочергових заходів у сфері інвестиційної діяльності та визначає програми підтримки підприємництва щодо реалізації правової, регуляторної та податкової політики у сфері підприємництва.

Президент України, який є конституційним гарантом державного суверенітету та територіальної цілісності, додержання Конституції України, прав і свобод людини та громадянина, бере активну участь у здійсненні правової політики у сфері підприємництва, незважаючи на те, що функцію здійснення цієї політики конституційно і законодавчо не віднесено до його «прямих повноважень». Президент України як один із суб'єктів державної правової політики у сфері підприємництва сприяє визначенню курсу на створення сприятливих передумов для інвестиційної діяльності та усунення перешкод у її здійсненні. Так, у 2005 році Президент України видав укази «Про додаткові заходи щодо підвищення ефективності діяльності Консультативної ради з питань іноземних інвестицій в Україні» № 625/2005 [4] та «Про заходи щодо поліпшення інвестиційного клімату в Україні» № 1513/2005 [5]. 10 квітня 2006 року, з урахуванням результатів VII засідання Консультативної ради з питань іноземних інвестицій в Україні, Указом Президента № 300/2006 з метою створення сприятливих умов для активізації та розвитку інвестиційної діяльності затверджено план першочергових заходів у сфері інвестиційної діяльності. Такими заходами є забезпечення та охорона права власності, зокрема й інтелектуальної власності, землекористування, усунення адміністративних перешкод здійснення інвестиційної діяльності, удосконалення процедури виконання рішень судів та інших органів, податкової політики, створення позитивного іміджу України та інші [6]. Крім того, діяльність як Президента, так і уряду спрямована на впровадження у сфері підприємництва європейських стандартів і принципів [7].

Важливим аспектом конституційно-правового механізму реалізації державної правової політики в сфері підприємництва є діяльність у цій сфері органів місцевого самоврядування. Нерідко трапляються випадки перевищення цими органами своїх прав у господарській сфері, обмеження необґрунтованими рішеннями прав суб'єктів господарювання, здійснення дій, що призводять до встановлення муніципальних бар'єрів, які гальмують конкуренцію та розвиток ринкових відносин. Ці питання залишаються надзвичайно актуальними, і їх вирішення також залежить від вдосконалення конституційних засад місцевого самоврядування та перетворення його з пострадянського у класичне самоврядування.

Аналізуючи попередні теоретичні напрацювання, пов'язані з досліджуваним питанням, слід зазначити, що підтвердженням конституційного права людини і громадянина на підприємництво розуміється його офіційне визнання державою шляхом проголошення (закріплення) зазначеного права в Конституції України, міжнародних договорах і угодах, інших нормативно-правових актах, а також здійснення державою інших заходів, спрямованих на остаточне зміцнення та укріплення вказаного права.

Хотілось би підкреслити, що, з урахуванням негативного історичного досвіду, одним з найважливіших завдань сучасної української держави, виконання якого є необхідною передумовою утвердження права на підприємницьку діяльність, є зміна ставлення пересічного громадянина до підприємництва загалом та до ролі держави в цьому питанні зокрема. Іншими словами, держава повинна, в першу чергу, укріпити в свідомості особи, що право на підприємництво в Україні є справді невідчужуваним і непорушним, що воно гарантується державою і не може бути скасоване. Цього можна буде досягти тільки шляхом системної та якісної діяльності компетентних органів державної влади, чіткої інформаційної політики.

До основних напрямів державної діяльності в сфері забезпечення конституційного права людини і громадянина на підприємницьку діяльність належать: сприяння держави в реалізації особою конституційного права на підприємницьку діяльність, а також охорона та захист державою конституційного права на підприємницьку діяльність.

У першому напрямі звертається особлива увага на те, що реалізація особою права на підприємницьку діяльність неможлива без активної участі держави. Забезпечення державою конституційного права людини і громадянина на підприємництво – це діяльність держави, спрямована на сприяння реалізації, охорону і захист вказаного права з метою створення сприятливих умов для його здійснення.

Таким чином, забезпечення права на підприємництво містить три «елементи» (сприяння реалізації, охорону і захист даного права), кожен з яких потребує детального аналізу. Сприяння держави в реалізації особою конституційного права на підприємницьку діяльність повинно здійснюватись шляхом позитивного впливу на формування гарантій вказаного права, тому необхідно задіяти увесь комплекс юридичних засобів з метою забезпечення державними органами необхідних умов для ефективної реалізації належного людині і громадянину права.

Другий напрям підкреслює, що демократична держава, яка визнає та закріплює права та свободи людини і громадянина у

законодавстві, повинна брати на себе певні зобов'язання зі створення умов для їх охорони від можливих протиправних посягань та захисту у випадку їхнього порушення. Ці зобов'язання держави, її органів, зафіксовані у законодавстві, і є юридичними гарантіями їх охорони та захисту.

Таким чином, розглянуто основні з існуючих способів та засобів сприяння реалізації конституційного права людини і громадянина на підприємницьку діяльність, які діють у сфері функціонування державної влади. За умови активної позиції конкретної особи множинність цих способів та засобів дає змогу достатньою мірою реалізувати конституційне право на підприємництво в Україні.

Таким чином, слід зазначити, що для ефективного забезпечення державою конституційного права на підприємницьку діяльність необхідно: усунути надмірне та неефективне регулювання органами державної влади підприємницької діяльності; вдосконалити законодавчу базу, що регламентує діяльність органів державної влади; завершити створення повноцінної системи адміністративного судочинства та реформування системи господарського судочинства; активно впроваджувати просвітницькі програми, інформаційні, консультативні та навчальні заходи для широких верств населення з метою залучення їх до підприємницької діяльності та підняття загальної правової культури.

The thesis focuses on the theoretical and practical aspects of the state guarantees of an individual right for business activity. A special attention is also given to the comprehensive analysis of the main trends of the governmental policy in the sphere of constitutional right for business activity protection and defence.

В статье исследуются теоретические и практические проблемы обеспечения государством конституционного права человека и гражданина на предпринимательскую деятельность.

ДЕРЖАВА ЯК УЧАСНИК ВІДНОСИН У СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Черненко О. А.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

У статті розглядаються питання, пов'язані з участю держави у відносинах, що виникають у сфері господарювання.

Ключові слова: держава, державна власність, державне регулювання, державне підприємство.

У вітчизняній юридичній та економічній науці неодноразово зверталася увага на те, що державна власність не була єдиною формою власності в СРСР. Як і в капіталістичних країнах, в СРСР існувало кілька форм власності. Соціалістична власність поділялась на такі форми: державну, колгоспно-кооперативну і власність громадських організацій. Отже, номінально соціалістична власність наче і не ототожнювалась лише з державною, але, як свідчить історія, державна власність насправді поглинула інші форми власності і держава стала одноособовим монополістом.

Колишні соціалістичні погляди на власність і, особливо, на державну власність за нинішніх умов ринкової економіки, звичайно, в багатьох випадках втратили своє наукове значення. Але деякі положення і питання, які висвітлювались в ті часи [11, с. 99–100], залишаються актуальними і нині.

Розвиток економіки у західних країнах відбувався за активної участі держави. Сьогоднішня європейська юридична наука виходить з того, що обов'язок держави у підтримці економічного порядку в суспільстві зумовлює її

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Юридична* енциклопедія. – В 6-и т. – Т. 5.: П-С / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 2003. – С. 38.
2. *Селіванов А.* Парламент і судова влада: актуальні питання взаємодії // *Голос України*. – 2006. – 14 листопада.
3. *Конституція* України: Із змінами та доповненнями, внесеніми Законом України від 08.12.2004 р. № 2222-IV. – К.: Велес, 2006.
4. *Про додаткові заходи* щодо підвищення ефективності діяльності Консультативної ради з питань іноземних інвестицій в Україні: Указ Президента України від 11 квітня 2005 року № 625/2005 // *Урядовий кур'єр*. – 2005. – № 73.
5. *Про заходи* щодо поліпшення інвестиційного клімату в Україні: Указ Президента України від 28 жовтня 2005 року № 1513/2005 // *Офіційний вісник України*. – 2005. – № 44 (16. 11. 2005). – Ст. 2763.
6. *Про план* першочергових заходів у сфері інвестиційної діяльності: Указ Президента України від 10. 04. 2006 р. № 300/2006.
7. *Питання* впровадження в Україні принципів Європейської хартії малих підприємств: Указ Президента України від 2 липня 2008 року № 603/2008 // *Урядовий кур'єр*. – 8 липня 2008 року. – № 122; *Про запровадження* в Україні принципів Європейської хартії для малих підприємств: Постанова Кабінету Міністрів України від 2 липня 2008 року № 587 // *Урядовий кур'єр*. – 4 липня 2008 року. – № 120.

обов'язок здійснювати певною мірою керівництво економікою [5, с. 159].

Регулюючи господарську діяльність, західні держави використовують обмеження права власності, втручаються у договірні відносини, забезпечують індикативне та стратегічне планування економічного розвитку, що є інструментом державного впливу на економіку й орієнтує окремих підприємців та корпорації на загальнонаціональні економічні інтереси [6, с. 6].

Світовий досвід свідчить, що рівень розвитку окремо взятої держави безпосередньо залежить від ефективності здійснення державою регуляторної політики. Висновок про неможливість функціонування економіки на засадах лише одного сектора економіки (державного або приватного) підтверджено практикою багатьох країн, оскільки розвиток економіки на засадах виключно приватної власності призводить до кризи надвиробництва. Тому проблема ефективної участі держави у сфері господарювання має і сьогодні неабияке значення.

Питання правового регулювання господарської діяльності в країнах з багатуокладною економікою розглядали у своїх

працях такі науковці: М. В. Баглай, Д. М. Генкін, О. А. Жидков, Л. С. Зивс, І. П. Ільїнський, М. А. Круглов, М. І. Кулагін, В. П. Мозолін, Р. Л. Нарішкіна та інші [6, с. 7].

Запропоновану публікацію присвячено дослідженню змін у державному регулюванні господарських відносин у зв'язку з переходом України до ринкової економіки.

Метою дослідження у межах цієї статті є аналіз передумов державного регулювання в економіці України.

Позбавляючи суспільство від товарного дефіциту, стимулюючи науково-технічний прогрес, ринкова економіка не може вирішувати соціально-економічні проблеми, особливо ті, які неможливо виміряти в грошах. Це, по-перше, система національної оборони, правопорядку єдиної енергетичної системи, народної освіти і охорони здоров'я тощо. Ці сфери діяльності повинна повністю забезпечувати держава, фінансуючи їх із державного бюджету за рахунок податків та інших платежів.

Абсолютно ясным є те, що ринок як механізм, що орієнтує економіку лише на платоспроможний попит, що зростає, не може нейтралізувати «зовнішні ефекти». Суть їх полягає в тому, що діяльність підприємств в ринковій економіці має окрім позитивних результатів ще і негативні, які реально впливають на добробут інших членів суспільства. Прикладом можуть бути зовнішні ефекти, пов'язані із забрудненням довкілля, вичерпанням природних ресурсів тощо.

Регулювання «зовнішніх ефектів» повинна брати на себе держава, оскільки корегування державою дій ринкового механізму пом'якшує або зовсім може ліквідувати негативні наслідки ринкових сил, що виявляються в зовнішніх ефектах [2].

Отже, для пом'якшення або нейтралізації істотних недоліків, властивих ринковій формі організації виробництва, необхідне втручання держави. Саме регулювання (корегування) відповідно до соціально-пріоритетних цінностей з боку держави у поєднанні з саморегуляцією ринкових стосунків характерні для більшості сучасних держав. Господарська система, в якій здійснюється змішаний спосіб управління економічними процесами за допомогою ринкового механізму і державного регулювання, отримала назву змішаної економіки [2].

Повного злиття економіки й держави у цьому процесі не відбувається. Навіть підприємства державного сектора не перестають бути економічними одиницями суспільства. Якби було інакше, вони як підприємства просто перестали б існувати. Не відбувається і повного злиття держави з економікою, оскільки і у державному, і у приватному секторах економіки держава не втрачає своєї державної суті, не розчиняється в економіці. Між ними існує діалектична єдність [7, с. 185].

Основними об'єктивними чинниками, що спричиняють необхідність державного регулювання господарського життя, є:

- виконання державою соціальних функцій – забезпечення умов для нормальної життєдіяльності суспільства, в тому числі – у сфері економіки;
- забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України;
- забезпечення економічної безпеки України;
- забезпечення прав споживачів, здійснення контролю за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт.

Таким чином, держава виконує функцію організації господарського життя суспільства [12, с. 197; 13, с. 112].

Російський вчений В. С. Мартем'янов, розглядаючи державу як учасника в господарських відносинах, зазначає, що держава як суб'єкт господарського права наділена ознаками, характерними суб'єктам господарського права: володіє власним майном, яке реалізує в економічному обороті, господарською компетенцією, керує господарською діяльністю і безпосередньо здійснює її, встановлюючи господарські зв'язки з іншими учасниками господарського обороту владно і на основі договорів [8, с. 113–114].

В компетенції держави переважає керівництво господарською діяльністю. Держава як учасник економічного обороту не потребує легітимації на відміну від інших суб'єктів. Розглянемо чи входить згаданий суб'єкт до кола суб'єктів господарського права згідно з законодавством України.

Згідно зі ст. 8 Господарського кодексу України (далі – ГК) держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб'єктами господарювання. Господарська компетенція органів державної влади реалізується від імені відповідної державної установи. Тобто держава не може безпосередньо здійснювати господарську діяльність, а здійснює керівництво господарською діяльністю. Це обумовлює необхідність з'ясувати, хто може бути таким суб'єктом та зробити аналіз і провести розмежування таких понять як «суб'єкт господарювання», «учасник відносин у сфері господарювання» та «суб'єкт господарського права».

Слід зазначити, що дослідженню понять суб'єкт права та суб'єкт правовідносин приділялося багато уваги з боку науковців як радянського періоду, так і сучасності. Існує два відмінних підходи до розуміння співвідношення понять «суб'єкт права» та «суб'єкт правовідносин», що полягають у, відповідно, їх отождоженні або розмежуванні. Так, у працях А. В. Міцкевича, М. І. Магузова, М. Н. Марченка, Л. С. Явич та інших сформульовано та обґрунтовано тезу про тотожність понять суб'єкта права та суб'єкта правовідносин. Тобто під суб'єктом права слід розуміти особу, яка бере участь або може брати участь у правовідношенні [3, с. 18–21].

Інший підхід полягає у відмежуванні понять «суб'єкт права» і «суб'єкт правовідносин». Його відстоюють такі вчені: Р. О. Халфіна, П. Т. Полежава, Р. Ф. Мажитова, В. С. Нерсисянц. Останній, зокрема, зазначав, що не слід змішувати абстрактного суб'єкта об'єктивного права (абстрактного учасника абстрактного правовідношення) і конкретного, індивідуально визначеного суб'єкта права (учасника конкретного правовідношення). На думку Р. О. Халфіної, видається доцільним виділити більш вузьке поняття, ніж суб'єкт права – поняття учасника правовідношення, яке дає змогу охарактеризувати певну сторону реального буття суб'єкта права – його участь в конкретних суспільних відносинах [3, с. 18–21].

Визначення поняття суб'єкта господарського права відсутнє в ГК України. Науковці визначають поняття «суб'єкт господарського права» через поняття «учасник відносин у сфері господарювання», який організує і здійснює господарську діяльність, реалізуючи при цьому свою господарську компетенцію, або споживає результати такої діяльності [12, с. 10].

Згідно зі ст. 2 ГК України «учасниками відносин у сфері господарювання є суб'єкти господарювання,

споживачі, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності». В цій статті окреслено загальне коло учасників відносин у сфері господарювання.

За всіма мовними і смисловими тлумаченнями слово «господарювати» означає, перш за все, «займатися господарською діяльністю, вести господарство, керувати ним на власний розсуд» [9, с. 9].

Згідно зі ст. 55 ГК України суб'єктом господарювання визначаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством.

Професор В. С. Щербина у своїх працях зазначає, що суб'єкти господарювання – це господарські організації, які діють на основі права власності, права господарського відання чи оперативного управління, мають статус юридичної особи, що визначається цивільним законодавством та господарським кодексом України [12, с. 17].

Оскільки господарська діяльність регламентується законодавством і її здійснення поза правовими рамками неможливе, учасники процесу господарювання, вступаючи між собою в різні відносини, врегульовані нормами права, стають носіями суб'єктивних прав і суб'єктивних обов'язків, тобто суб'єктами господарських правовідносин, суб'єктами господарського права.

Суб'єкт господарювання, як учасник відносин у сфері господарювання, має особливий правовий статус тому, що він безпосередньо здійснює господарську діяльність. Усім іншим учасникам така ознака не притаманна, хоча їх дії мають той чи інший конкретний зв'язок із господарською діяльністю. Так, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не визнаються суб'єктами господарювання (ч.1 ст. 8 ГК України), але вони можуть впливати на здійснення господарської діяльності, якщо наділені відповідною господарською компетенцією [9, с. 10].

Основними завданнями (і основною функцією) органів державної влади і органів місцевого самоврядування є державне регулювання економіки, що здійснюється у певних правових формах і за допомогою певних методів.

Аналіз чинного законодавства та наукових досліджень дають підстави виділити такі правові форми здійснення державного регулювання економіки:

- державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України;
- управління;
- державний нагляд (контроль);
- нормативне регулювання [13, с. 112–116; 12, с. 199–205].

Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Ці конституційні обмеження волі держави у сфері господарювання створюють межі її правосуб'єктності. Вона обмежена тими цілями, заради яких існує держава.

Остання бере участь у господарському обороті не у своїх приватних інтересах, а з метою найбільш ефективного відправлення влади [9, с. 21–22].

Створені державою, її органами юридичні особи можуть мати господарську правосуб'єктність, однак і в цьому разі держава на повинна виходити за межі своїх конституційних цілей. Держава не є юридичною особою. Від її імені діють відповідні органи як «квазіюридичні» особи. Таким чином, державні органи хоча й не визнаються юридичними особами, тим не менше можуть мати господарську правосуб'єктність. При цьому, коли такі органи виступають від імені держави як учасники господарських відносин, то діють не як органи влади, що наділені владними повноваженнями, а саме як учасники господарських правовідносин. У цьому разі вони відповідають за укладеними ними зобов'язаннями майном, що належить державі на праві власності [9, с. 22].

Слід зазначити, що 31.09.2006 р. Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про управління об'єктами державної власності». Цей Закон встановив перелік та окреслив повноваження суб'єктів управління об'єктами державної власності. Так, згідно зі ст. 4 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» до суб'єктів управління об'єктами державної власності віднесено: Кабінет Міністрів України, Фонд державного майна України, міністерства та інші органи виконавчої влади, органи, які здійснюють управління державним майном відповідно до повноважень, визначених окремими законами, державні господарські об'єднання, державні холдингові компанії, інші державні господарські організації, юридичні та фізичні особи, які виконують функції з управління корпоративними правами держави, а також Національна академія наук України, галузеві академії наук.

Враховуючи вищенаведене, держава, відповідно, є учасником у сфері господарювання, але не є суб'єктом господарського права або суб'єктом господарювання. Державу можна назвати суб'єктом господарського права лише опосередковано. Наприклад, коли особиста участь держави у внутрішньому господарському обороті здійснюється шляхом вступу до цього обороту органів державної влади, що діють при цьому не як відособлені юридичні особи, а як особливі представники держави. Цілом можливо, що держава буде представлена органом, який є водночас і юридичною особою. Однак це немає значення для даних відносин, оскільки такий орган представляє державу в цілому і зобов'язує саме її. Головне, що цей орган діє від імені держави у межах компетенції встановленої актами, які визначають статус цих органів [9, с. 23].

С. І. Пересунько зазначає, що дії, які можуть вчиняти державні органи по управлінню державним майном, якраз і є правовими засобами здійснення (реалізації) права державної власності, які є складовими елементами правомочності власника по володінню, користуванню та розпорядженню належним йому майном [10, с. 126].

Держава, будучи найбільшим власником засобів виробництва, бере участь в економічному обігу, але не безпосередньо, а через підприємства, установи, організації, що здійснюють господарську діяльність як підприємницьку, так і не підприємницьку, та органів господарського керівництва, на які покладено функції управління групами підприємств.

Згідно з ч. 2 ст. 55 ГК України суб'єктом господарювання визнають державні підприємства.

Деякі державні підприємства мають досить широкі повноваження, щоб вважати себе майже незалежними від держави, але майно, на базі якого діють дані підприємства, залишається державною власністю. Тому державні інтереси для таких підприємств повинні стояти на першому місці, а потім – вже власні інтереси.

Традиційно виділяють три групи підстав створення державних підприємств.

Перша група пов'язана з наявністю економічних передумов і передбачає використання критерію економічної ефективності. Інвестиції в такі підприємства здійснюються в тому випадку, коли очікуваний дохід, меншою мірою, відповідає реальній вартості капіталу.

Держава повинна брати участь у вирішенні тих завдань, які не здатний вирішити ринок. Державні підприємства, будучи частиною суспільного сектора економіки, також покликані домагатися оптимального використання ресурсів там, де ринкові механізми можуть діяти неефективно або взагалі неможливі. Виконання функції перерозподілу більшою мірою характерно для підприємств, орієнтованих на вирішення соціальних завдань. Розуміння цих проблем тісно пов'язане з трактуванням держави в сучасному світі.

Друга група підстав пов'язана з організацією підприємств для вирішення соціальних завдань. Тут йдеться про соціально значимі блага, потребу в яких відчувають усі члени суспільства, тому вважається виправданим надання цих послуг через державні підприємства.

Третя група підстав пов'язана з наданням переваги щодо створення державних підприємств у зв'язку з культурно-історичним вибором суспільства. В рамках цієї групи можуть бути названі різні причини, наприклад: суверенітет, політичні уподобання лідерів. Ці так звані культурні причини здебільшого мають більше значення, ніж економічні критерії.

Звичайно, весь цей поділ носить умовний характер, оскільки буває важко виділити будь-яку одну причину створення державного підприємства [1, с. 154–158].

Беручи до уваги концепцію, відповідно до якої економіка України належить до змішаного типу [12, с. 7], необхідно говорити все-таки про обов'язкову і широкомасштабну участь держави в економіці країни та особливо в державному секторі.

У змішаній економіці роль державного регулювання вельми велика. І здійснюється вона за такими основними напрямками. По-перше, шляхом дії на підприємства: забезпечення правової бази (встановлення законних «правил гри», що регулюють відносини між учасниками бізнесу), підтримка конкуренції, у ряді випадків захист внутрішніх ринків, стимулювання нових форм бізнесу (малих підприємств, різних програм тощо), стимулювання інвестицій, підтримка розвитку окремих видів виробництва, здатних в майбутньому прогресивно змінити структуру економіки, принести великі вигоди економіці в цілому. По-друге, державне регулювання спрямоване на більш рівномірний розподіл ресурсів суспільства

між окремими верствами населення, а також пов'язане з перерозподілом засобів в часі (соціальний захист населення в періоди безробіття, дитинства, старості тощо). Тобто державне регулювання необхідне, з одного боку, як чинник стабільності, а з іншого – як спосіб підтримки необхідних резервів в економіці в цілому, що збільшують її гнучкість і можливість зростання [2].

Таким чином, враховуючи вищеведене, робимо висновок, що на саморегульований механізм ринку не можна повністю покластися, а для забезпечення довгострокової економічної стабільності та нормального розвитку суспільних відносин існує необхідність в державному регулюванні економіки, оскільки саме держава реалізує функцію стабілізації економіки в цілому та задоволення соціально-економічних потреб суспільства.

Участь держави в економічному процесі через створення підприємств, що здійснюють свою господарську діяльність на базі державного майна, та проблеми вдосконалення їх правового становища авторка має намір розглянути у наступних дослідженнях.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Архипов В.* Государственные предприятия / В. Архипов // Общество и экономика. – 2006. – № 7–8. – С.154–158.
2. *Асаул А. Н.* Роль государства в смешанной системе хозяйствования [Электронный ресурс] / А. Н. Асаул // Регион: экономика и социология. – 2002. – № 1–2. – Режим доступа до журн.: <http://www.finansy.ru/publ/macro/001asaul.htm>.
3. *Атаманчук І. А.* Актуальні питання поняття суб'єкта кримінально-процесуальних відносин [Електронний ресурс]: Форум права. – 2008. – № 3. – С.18–21.
4. *Бондаренко І. М.* Правова регламентація господарської діяльності казенних підприємств: дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: 12.00.04 / Бондаренко Ірина Миколаївна. – Х., 2001. – 207 с.
5. *Жамен С.* Торговое право / С. Жамен, Л. Лакур. – М.: Междунар. отношения, 1993. – 255 с.
6. *Мамутов В. К.* Господарське право зарубіжних країн / В. Мамутов, О. Чувпило. – К.: Ділова Україна, 1996. – 352 с.
7. *Мамутов В. К.* Правовое регулирование хозяйственной деятельности в смешанной экономике / В. К. Мамутов // Экономика – правовое государственное регулирование: Сб. науч. тр. – Донецк: ИЭП АН Украины, 1992. – С. 7–10.
8. *Мартемьянов В. С.* Хозяйственное право: Учебник в 2-х томах / [Ред. В. С. Мартемьянов]. – М., 1994. – Т. 1. – 1994. – 298 с.
9. *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України:* [за заг. ред. В. К. Мамутова]. – К: Юрінком Інтер, 2004. – 688 с.
10. *Пересунько С. І.* Право державної власності в Україні / Пересунько С. І. – Кіровоград, 1998. – 273 с.
11. *Суханов Е. А.* Гражданское и хозяйственное право европейских социалистических стран / Суханов Е. А. – М.: Изд-во моск. ун-та., 1984. – 184 с.
12. *Щербина В. С.* Суб'єкти господарського права / Щербина В. С. – К: Юрінком Інтер, 2008. – 263 с.
13. *Щербина В. С.* Органи державної влади та органи місцевого самоврядування як учасники відносин у сфері господарювання / В. С. Щербина // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 1. – С. 111–117.

The questions connected with the state participation in the sphere of economic relations are discussed in the article.

В статье рассматриваются вопросы, связанные с участием государства в отношениях, возникающих в сфере хозяйствования.

ПІДСТАВИ ОБМЕЖЕННЯ У ДІЄЗДАТНОСТІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН

Стефанчук М. О.,

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

У статті розглядається особливість правового регулювання інституту обмеженої дієздатності за законодавством України та країн Європи з урахуванням процесу гармонізації цивільного законодавства України із законодавством країн – членів Європейського Союзу.

Ключові слова: дієздатність фізичної особи, обмежена дієздатність, психічний розлад, адиктивна поведінка, опіка та піклування.

Однією з найважливіших форм правового опосередкування соціальних інтересів та форм їх охорони, якими наділена особа, є суб'єктивні цивільні права. Саме їх здійснення дає особі можливість задовольняти власні інтереси та набувати для себе різноманітні блага.

Норми цивільного права не лише наділяють осіб суб'єктивними правами, а й забезпечують здійснення цих прав. Адже цінність будь-якого суб'єктивного права полягає не просто в його наявності, а в можливості його здійснення [1, с. 11]. І, відповідно, очевидним є те, що будь-яке суб'єктивне цивільне право втрачає свою цінність та призначення у випадку, коли особа, наділена ним, не має можливості його здійснення, тобто реального втілення наданих можливостей.

Однією з обов'язкових умов самостійного здійснення суб'єктивного цивільного права є наявність у особи необхідного обсягу дієздатності [2, с. 79; 3, с. 122], оскільки існування різноманітних цивільних правовідносин обумовлено неможливістю задоволення інтересу носія права без відповідної поведінки зобов'язаної особи, тобто такої поведінки, яку сама управомочена особа вчинити не в змозі. Тому, здійснюючи своє право, особа повинна мати можливість розпоряджатися як своєю, так і чужою поведінкою. Для цього носій права має бути наділений належним обсягом дієздатності. Звичайно, при недостатньому обсязі дієздатності можна застосовувати інститут представництва (законного чи договірного), але аспект вільного волевиявлення носія суб'єктивного права вже не буде таким бездоганним.

Можливість вільно волевиявлятися та вступати від власного імені у правовідносини є надзвичайно важливою можливістю, яка може бути обмежена у разі неправової поведінки цього суб'єкта.

Варто зазначити, що цивільне право різних країн під такою неправовою поведінкою розуміє дещо відмінні аспекти діяльності фізичної особи. Це спонукало нас порівняти норми цивільного законодавства різних країн, щоб оцінити, наскільки досконало регулює такі правовідносини українське законодавство.

Підставами обмеження фізичної особи у дієздатності згідно зі ст. 36 Цивільного кодексу України [4] є: 1) страждання фізичної особи на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними; 2) зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо, за умови, що тим самим вона ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за

законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище. Як видно, ч. 1 ст. 36 ЦК України говорить про дефект волі або волевиявлення, втрату контролю фізичної особи над своїми діями внаслідок певного психічного розладу, тоді, коли підстави, передбачені ч. 2 цієї самої статті, прямо залежать від волевиявлення.

Зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами і токсичними речовинами завжди визнавалось суспільно шкідливою поведінкою, яка призводила до відсторонення особи від реальності, намагання створити власний світ, де особі буде під силу вирішити усі проблеми, що і стало предметом дослідження багатьох як вітчизняних, так і зарубіжних дослідників у різних галузях науки, зокрема: в медицині (О. Г. Годлевський, Н. В. Дмитрієва, Ц. П. Короленко, А. Е. Личко, П. Д. Шабанов), психології (В. Ю. Александрова, Б. С. Братусь, В. Я. Гіндкін, Н. Є. Завацька, Н. Ю. Максимова, О. Т. Чередниченко), дефектології (Л. С. Виготський), педагогії (В. М. Оржеховська) та, звичайно, в праві (С. С. Алексєєв, С. М. Братусь, В. П. Грібанов, Г. П. Давидов, О. С. Іюффе, В. М. Кудрявцев, С. Ф. Кечекьян, О. О. Красавчиков, К. А. Флейшиц, Г. Ф. Шершеневич).

Головним питанням, яке виникає при тлумаченні ч. 2 ст. 36 ЦК України, є невизначеність поведінки, яка може стати підставою для відкриття окремого провадження про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи.

Варто наголосити на тому, що інститут обмеженої дієздатності має особливу природу в Україні та країнах пострадянського періоду і дещо відмінний від законодавства країн Європи.

У цивільному законодавстві країн СНД можна помітити певну закономірність: соціально неприйнятним вважається зловживання наркотичними засобами та спиртними напоями (законодавство Молдови, Грузії, Туркменистану [5] використовує термін «алкоголь», що є ширшим, оскільки включає в себе також продукцію, яка містить алкоголь, але не визначається як спиртний напій, наприклад, пиво). Неправозгідною поведінкою, яка є підставою для порушення провадження у справах про обмеження дієздатності фізичних осіб у Грузії, Казахстані, Таджикистані, Туркменистані, Російській Федерації та Узбекистані [5], є лише зловживання спиртними (алкогольними) напоями або наркотичними речовинами. Окрім цього, законодавство України, Молдови та Білорусі [5] вбачає асоціальність поведінки й у зловживанні психотропними засобами. Цивільний кодекс Республіки Молдова не допускає не лише «зловживання алкоголем», а й несистематичне «вживання наркотичних та психотропних

засобів», якщо це погіршує матеріальне становище своєї сім'ї (на відміну від законодавства інших країн, де така поведінка повинна призводити до важкого матеріального становища сім'ї).

Якщо ж розглядати законодавство країн Європи, то найбільш широко врегульовуються дані відносини у Цивільному кодексі Польщі [6], який у ст. 16 зазначає, що особа може бути визнана обмежено дієздатною на підставі психічного захворювання, розумової відсталості або іншого виду психічного захворювання, особливо алкоголізму або наркоманії. І при цьому зазначає, що у тих випадках, коли вищезазначені підстави не є настільки серйозними, щоб позбавити особу дієздатності у повному обсязі, то для допомоги у веденні справ їй призначається так званий куратор.

Якщо ж розглядати цивільне законодавство Німеччини та Франції, то основний акцент ставиться не на судовій процедурі визнання особи обмежено дієздатної, а на самому факті «стану обмеженої дієздатності» в конкретний момент часу. Так, § 827 Німецького цивільного уложення передбачає можливість звільнення фізичної особи від цивільної відповідальності за завдану шкоду у випадках, коли ця шкода була завдана у несвідомому стані або у стані хворобливого розладу психічної діяльності, яка виключала можливість усвідомлення власних дій. Винятком є лише заподіяння шкоди в стані алкогольного сп'яніння, до якого особа довела себе сама [7].

Якщо ж розглядати Цивільний кодекс Франції [8], то правове регулювання обмеженої дієздатності, хоч і має згадування в Титулі X «Про неповноліття, про опіку та про звільнення з-під батьківської влади» та Титулі XI «Про повноліття та повнолітніх, що перебувають під захистом закону», але спрямоване в основному на захист сімейних прав і лише частково стосується захисту майнових інтересів. При цьому основною підставою Цивільний кодекс Франції визнання особи обмежено дієздатною обирає недоумство або психічний розлад, на основі яких їй надається один із способів захисту, передбачених ЦК Франції (ст. 490).

Такими способами захисту визнаються встановлення судом опіки або піклування (залежно від важкості психічної хвороби) за клопотанням близьких родичів чи прокурора (ст. 493, 508 ЦК Франції).

Як бачимо, у Європейських традиціях правова доктрина прирівнює таку поведінку як зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами або психотропними речовинами до психічних розладів, оскільки вважається, що така поведінка не є адекватною і може виникати лише внаслідок психічних розладів. І лише деякі країни розглядають ці правові підстави окремо.

Якщо розглядати особливості психічних розладів, то до них слід відносити не лише «класичні» захворювання, наприклад, шизофренію, хворобу Альцгеймера, розумову відсталість тощо, а й ті, які мають негативний майновий ефект (так званий розлад майна [2, с. 76]).

Відповідно до рішення Всесвітньої організації охорони здоров'я до переліку психічних захворювань під міжнародним кодом F63.0 було включено і таку хворобу як лудоманію (гемблінг) та схильність до азартних ігор. Основною ознакою лудоманії є постійно повторювана участь в азартних іграх, яка тягне за собою формування

стійкої залежності та з часом призводить до неможливості особи відмовитись від участі у таких іграх. Це призводить до формування так званої доміанти, яка у свідомості особи стає основною і необхідною для задоволення потребою. Усі інші потреби зводяться до другорядних і задовольняються лише у випадку крайньої необхідності (сон, їжа). Соціальні потреби при цьому повністю нівелюються, що призводить до повного нехтування сімейними та цивільними обов'язками. До цього ж типу можна віднести і марнотратство у всіх його проявах – купівля непотрібних речей (шоппінг), колекціонування дорогих речей, надмірна трата спільно набутого майна у благодійних цілях тощо.

Такі розлади входять до переліку психічних захворювань як хронічні зміни особистості, що не пов'язані з ушкодженням та захворюванням мозку (F62), розлади навичок та потягів (F63) [10].

У зв'язку з тим, що більшість цивільних кодексів вбачає можливість закріплення відкритого списку підстав обмеження дієздатності особи (зловживання спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо, наявність психічної хвороби), то можна тлумачити це таким чином, що така поведінка наведена як приклад. Логічним питанням, яке виникає при застосуванні даної норми, є змістовне наповнення такої категорії як «тощо».

Аналізуючи міжнародне законодавство, можна дійти висновку, що до категорії «тощо» варто включати і потяг до азартних ігор і марнотратство. Але якщо зловживання спиртними напоями, наркотичними та психотропними засобами має у своїй основі залежність органічну, то потяг до азартних ігор – психологічну.

Таким чином, можемо зазначити, що основною підставою обмеження дієздатності у країнах Європи є психічний розлад. Проаналізувавши Міжнародний класифікатор хвороб, слід зазначити, що в основі його механізму лежать такі основні види:

- 1) органічні розлади (наприклад деменція – тобто набуте слабоумство в результаті різних хвороб);
- 2) шизофренія і шизотипові розлади;
- 3) афективні розлади (манії, депресії);
- 4) невротичні розлади (різного роду фобії);
- 5) розумова відсталість;
- 6) порушення психологічного розвитку (аутизм);
- 7) поведінкові і емоційні розлади дитячого і підліткового віку (несоціалізований розлад поведінки);
- 8) психічні і поведінкові розлади внаслідок вживання психоактивних речовин (алкоголізм, наркоманія)
- 9) поведінкові синдроми, пов'язані з фізіологічними порушеннями та фізичними факторами (зловживання антидепресантами);
- 10) розлади зрілої особистості та поведінки у дорослих (лудоманія, піроманія) [11].

Звичайно, українському законодавцеві набагато легше було б виокремити в окрему підставу обмеження дієздатності зловживання алкогольними напоями, наркотичними засобами та психотропними речовинами, але за своєю суттю тоді ст. 36 ЦК України, після аналізу Міжнародного класифікатора хвороб, звучатиме тавтологічно, а ч.2 фактично відтворюватиме ч.1 – «Суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами тощо (читай страждає на психічний розлад) і тим ставить себе

чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище. Тобто відмінність між ч. 1 і ч. 2 полягає лише у «ставленні у скрутне матеріальне становище» окремої категорії осіб.

Недарма цивільне законодавство Німеччини та Франції не піднімає так гостро питання необхідності включення до підстав обмеження дієздатності будь-який вид адитивної поведінки, яка за адитивним механізмом (бажанням змінити настрої) проводить поділ адитивних агентів на речовини, що змінюють психічний стан (алкоголь, наркотики, лікарські препарати, токсичні речовини) і втягнення у певні види активності (азартні ігри, комп'ютер, секс, переїдання чи голодування, тривале прослуховування ритмічної музики). Адже така поведінка визнана міжнародною спільнотою психічним розладом, а цього цілком достатньо для обмеження особи у дієздатності.

Звичайно, ми можемо розширено тлумачити передбачене у ч. 2 ст. 36 ЦК України поняття «тощо» і включати до нього інші види поведінки, пов'язані як з вживанням речовин, що змінюють психічний стан людини (алкоголь, наркотики, лікарські препарати, токсичні речовини), так і з втягненням у певні види активності (азартні ігри, комп'ютер, переїдання чи голодування), особа не просто може вчиняти асоціальну поведінку, а й дійти до вже згаданого нами стану «розладу майна», але при цьому її поведінка все ж таки вважатиметься психічним розладом.

Таким чином, ми можемо говорити про те, що ЦК України хоча і намагається найбільш повно врегулювати ці правовідносини, але це прагнення зводиться до юридично хибних конструкцій, які призводять до повторень правових норм і неоднозначності їх тлумачення та застосування.

Враховуючи євроінтеграційний курс України, доцільним було б наголосити на таких основних напрямках вдосконалення цивільного законодавства як, насамперед, його спрощення та активізація діяльності держави по правовій освіті населення, адже і досі більшість українських громадян України не вважають зловживання спиртними напоями та психотропними речовинами психічними розладами.

Саме тому ми пропонуємо до підстав обмеження фізичної особи відносити лише факт психічного розладу незалежно від того, чи ставить він у скрутне становище інших осіб, чи ні, оскільки саме така позиція законодавця дасть змогу найбільш повно захистити права та інтереси

фізичної особи, яка страждає чи то від «класичної» психічної хвороби чи від «адитивної поведінки». А держава, в свою чергу, повинна вдосконалити свою державну політику у сфері охорони здоров'я відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Міжгалузевої комплексної програми «Здоров'я нації» на 2002–2011 роки» [12].

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Мирошникова Н. И.* Механизм осуществления субъективных гражданских прав : учеб. пособ. / Н. И. Мирошникова ; Ярослав. гос. ун-т. – Ярославль : ЯрГУ, 1989. – 83 с.
2. *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права : Введ. Общ. часть. Особ. часть / Г. Ф. Шершеневич. – Тула, 2001. – 719 с.
3. *Гражданское право*: В 2 т.: учебник / В. С. Ем, И. А. Зенин, Н. И. Коваленко и др. / Отв. ред. Е. А. Суханов. – Т. 1. – М.: БЕК, 2000. – 704 с.
4. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р.* // ОВУ. – 2003. – № 11. – Ст. 461.
5. *The World Law Guide.* – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/legis.php>.
6. *USTAWA Kodeks Cywilny.* – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.infor.pl/dziennik-ustaw_rok,1964,nr,16,poz,93,ujednolicony,ustawa-kodeks-cywilny.html.
7. *German Civil Code – Bürgerliches Gesetzbuch.* – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BGB.htm>.
8. *Code civil.* – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=22>.
9. *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права : (По изд. 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич; Вступ. ст. Е. А. Суханова. – М. : Спарк, 1995. – 556 с.
10. *Критерії діагностики і психотерапії розладів психіки та поведінки.* – [Електронний ресурс] / Під ред. Б. В. Михайлова, С. І. Табачнікова, О. К. Напреєнка, В. В. Домбровської // Новини української психіатрії. – Х., 2003. – Режим доступу: <http://www.psychiatry.ua/books/criteria>.
11. *Международная классификация болезней МКБ-10.* – [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.mkb10.ru/>.
12. *Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Міжгалузевої комплексної програми «Здоров'я нації» на 2002 – 2011 роки» від 10.01.2002 р.* // Офіційний вісник України. – 2002. – № 9. – Ст. 403.

In this article the feature of the legal adjusting of institute of the limited capability on the legislation of Ukraine and countries of Europe with the account of process of adaptation of civil legislation of Ukraine to the countries of the European Union is developed.

В статті розглядається особенність правового регулювання інститута обмеженої дееспособности по законодательству Украины и стран Европы с учетом процесса адаптации гражданского законодательства Украины к странам Европейского Союза.

РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ У ЄВРОПЕЙСЬКІЙ КОНВЕНЦІЇ: ПОХОДЖЕННЯ ТА СУЧАСНИЙ СТАН

Ліщина І. Ю.,

здобувач НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

В статті розкриваються питання виникнення права власності як одного з прав, які захищаються Європейською конвенцією з прав людини та основних свобод, розвиток розуміння майнових прав як прав людини в практиці Європейського Суду з прав людини та сучасні підходи до захисту цих прав європейською системою захисту прав людини.

Ключові слова: право власності, Європейська конвенція з прав людини та основних свобод, Європейський Суд з прав людини.

У базовому тексті Європейської конвенції з захисту прав людини та основних свобод (надалі – Конвенція) немає згадки про право власності як елемента європейської системи захисту прав людини. Це право закріплене у Першому протоколі до Конвенції, який був прийнятий через 15 місяців після ухвалення самої Конвенції. Хоча у першому проекті «Європейської хартії прав людини» (майбутньої Конвенції) 1949 р. у підпункті k) статті 1 містилися положення про «свободу від безпідставного позбавлення власності», це право зникло з тексту пропозицій, спрямованих секретарем Парламентської Асамблеї Ради Європи П'єр-Генрі Теїтженом 29 серпня 1949 р. до Комітету Міністрів [1, р. 116] (вищого органу Ради Європи, який затвердив кінцевий текст Конвенції).

Після внесення пропозиції про включення цього права до тексту Конвенції, воно викликало бурхливий опір з боку багатьох європейських урядів (Великої Британії, Швеція), які у той час очолювали ліві партії, що розпочали широкі програми націоналізації промисловості [2, р. 66]. Такі уряди вважали, що введення права власності до Конвенції може стати на заваді цим планам. З іншого боку, безпідставне, але «законне» позбавлення майна було однією з форм нацистських репресій, попередження яких було серед головних цілей створення Конвенції. Тому держави, що найбільше постраждали від нацистів (Франція, Бельгія), наполягали на включенні права власності до Конвенції. Суперечки, що точилися між представниками цих двох полюсів, призвели до того, що питання включення права власності не було вирішено до моменту ухвалення всього тексту Конвенції.

Після прийняття Конвенції відразу ж розпочалась робота з підготовки Першого протоколу, до якого увійшли посилання на права, щодо яких Комітет міністрів не встиг досягнути компромісу, у тому числі й права власності. Таким чином, сучасний текст статті 1 Першого протоколу є компромісом між кількома пропозиціями і сформульований так: *«Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права. Попередні положення, однак, ніяким чином не обмежують право держави запроваджувати такі закони, які, на її думку, необхідні для здійснення контролю за використанням майна відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків або інших зборів чи штрафів»* [3, р. 250].

Таким чином, якщо читати текст ст. 1 Першого протоколу, то можна дійти висновку, що вона захищає від «позбавлення» майна, яке відбувається не в інтересах суспільства. При цьому вона взагалі не застосовується до регулятивних заходів, зокрема у фінансовій або кримінальній сферах. Але Європейський Суд з прав людини (надалі – Суд) надав цим положенням набагато ширшого тлумачення. Практика щодо права власності почала бурхливо розвиватись на початку 80-х років минулого століття. У справі *Sporrong and Lönnroth*, яку деякі вчені не вагаючись називають справжньою революцією у сфері захисту права власності [4, р. 118], Суд вирішив, що ст. 1 Першого протоколу включає три чітких норми. Перша, яка є загальною за своїм характером, стверджує принцип безперешкодного користування

власністю, він виражений у першій фразі першого абзацу. Друга норма стосується позбавлення майна та встановлює для цього ряд умов, вона наводиться у другій фразі того самого абзацу. Третя норма визнає за державами-учасницями право контролювати використання власності відповідно до інтересів суспільства, приймаючи такі закони, які вони вважають за необхідне задля цієї мети, ця норма міститься у другому абзаці [5].

Отже, замість одного правила та одного виключення Суд побачив в статті три правила. Далі ми розглянемо кожне з цих правил, але не в тому порядку, в якому їх розставив Суд, а так, як вони втілювалися в Конвенції. Тобто першим буде розглянуто правило щодо позбавлення майна (друге за порядком Суду), потім правило стосовно регламентації власності (третє за порядком Суду) і, нарешті, так зване перше або загальне правило поваги до власності.

Існування заборони необґрунтованого позбавлення майна в ст. 1 Першого протоколу не викликає сумнівів. На практиці діяльність урядів, яка призводила до такого позбавлення, найбільш пильно контролювалась Судом. При цьому вже у перших рішеннях щодо позбавлення власності Суд вказав на два основних питання, які й досі визначають розвиток судової практики у цій сфері: сплата компенсації та непряма експропріація.

Як стверджував Джозеф Сакс, гарантія компенсації слугує механізмом попередження зловживань з боку державних органів [6, р. 74]. У першій справі, в якій Суд вирішував питання позбавлення майна, він зазначив, що «що відібрання власності без сплати компенсації вважається за можливим тільки у виключних обставинах, які не мають відношення до цієї справи» [7].

При цьому вказівка на «виключні обставини» була скоріш за все реверансом авторам тексту ст. 1 Першого протоколу, які після довгих спорів не включили право на компенсацію до цієї статті. Ці обставини ніколи не були розкриті Судом. Практика Суду вказує на те, що сплата компенсації вимагається навіть у тих випадках, коли забезпечення загальних інтересів є більш важливим [8], хоча це може мати вплив на розмір компенсації [9, р. 164].

Суд вважає, що «відібрання майна без сплати його компенсації, що обґрунтовано пов'язана із його вартістю, зазвичай, становитиме непропорційне втручання, яке не може бути виправдане за Статтею 1 [Першого протоколу]» [10]. Однак при цьому Суд надає досить широкую дискрецію державам при встановленні критеріїв, за якими визначається розмір компенсації. Наприклад, у справі *Lithgow and Others* Суд не знайшов їх порушення у тому, що при визначенні ціни, за якою викуповувались акції компанії при націоналізації, за основу була взята ринкова ціна цих акцій за кілька місяців до викупу. Це робилось з метою виключення наслідків отримання біржовими гравцями інформації про майбутню націоналізацію відповідних виробництв.

З іншого боку, ця дискреція держави не є безмежною. Наприклад, Суд знайшов порушення при встановленні ціни при викупі будівель, що мають історико-культурну цінність, якими виходила з середньої ціни на звичайні будівлі подібного розміру та розташування. Таким чином, той факт, що відповідна будівля є унікальною пам'яткою архітектури, взагалі не брався до уваги, що давало змогу державі знизити ціну на такі будівлі більше ніж вдвічі [11].

Другим ключовим питанням практики позбавлення майна є непряма експропріація. Зазвичай друге правило застосовується до ситуацій, коли хтось примусово «позбавляється майна» (*«deprived of his property»*) або *«privé de sa propriété»*). До таких ситуацій належить придбання державою права власності на майно, що перебуває у недержавній власності (навіть без переходу фізичного контролю над майном [12]), так звана пряма експропріація.

Однак відібрання майна без набуття державою права власності на нього також може вважатись «позбавленням» у деяких випадках. Йдеться про феномен, відомий в практиці міжнародних арбітражних судів як «непряма», «повзуча» або «де факто» експропріація, «заходи, що дорівнюють експропріації» [13, р. 2] або «відібрання» (*taking*) в американській судовій практиці [14, р. 64].

Суд наполягає на тому, що «для того, щоб встановити чи відбулось позбавлення майна в розумінні другого правила, він не може обмежуватись розглядом питання чи відбулась фізична чи формальна експропріація, а має дивитись глибше та вивчити реальну ситуацію, щодо якої подано скаргу. Зважаючи на те, що Конвенція покликана гарантувати права, які є «практичними та ефективними», Суду необхідно встановити чи прирівнюється ситуація до *de facto* експропріації» [16].

У жодній справі Суд не надавав абстрактного визначення фактичного позбавлення власності, тому встановити значення цього терміна можна лише на основі аналізу чинної практики. У справі *Dacia S.R.L. v. Moldova* Суд встановив, що скасування національним судом результатів приватизаційного аукціону щодо готелю на формальних підставах у ситуації, коли набувач виконав усі встановлені державою вимоги і кілька років володів об'єктом приватизації, дорівнює позбавленню власності на приватизоване майно [16].

Справа *N.A. and Others v. Turkey* стосувалась ділянки землі, яка була законно успадкована заявником і на якій він розпочав будівництво готелю. Відповідними державними органами ділянка була визнана такою, що не може перебувати в приватній власності, що призвело до анулювання відповідного запису в кадастровій книзі. Суд у цій справі також вирішив, що дії держави дорівнюють фактичній експропріації [17].

У дещо схожій справі *Jahn and Others v. Germany* заявники отримали земельну ділянку за законодавством Німецької Демократичної Республіки, і після об'єднання Німеччини їхня власність на ці ділянки була підтверджена. Однак кілька років по тому національний суд визнав, що земля на момент об'єднання перебувала у власності заявників незаконно (за законодавством НДР) і скасував їхню реєстрацію в кадастрі як власників цієї ділянки. У цій справі Суд визнав, що відбулась фактична експропріація майна [18].

Так зване друге правило або регламентація власності сформульована в Конвенції так як необмежене право держави контролювати використання майна. Однак першими рішеннями в цій сфері Суд дав зрозуміти, що сприймає другий абзац ст. 1 Першого протоколу як поширення положень Конвенції на заходи держави з контролю за власністю. Відповідно, до таких заходів також застосовується принцип пропорційності, тобто оцінка, при якій дії уряду, їх цілі та результати цих дій порівнюються із глибиною та обґрунтованістю втручання держави в процес

реалізації права приватної власності. Отже, на думку Суду, дискреція держав у сфері регулювання власності є широкою, але не безмежною.

При визначенні «заходів регулювання» або «заходів контролю» за власністю основні труднощі полягають у встановленні різниці між позбавленням майна та чисто регулятивним впливом держави на відносини власності.

Відокремлення «позбавлень» від «регулювань» Суд проводить за якісними та кількісними ознаками. До якісних належать справи, що стосуються втручання в право власності, що відбувається в рамках кримінальних або податкових процедур, тобто тих, що прямо передбачені в другому абзаці ст. 1 Першого протоколу («забезпечення сплати податків або інших зборів чи штрафів»). Навіть у ситуаціях, коли втручання держави призводить до повного позбавлення власника його майна, Суд, скоріше за все, розглядатиме відповідний захід як «регулювання» у тому разі, якщо він прийнятий в кримінальному процесі. Наприклад, саме третє правило Суд застосував у справах щодо конфіскації літака, на якому перевозили наркотики [19], та автобусу, яким перевозили незаконних мігрантів [20], а також золотих монет, ввезених контрабандою [21].

Такий самий підхід Суд демонструє і в справах, в яких позбавлення майна пов'язане із примусовим задоволенням податкових вимог. Так, Суд застосував третє правило у справі, що стосувалась арешту та реалізації товару за податковими боргами покупця, хоча за договором власність на цей товар переходила від постачальника до покупця тільки після повної сплати останнім ціни товару, чого на момент арешту не відбулося [22].

В усіх інших випадках, тобто коли захід вчинений не в фінансній або кримінальній сфері, Суд застосовує так званий кількісний критерій. «В принципі, в усіх випадках, коли захід впливає на право власності, але власник не позбавляється повністю своїх прав, або фізично самого майна, кваліфікація такого заходу як регулювання виглядає найбільш придатною» [23, р. 82]. Підтверджуючи це у багатьох справах, Суд зазначав, що той чи інший захід не може вважатись «позбавленням» з огляду на те, що ступінь втручання в право власності не є менш суттєвим, ніж той, який необхідний для *de facto* експропріації. Наприклад, у справі *Hutten-Czapska*, яка стосувалась значного обмеження прав орендодавця при встановленні орендної плати та виселенню орендарів, Суд зазначив таке: «хоча це правда, що заявниця була обмежена в своїх правах на користування майном у формі фізичного контролю, зважаючи на те, що будинок займали орендарі, та що її права на здачу квартир, включаючи її право на отримання орендної плати та припинення оренди були обмежені багатьма правовими заборонами, вона ніколи не втрачала свого права на продаж майна. Також державні органи не вживали жодних заходів, які б призводили до втрати заявницею права власності» [24]. На цьому підґрунті Суд застосував «третє», замість «другого», правило ст. 1 Першого протоколу. Такий підхід Суд застосовував у справах, що стосувались заходів економічного характеру [25], включаючи такі, що спрямовані для забезпечення економічного розвитку держави [26], соціальні заходи у широкому розумінні (захист інвалідів, ув'язнених тощо) [27], покращення території [28], охорони навколишнього середовища [29], аграрної політики [30], громадського здоров'я [31],

громадської безпеки [32] та у нещодавній практиці Суду – захисту культурної спадщини [33].

Одним з найбільш значних наслідків розподілення ст. 1 Першого протоколу на три правила і фактичного їх застосування стало переведення другого абзацу статті з категорії прав держави до категорії її обов'язків щодо захисту права власності. Хоча відсоток задоволених заяв про порушення права власності, які були кваліфіковані за третім правилом, значно нижчий за той відсоток заяв, що розглядалися за двома іншими правилами, Суд, однак, не надає державам абсолютної свободи у сфері регулювання права власності та виносить рішення на користь заявників у таких справах.

Так, в уже згадуваній вище справі *Hutten-Czapska* Суд, встановивши, що державні заходи з регулювання прав заявника-орендодавця не досягали рівня *de facto* експропріації та, відповідно, мають розглядатися за третім правилом, однак дійшов висновку, що обмеження прав заявника були необґрунтовано надмірними, та знайшов порушення ст. 1 Першого протоколу [24]. До такого самого висновку Суд дійшов і в подібній справі *Ghigo v. Malta* [34].

Як уже зазначалось раніше, з першого погляду в тексті ст. 1 Першого протоколу можна побачити одну заборону на позбавлення приватного права на майно та дозвіл на державне регулювання процесу користування майном. Фраза «кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном» на перший погляд здається вступним реченням, яке містить суто декларативний припис. Однак своїм історичним рішенням *Sporrong and Lönnroth*, а також послідовною практикою з середини 80-х років ХХ ст. Суд надав цій фразі загальноєвропейського нормативного значення.

Надавши «першому правилу» значення еквівалентного двом іншим, Суд визнав, таким чином, існування його самостійного значення, «незважаючи на наміри авторів Конвенції вузько обмежити сферу її застосування сферами дії другого та третього правил. Існують справи, що підпадають під дію загального правила, які не можна віднести до двох деталізованих правил. Тобто загальне правило має свій специфічний об'єкт регулювання» [35, р. 3].

Водночас ця автономія загального правила діалектично витікає з її комплементарного характеру по відношенню до двох інших норм: якщо захід, який оскаржується, розглядається через призму загального правила, то, скоріше за все, це пов'язано із тим, що його не можна віднести до двох інших. Іншими словами, «перше правило» застосовується тоді, коли захід не можна віднести ні до позбавлення майна, ні до регулювання власності [36, р. 974]. Внаслідок цього Суд вважає, що галузь застосування загального правила ширша за таку сферу дії двох інших, які «мають бути інтерпретовані в світлі принципів, що втілені в першому правилі» [37].

У чому сходяться усі теорії стосовно ст. 1 Першого протоколу – це нечіткість визначення «захисту права власності». «Туманна норма» або «вихлясте правило» для одних [38, р. 226, 227], «залишкова категорія» для інших [36, р. 978]. З першого погляду, загальне правило не може бути описано іншим, ніж негативним чином по відношенню до другого та третього правил: усі заходи держави, які втручаються у право власності, але не можуть бути віднесені до двох інших правил, розглядаються під кутом першого.

Саме таке розуміння першого правила втілено у першому рішенні, в якому воно згадується – *Sporrong and Lönnroth*. Справа стосувалась дозволу на експропріацію земельної ділянки, який проіснував значний проміжок часу, але так і не був реалізований державою. У цій справі Суд зазначив таке: «*всі оскаржувані наслідки були результатом скорочення можливості розпоряджатись відповідною земельною ділянкою. Причиною цього були обмеження, встановлені щодо права власності, а також вплив таких обмежень на вартість нерухомості. Однак, хоча право, що розглядається, було урізане ... вплив прийнятих заходів не був таким, що дорівнював позбавленню майна. ... У цій справі немає й місця для застосування другого речення першого абзацу. (...) Заборони на будівництво без сумніву мають характер регулювання «користування майном» у розумінні другого абзацу. З іншого боку, дозвіл на відчуження не мав на меті обмежувати і контролювати таке користування, оскільки він являв собою тільки перший крок в процедурі, що вела до позбавлення майна» [5].*

Таким чином, Суд виключав одну за іншою можливість застосування другого та третього правил для того, щоб дійти висновку про необхідність застосування загального правила. Першою метою втручання була експропріація землі, однак заявник залишився її власником. З іншого боку, втручання не підпадало під «регулювання користування» майном, бо його кінцевою метою була все ж таки експропріація. Отже, жодне з «чітких» правил не могло бути застосоване, тому в «гру» вступало загальне або перше правило.

Такий залишковий підхід переважав у перші роки застосування загального правила [39]. Однак з середини 90-х років минулого сторіччя Суд починає застосовувати загальне правило у справах, в яких порушення права власності впливає з порушення інших норм Конвенції, скоріше за все, ст. 6 – права на справедливий суд.

Суд розглядає судові рішення, за яким заявникові присуджено кошти або майно, як «майно» в розумінні ст. 1 Першого протоколу [40]. Відповідно, коли дії або бездіяльність держави призводять до того, що заявник не отримує таке майно, Суд вважає такі дії або бездіяльність «втручанням» у вільне володіння майном.

У зв'язку із таким підходом практика Суду може бути поділена на дві категорії справ: невиконання судових рішень та скасування рішень, що вступили в законну силу. Невиконання судового рішення може, відповідно до думки Суду, відбутися тоді, коли для цього є об'єктивні причини, що не пов'язані із державою. Наприклад, відсутність коштів у приватної особи, проти якої винесено рішення. Відсутність коштів у державної установи [41] або підприємства [42], або відсутність силової підтримки дій виконавця [43] до таких об'єктивних причин не відносяться.

Щодо справ про скасування судових рішень, що вступили в законну силу, то Суд вважає, що таке скасування може відбутися тільки за виключних обставин або за наявності дійсно нових обставин. Тому так звані наглядові процедури вважались Судом як такі, що становлять необґрунтоване втручання в право на мирне володіння майном [44]. Також Суд уважно перевіряє судові процедури перегляду справ за нововиявленими обставинами з точки зору того, чи дійсно національні суди знайшли нові обставини у справі, чи насправді

відбувається прихований апеляційний перегляд попередніх рішень [45].

Отже, можна зробити висновок про те, що Суд, запровадивши через «три правила» фактично нову структуру ст. 1 Першого протоколу, значно розширив сферу застосування права на «мирне володіння майном». При чому сьогоденне розуміння кожного з трьох правил та у їх сукупності значним чином відрізняється від того змісту, який вкладав в них Суд у 1982 р. при розгляді справи *Sporrong and Lönnroth*. Подальший розвиток поглядів на зміст, розуміння і реалізацію права на власність через призму трьох правил надає можливість розкрити нові грані цього права та розширити сферу свободи людини від необґрунтованого втручання держави.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Travaux Préparatoires*, Vol. I. Hague. Martinus Nijhoff, 1975. – 354 p.
2. *Banning T. R. G. van*, The Human Right to Property. Antwerp. Intersentia Publishers. 2002. – 445 p.
3. *Travaux Préparatoires*, Vol. VIII. Hague. Martinus Nijhoff, 1977. – 329 p.
4. *J.-P. Marguenaud*, La Cour européenne des Droits de l'Homme, Paris, Dalloz, 2005. – 155 p.
5. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, § 61.
6. *J. Sax*, Takings and the Police Power, The Yale Law Journal, Vol. 74. – No. 1 (Nov., 1964) . – P. 36 – 76.
7. *Lithgow and Others v. the United Kingdom* judgment of 8 July 1986, Series A no. 102, § 120.
8. *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-B, § 87.
9. *Helene Ruiz Fabri*, The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for «Regulatory Expropriation» of the Property of Foreign Investors». New York University Environmental Law Journal Volume XI, 2003. – Issue 1. – P. 164.
10. *James and Others v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1986, Series A no. 98, § 54.
11. *Kozacıoğlu v. Turkey* [GC], no. 2334/03, § 72, ECHR 2009-...
12. *The Holy Monasteries v. Greece*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-A, § 66.
13. *OECD*, «Indirect Expropriation» and the «Right to Regulate» in International Investment Law», Working Papers in International Investment, no. 2004. – 22 p.
14. Rudolph Dolzer, «Indirect Expropriations: New Developments?» N.Y.U. Envtl. L. J., Vol. 11. – P. 64 – 93.
15. *Carbonara and Ventura v. Italy*, no. 24638/94, § 60, ECHR 2000-VI.
16. *Dacia S.R.L. v. Moldova*, no. 3052/04, 18 March 2008, § 66.
17. *N.A. and Others v. Turkey*, no. 37451/97, §§ 41-42, ECHR 2005-...
18. *Jahn and Others v. Germany* [GC], nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, § 93, ECHR 2005-...
19. *Air Canada v. the United Kingdom*, judgment of 5 May 1995, Series A no. 316-A, § 34.
20. *Yildirim v. Italy* (dec.), no. 38602/02, 10 April 2003.
21. *AGOSI v. the United Kingdom*, judgment of 24 October 1986, Series A no. 108, § 34.
22. *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands*, judgment of 23 February 1995, Series A, no. 306-B, § 59.
23. *Tulkens F.* La réglementation de l'usage des biens dans l'intérêt général. La troisième norme de l'article 1er du premier Protocole de la Convention européenne des Droits de l'Homme. En H. Vandenberghe (ed.) Propriété et Droits de l'Homme/Property and Human Rights, Brugge : Die Keure : Bruylant, 2006. – P. 305. – P. 61 – 99.
24. *Hutten-Czapka v. Poland* [GC] no. 35014/97, ECHR 2006-... § 160.
25. *Association of General Practitioners v. Denmark*, App. No. 12947/87, 62 D.R. 226.
26. *Maatschap Smits and others v. the Netherlands* (dec.), no. 39032/97 et. al., 3 May 2001.
27. *Ollila v. Finland*, no. 18969/91, Commission Report of 30 June 1993.
28. *Allan Jacobsson v. Sweden*, judgment of 25 October 1989, Series A no. 163, § 57.
29. *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, judgment of 29 November 1991, Series A no. 222, § 57.
30. *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others v. Portugal*, nos. 29813/96 and 30229/96, § 52, ECHR 2000-I.
31. *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden* judgment of 7 July 1989, Series A no. 159, § 55.
32. *Bullock v. the United Kingdom*, Commission's decision, no. 29102/95, 16 January 1996.
33. *Walter v. France*, Commission's decision, no. 21535/93, 30 August 1994.
34. *Ghigo v. Malta*, no. 31122/05, § 69, 26 September 2006.
35. *Ch. L. Rozakis, P. Voyatzis.* Le droit au respect de ses biens»: une clause déclaratoire ou une «omnibus» norme? En H. Vandenberghe (ed.) Propriété et Droits de l'Homme/Property and Human Rights, Brugge : Die Keure : Bruylant, 2006. – P. 3 – 29.
36. *Condorelli L.* Premier Protocole Additionelle, Article 1, en Pettit, Decaux, Imbert (ed.), La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article, Paris, Economica, 1999, 1230 p. – P. 950 – 983.
37. *Kienast v. Austria*, no. 23379/94, § 48, 23 January 2003.
38. *Sudre F.* «Le droit au respect de ses biens' au sens de la Convention européen des droit de l'homme», *Cahiers de l'IDEDH*, no. 9, 2003. – P. 226 – 227.
39. *Matos e Silva Lda and Others v. Portugal* judgment of 16 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV.
40. *Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, §§ 70, ECHR 1999-VII.
41. *Burdov v. Russia*, no. 59498/00, § 35, ECHR 2002-III.
42. *Romashov v. Ukraine* (no. 67534/01, § 43, 27 July 2004.
43. *Immobiliare Saffi v. Italy*, [GC], no. 22774/93, § 53-55, ECHR 1999-V.
44. *Tregubenko v. Ukraine*, no. 61333/00, § 51, 2 November 2004.
45. *Pravednaya v. Russia*, no. 69529/01, § 42, 18 November 2004.

The Article refers to issues of the appearance of property right as one of the rights, protected by the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, the development of the understanding of the property rights as human rights in the case-law of the European Court of Human Rights and the modern approaches towards the protection of these rights by the European System of Protection of Human Rights.

В статтє раскрываються вопросы возникновения права собственности как одного из прав, защищаемых Европейской конвенцией прав человека и основных свобод, развитие понимания имущественных прав в качестве прав человека в практике Европейского Суда по правам человека и современные подходы к защите этих прав европейской системой защиты прав человека.

ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ПРАВ КОРИСТУВАННЯ ЧУЖИМИ РЕЧАМИ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Нагнибіда В. І.,

*молодший науковий співробітник Лабораторії з проблем адаптації
цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу
НДІ приватного права і підприємництва Академії правових наук України*

У статті на основі досвіду європейських кодифікацій цивільного права досліджено систему підстав виникнення сервітутних прав. Зокрема, вивчається можливість впровадження набувальної давності як підстави встановлення прав користування чужими речами.

Ключові слова: право користування чужою річчю, сервітут, набувальна давність, договір, узуфрукт.

Встановлення прав користування чужими речами (сервітутів) у зарубіжних країнах традиційно тісно пов'язане із підставами виникнення прав на чужі речі. Найбільш поширеними з них є договір, закон, заповіт та рішення суду. Разом з тим у чинному законодавстві України на сьогодні не до кінця відпрацьовано норми, пов'язані зі встановленням саме сервітутних прав як одного з найпоширеніших видів прав на чужі речі.

Варто зазначити, що питаннями встановлення сервітутних прав цікавились такі вітчизняні учені як: П. Кулинич, В. Мартин, О. Простибоженко, І. Севрюкова, В. Цюра.

Однак, незважаючи на дослідження цього питання в доктрині, у правозастосовній практиці все ще є безліч питань, які потребують вивчення та вирішення. Метою цієї статті є дослідження системи підстав встановлення сервітутних прав у зарубіжних країнах задля вдосконалення механізму встановлення цих прав за чинним цивільним законодавством.

Більшість законодавств містить положення, за якими сервітутні права встановлюються в силу договору та заповіту (ст. 637, 649, 686 Французького цивільного кодексу (далі – ФЦК) [1], ст. 531 ЦК Іспанії [2] тощо). Разом з тим в деяких країнах встановлення сервітутних прав здійснюється в порядку набувальної давності (ст. 690 ФЦК, ст. 453 ЦК Молдови [3] тощо). Так, § 690 ФЦК передбачено, що безперервні та явні сервітути можуть встановлюватись на основі 30-річного строку набувальної давності. Такий підхід до встановлення сервітутів зумовлений, на нашу думку, тим фактором, що відповідно до французького законодавства сервітутні права належать до нерухомості, яка, відповідно, також може набуватись за набувальною давністю (§ 2262 – 2270¹ ФЦК). Так само, деякі норми про набувальну давність передбачені і при виникненні права узуфрукту. Зокрема, коли особа добросовісно, відкрито здійснювала узуфрукт протягом 10, 20 або 30 років, незалежно від волі власника така особа набуває права узуфрукту. Механізм застосування норм про набувальну давність відносно сервітутних прав деталізовано у ЦК Нідерландів [4], де за набувальною давністю набуваються права на рухомі об'єкти, які не є зареєстрованим майном, і права, що здійснюються їх добросовісним володільцем в результаті безперервного володіння протягом 3-х років. Права на всі інші види майна набуваються в результаті безперервного володіння протягом 10-ти років. При цьому, якщо особа, щодо якої встановлено сервітутне право, помирає до закінчення встановленого строку, то її спадкоємці, які успадковують майно в порядку універсального правонаступництва, продовжують строк набувальної давності.

Зазначимо, що цей спосіб встановлення сервітутних прав є доволі поширеним в правозастосовній практиці зарубіжних

країн. Як правило, йдеться про можливість встановлення постійних і явних сервітутів, а також прихованих та позитивних (наприклад, ст. 431, 433 ЦК Молдови). Зазначимо, що із введенням у сферу правового регулювання конструкції набувальної давності в Україні також існує можливість поширити цей інститут на виникнення не лише права власності, а й прав на чужі речі. Так, відповідно до ч. 1 ст. 244 ЦК України [5], якщо добросовісний володільець протягом відповідного строку (10 років для нерухомого майна та 5 – для рухомого) відкрито і безперервно володіє чужим майном, він набуває права власності на це майно. При цьому здійснення права набувальної давності підпорядковане умові, передбаченій ч. 4 ст. 344 ЦК України, а саме: за рішенням суду. Вбачається, що цей порядок може цілком застосовуватись і до сервітутів. Тим більше, що судова практика [6] прямує по тому шляху, що у випадку, коли сторона заявляє вимогу про визнання за нею права власності на тій підставі, що вона вже протягом тривалого часу використовує, наприклад, земельну ділянку для проходу, то суд, керуючись тим, що сервітути встановлюються на підставі рішення суду, визнає за особою таке право. Вважаємо, що поширення дії норм про набувальну давність на механізм виникнення сервітутів дасть змогу повніше врегулювати відповідні відносини та заповнити прогалину у праві, яка наразі вирішується на основі розсуду суду. Таким чином, ч. 1 ст. 402 слід викласти у такій редакції: «Сервітут може бути встановлений договором, законом, заповітом, за рішенням суду, а також внаслідок набувальної давності у порядку, передбаченому цим кодексом». Реалізація цієї статті в частині встановлення земельних сервітутів за набувальною давністю на практиці може створити ситуацію, коли особа – потенційний сервітуарій вимагатиме встановлення сервітути лише на тій підставі, що він використовував земельну ділянку протягом відповідного строку. Вважаємо, що необхідною підставою для встановлення сервітути на основі набувальної давності повинно стати не просто випадкове, разове використання земельної ділянки, а свідоме та цілеспрямоване пристосування службової земельної ділянки для потреб використання. Наприклад, особа розчистила дорогу, засипала її щебенем, спорудила міст тощо. Саме за наявності таких дій можна вважати, що особа здійснювала сервітутне право до моменту заявлення вимоги про його встановлення, а відтак про здійснення права набувальної давності.

Щодо реалізації механізму встановлення сервітутів на підставі набувальної давності варто також запозичити досвід ЦК Іспанії, де встановлюється момент, з якого ведеться відлік строку набувальної давності. Щодо вітчизняної конструкції набувальної давності такими моментами можна визнати для позитивних сервітутів – день, коли власник службової земельної ділянки чи особа,

яка користується сервітутом, почали користуватись ним на службовій ділянці, а для негативних сервітутів – день, коли власник панівної земельної ділянки заборонив у певний спосіб вчиняти дії, які він міг би законно вчиняти в разі відсутності сервітуту.

Окремо слід зупинитись на положеннях щодо встановлення сервітутних прав на основі договорів. Варто зазначити, що в практиці здійснення сервітутних прав за кордоном це є доволі поширеною підставою встановлення сервітутних прав. Однак в Україні наразі все ще не сформульовано єдиного підходу щодо того, яким повинен бути цей договір та які його істотні умови.

Необхідно зазначити, що, виходячи з мети даного договору та правової природи прав, які ним встановлюються, справедливо говорити про договір особливого виду. За аналогією з німецьким законодавством варто кваліфікувати цей договір як правовстановлювальний речовий договір. Адаже, враховуючи самостійну правову природу прав на чужу річ, цей договір не опосередковує перехід прав (правомочностей) від однієї особи до іншої. На його основі встановлюється речове право [7, с. 495]. Він виконує роль засновницького акта, з підписанням і реєстрацією якого у особи (сервітуарія) виникають певні правові можливості щодо чужої речі. При цьому істотними умовами такого договору повинні бути умови про предмет, спосіб обтяження, ціну та строки її внесення, якщо сервітут в силу положень закону не є безоплатним, а також вказівка на умову, яка є підставою для встановлення сервітуту. У разі встановлення земельного сервітуту істотна умова щодо способу обтяження повинна бути уточненою на предмет зазначення опису місцезнаходження з визначенням меж поширення права земельного сервітуту на плані (схемі).

Вказівка на строк є нікчемною в силу безстрокового характеру сервітуту. Крім цього, слід мати на увазі, що згідно з вимогами ЦК України договір про встановлення сервітутного права підлягає державній реєстрації. Логічно припустити, що державна реєстрація може бути застосована лише щодо договорів, укладених у письмовій формі. Відтак, абз. 2 ч. 2 ст. 402 ЦК України потребує доповнення. Зокрема, після слів «земельного сервітуту» слід додати вираз «укладається у письмовій формі».

Слід мати на увазі, що договір про встановлення сервітуту може складатися як одним документом, так і міститись в тексті іншого договору. У зв'язку з цим варто згадати класифікацію договорів про встановлення речового права, запропоновану вітчизняним дослідником речових прав на чуже майно В. Цюрюю. Зокрема, зазначений автор виділяє:

прямі речові договори, в яких регламентується лише встановлення речового права або така умова буде превалювати в договорі;

змішані речові договори, в яких превалюватиме інший вид договору, ніж про регламентацію речового права, а встановлення, наприклад, сервітуту буде похідною умовою, так звані прямі та непрямі речові договори [8, с. 156].

Незалежно від способу укладення договору, не слід забувати про вимогу законодавства щодо необхідності погодження договору про встановлення сервітуту стосовно земельної ділянки, яка перебуває у спільній власності, усіма співвласниками. Інакше положення цього договору будуть нікчемними.

Норми про державну реєстрацію передбачені як абз. 2 ч. 2 ст. 402 ЦК України, так і ч. 2 ст. 100 ЗК України [9]. Зокрема, механізм реєстрації договорів про встановлення сервітутних прав здійснюється в порядку, встановленому для державної реєстрації прав на нерухоме майно. Це означає, що до моменту державної реєстрації прав за таким договором не виникає. Державна реєстрація здійснюється в порядку, передбаченому ст. 17 Закону України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 1 липня 2004 р. [10].

Продовжуючи дослідження механізму встановлення сервітутів, слід зазначити, що в ряді країн існують положення *sui generis*. Так, у Німецькому законодавстві особливістю встановлення земельних сервітутів є те, що вони запроваджуються шляхом укладення речового договору з подальшою його реєстрацією в поземельній книзі відповідно до правил § 873 НЦУ [11] та Положенням про земельний кадастр (*Grundbuchordnung – GBO*) від 26.05.1994 р. (§ 57-63 GBO) [12]. Сам речовий договір, на думку сучасних дослідників німецького права, можна визначити як домовленість двох і більше суб'єктів цивільного права про відчуження і обтяження (речового) права, що, за своєю суттю, є нічим іншим, як фактичним розпорядженням річчю. Слід, однак, відмітити, що на практиці при встановленні сервітуту досить часто використовується механізм консолідації речових та зобов'язальних вимог. Така ситуація можлива, коли встановленню сервітуту передують каузальна угода. Сторони шляхом домовленості роблять сервітутне право залежним від каузальної угоди з тим, аби уточнити, деталізувати ті аспекти відносин, які не знайшли належного відображення у законі. Прикладом може бути встановлення земельного сервітуту як права користування чужою річчю (за своєю природою речового) та зобов'язально-правового права користування. Своя специфіка відображена в Італійському законодавстві. За ст. 1029 ЦК Італії [13], встановлення сервітутів на споруди чи іншу нерухомість може мати місце стосовно об'єктів, які будуть зведені чи придбані в майбутньому. Як бачимо, в даному випадку має місце виникнення права щодо об'єкта, який буде створений в майбутньому. Техніко-юридичним прийомом, який тут використовується, є виникнення права сервітуту в момент укладення договору про встановлення сервітуту, однак в самому договорі зазначається, що здійснення даного суб'єктивного права стане можливим у разі, коли буде завершено будівництво об'єкта або придбана земельна ділянка (якщо сервітут стосується ділянки, яка буде придбана у майбутньому).

У ряді випадків у законодавствах встановлюються спеціальні умови, за наявності яких встановлюються сервітутні права. Так, за ФЦК основними умовами встановлення сервітутів є 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.

Спеціальні вимоги встановлення сервітутів передбачені у законодавствах щодо виникнення прав стосовно особистих сервітутів. Так, законні узуфрукти у Франції встановлюються у таких випадках:

– до досягнення дітьми повноліття батько й мати мають узуфрукт на майно дітей (§ 384 ФЦК);

– узуфрукт на третину успадкованого майна, яке не переходить у власність батьків, набувається батьком чи матір'ю у разі спадкування після сина чи дочки разом з боковими родичами по другій лінії (§ 754 ФЦК);

– один з подружжя отримує узуфрукт на певну частину майна померлого подружжя (§ 767 ФЦК);

– у порядку § 1094 ФЦК – при спадкуванні спадкоємцями висхідної лінії;

– при режимі спільності майна подружжя доходи від їх роздільного майна надходять до складу їх спільного майна (§ 1401 ФЦК).

Встановлення узуфрукту шляхом домовленості може здійснюватись шляхом дарування, заповіту, а інколи на основі платного договору. При цьому, коли йдеться про дарування, то волевиявлення може бути прямим (розпорядження про встановлення узуфрукту) або опосередкованим (утримання речі). В окремих випадках при продажі речі особа може залишити собі узуфрукт.

Деякі інші положення щодо встановлення узуфрукту у законодавстві Мальти. Так, встановлення узуфрукту тут відбувається або за законом або за волею людини. В останньому випадку, якщо узуфрукт стосується нерухомості, він не може бути встановлений *не інакше*, як з метою суспільної необхідності, і якщо він встановлений *inter vivos* (протягом життя), то не буде стосуватися третіх осіб, крім часу, коли він реєструється в *Public Registry* відповідно до вимог будь-якої із заінтересованих осіб чи нотаріуса, який перед цим вів справу. В усіх випадках узуфрукт може бути встановлений або умовно, або на певний період в інтересах однієї або декількох приватних осіб. Якщо він стосується кількох осіб, які користуються ним послідовно, він буде дійсний тільки стосовно тих осіб, які були живі на момент, коли узуфрукт був переданий першому з узуфруктуаріїв. Якщо узуфруктуарієм виступає юридична особа, то строк встановлення узуфрукту, навіть у випадку, коли сторони не обумовили умову про строк чи домовились про більш тривалий строк, як правило, не може перевищувати 30 років.

Вимога про строковий характер узуфрукту, встановленого щодо юридичної особи, прослідковується у багатьох законодавствах. Її знаходимо і у ЦК Іспанії та Мальти (30 років) [14], ЦК Італії (30 років), ЦК Швейцарії (100 років) [15] тощо. Пояснення існування такого строку може бути те, що у разі, коли узуфрукт встановлюється щодо фізичної особи, то його тривалість обмежується життям людини. Щодо юридичної особи, яка створюється й існує, як правило, більш тривалий час, ніж вік людини, законодавець має визначити час, достатній для того, аби особа могла користуватись об'єктом узуфрукту. Разом з тим в окремих випадках узуфрукт може надаватись на термін до досягнення третьою особою певного віку. У такому

випадку право узуфрукту здійснюється протягом усього строку, а якщо така особа померла до його закінчення – протягом терміну, що залишився. З цього приводу положення проекту Цивільного кодексу України [16] першопочатково містили також норму про строковий характер узуфрукту та узусу. Зокрема, зазначалося, що право користування чужим майном із одержанням доходів від нього (так само, як і право користування чужим рухомим майном без одержання доходу – *V.H.*) надається власником певній особі на визначений строк або довічно (ст. 409 проекту ЦК України). Окремих положень щодо встановлення даних прав юридичними особами не містилося. Вбачається, що такий строк є виправданим з огляду на те, що діяльність юридичної особи змінюється і сама по собі не є сталою. Крім цього, змінюється керівництво і економічна політика діяльності фірми, а відтак обтяжувати на період, більший як 30 – 40 років було б економічно не вигідно. З іншого боку, малий строк так само не був би виправданим з позиції природи сервітутного правовідношення. Тому вважаємо, що такий строк для юридичних осіб, які володіють узуфруктом, все ж повинен існувати у законодавстві.

Разом з тим, якщо оцінювати загалом характер сервітутних прав, слід відмітити, що практика нормативного впровадження концепції встановлення сервітутів (особливо земельних) на певний строк не є загальнопоширеною. Як свідчить досвід зарубіжних країн (ст. 70 книги 5 ЦК Нідерландів, ст. 1038, 1053 ЦК Італії), сервітутні права мають безстроковий характер. Такий підхід пов'язаний із тим, що, виходячи із принципу об'єктивної обумовленості встановлення сервітутних прав, тривалість останніх зумовлена існуванням обставин, які стали підставою для встановлення сервітуту. І тільки з їх зникненням сервітут може бути припинено. Більше того, оскільки сервітут встановлюється щодо речі, а не стосовно особи, то і строк також є об'єктивно, а не суб'єктивно зумовленим. Враховуючи сказане, слід зробити висновок про необхідність уточнення ч. 2 ст. 403. Пропонуємо сформулювати її так: «сервітут встановлюється без визначення строку, крім випадків, коли такий строк передбачений законом».

Підсумовуючи проведений аналіз, варто зазначити, що загалом система нормативних підстав встановлення сервітутних прав є завершеною та такою, яка дає змогу повною мірою здійснити відповідні права. Однак в частині механізму встановлення на підставі окремих способів, особливо сервітутного договору, законодавцеві варто більш скрупульозно проаналізувати відповідні нормативні положення ЦК України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Французский гражданский кодекс* : науч. редактирование и предисловие канд. юрид. наук Д. Г. Лаврова. Пер. с французского А. А. Жуковой, Г. А. Пашковой. – СПб., 2004. – 1101 с.
2. *Цивільний кодекс Іспанії* [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm>.
3. *Цивільний кодекс Молдови* [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://www.gk-md.ru/gk_md_kniga2.html.
4. *Гражданский кодекс Нидерландов*. Книга 5 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://wetten.overheid.nl/BWBR0005288/geldigheidsdatum_15-12-2009.

5. *Цивільний кодекс України* від 16 січня 2003 року № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
6. *Рішення Роменського міськрайонного суду Сумської області* від 29 вересня 2008 року № 2-403 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/pls/apex/f?p=204:2:1612105075807496::NO::P2_DC_ID,P2_DC_HASH:10003147316%2C1EEFB796C675847CCD6412FACFF7DE25&cs=1FB5F049D81172AB8761BCC93637E6FA4.
7. *Цивільне право України* : академічний курс : Підручник: У 2-х т. – К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – Т. 1 / А. Ю. Бабаскін, Т. В. Бондар, Ю. Л. Бошицький та ін. – 564 с.
8. *Цюра В. В.* Речові права на чуже майно: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Цюра Вадим Васильович; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2007. – 225 арк. – Бібліогр.: арк. 205 – 225.
9. *Земельний кодекс України* від 25 жовтня 2001 року № 2768-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3–4. – Ст. 27.
10. *Про державну реєстрацію речових прав та їх обмежень*: Закон України від 1 липня 2004 року № 1952-IV //

Відомості Верховної Ради України. – 2004. – 51. – Ст. 553.

11. *Гражданское уложение Германии: вводный закон к Гражданскому уложению*. Кн. 1: учеб. пособие: пер. с нем. / науч. ред. А. Л. Маковский и др. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 816 с.
12. *Положення про земельний кадастр* ФРН від 26 травня 1994 року № 1114. – Grundbuchordnung [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://dejure.org/gesetze/GBO/58.html>.
13. *Цивільний кодекс Італії*. Частина 3 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.studiocelentano.it/codici/cc/IIIIV.htm>.
14. *Цивільний кодекс Мальти*. [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://docs.justice.gov.mt/lom/legislation/english/leg/vol_2/chapt16.pdf.
15. *Цивільний кодекс Швейцарії*. [Електронний ресурс] – Режим доступу : www.legislationline.org/documents/action/popup/id/6704.
16. *Проект ЦК України* від 25 серпня 1996 року № 935 : одержавний ВР України та підготовлений до розгляду на пленарному засіданні ВР України 20 грудня 1996 року // [Електронний ресурс] – Режим доступу : Ліга : Закон Еліт 8. 1. 5. – Файл : J093500A.LHT.

The system of normative motives of servitude law origin in analyzed in the article on the basis of home and foreign experience. Normative ability of particular motives provided by Civil and Land Codes ion force is grounded. The author's view of their place in the motives origin system of rights of given type is proposed. Changes to the legislation in force are suggested.

В статтє на основании отечественного и зарубежного опыта анализируется система нормативных оснований возникновения прав пользования чужим имуществом. Обосновывается сфера применения отдельных оснований, предусмотренных действующими Гражданским и Земельным кодексами, а также предлагается авторское видение их места в системе оснований возникновения прав этого вида. Предлагаются изменения к действующему законодательству.

RIGHT TO PRIVACY В СПОЛУЧЕНИХ ШТАТАХ АМЕРИКИ

Посикалюк О. О.,

молодший науковий співробітник Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

Статтю присвячено комплексному дослідженню Right to Privacy за правом Сполучених Штатів Америки. Досліджено та класифіковано доктринальні вчення про правову природу права на приватність. Охарактеризовано особливості прояву права на приватність в конституційному, загальному праві та законодавстві Сполучених Штатів Америки.

Ключові слова: особисті немайнові права фізичних осіб, право Сполучених Штатів Америки, порівняльне цивільне правознавство, право на приватність (Right to Privacy).

Розбудова в Україні демократичної, правової та соціальної держави та прагнення до інтеграції у світове співтовариство на фоні процесів глобалізації матеріальної та духовної культури зумовлюють серед іншого й необхідність для юридичної науки здійснювати порівняльно-правові дослідження як правової системи загалом, так і окремих її елементів. Це повною мірою стосується й закріплення та приватноправової охорони особистих немайнових прав фізичних осіб, що і буде слугувати об'єктом нашого дослідження. Предметом дослідження було обрано *Right to Privacy* (інколи використовується «*Right of Privacy*» – уточнення наше – О. П.) за правом Сполучених Штатів Америки в силу, принаймні, двох причин. По-перше, в умовах інформаційного суспільства із сучасним рівнем інформаційних технологій створюються загрози не легалізованого втручання в особисте життя фізичної особи, в тому числі й збиранням, зберіганням, накопиченням та поширенням інформації про неї. По-друге, Сполучені

Штати Америки мають більш ніж віковий досвід застосування конструкції *Right to Privacy* для захисту особистої сфери від подібних та інших посягань.

Теоретичне підґрунтя нашого дослідження становлять праці науковців, присвячені закріпленню та правовій охороні особистих немайнових прав фізичних осіб за правом Сполучених Штатів Америки, серед них: Е. Блоустейн (*Edward J. Bloustein*), Л. Брандейс (*Louis D. Brandeis*), Д. Декью (*Judith DeCew*), Ч. Фрід (*Charles Fried*), Р. Джерстейн (*Robert S. Gerstein*), Р. Гевісон (*Ruth Gavison*), К. Гормлей (*Ken Gormley*), Д. Грін (*Jamal Greene*), Г. Гросс (*Human Gross*), Д. Іннесс (*Julie Inness*), Д. Міллер (*Jeremy M. Miller*), А. Моор (*Adam Moore*), У. Проссер (*William L. Prosser*), Н. Річардс (*Neil M. Richards*), Д. Рубенфельд (*Jed Rubinfeld*), Д. Солоув (*Daniel J. Solove*), С. Шекельфорд (*Scott J. Shackelford*), Р. Шенк (*Russell Shank*), С. Уоррен (*Samuel D. Warren*), А. Вестін (*Alan F. Westin*), Д. Уїтмен (*James Q. Whitman*) та інші. Вітчизняні дослідники приватного права також приділяли увагу

окремим аспектам Right to Privacy в англо-американській системі права, зокрема: О. Д. Крупчан, Р. О. Стефанчук, В. І. Бобрик, С. В. Шевчук та інші. Разом з тим необхідно вказати на відсутність комплексного дослідження правової охорони особистих немайнових прав за правом Сполучених Штатів Америки.

Завдання дослідження – проаналізувати доктринальне, правотворче, правозастосовне втілення конструкції Right to Privacy в правовій системі Сполучених Штатів Америки.

Перш за все, проведемо термінологічний аналіз. Український відповідник англomовному «Privacy» може бути утворений двома шляхами. Перший – шляхом утворення нового запозиченого слова за допомогою транскрибування та транслітерації: «*privacy* – [‘*praɪvəsi*] – *прайвесі*» [1, с. 8], яке інколи трапляється у науковій літературі [2]. Другий – шляхом використання терміна «приватність», який є спробою адекватного перекладу англійського слова «*privacy*» [3, с. 9] та широко використовується для позначення відповідної сфери життєдіяльності людини [4, с. 474–480]. Вважаємо за доцільне використовувати термін «право на приватність» як український відповідник «Right to Privacy». Загальне семасіологічне значення слова «*privacy*» можна розглядати як усамітнення, бути на самоті; стан таємниці, скритності [5, с. 675]. Разом з тим необхідним є з’ясування змісту саме юридичного поняття, що позначається терміном «*privacy*». Термін «*privacy*» в даний час використовується для того, щоб описати незчисленну кількість різних речей: свобода думки, контроль над особистою інформацією, свобода від несанкціонованого спостереження, захист репутації, захист від вторгнення в житло чи інше приміщення, здатність запобігти розкриттю інформації про себе і, майже, нескінченний ряд інших речей [6, с. 1095]. Тому в юридичній термінології «*privacy*» виступає як полісемантичний термін, позначаючи такі категорії як правовий режим, суб’єктивне право, право на позов, форму контролю чи відповідне благо [7]. Згідно з поставленим завданням спробуємо дослідити правову природу Right to Privacy як суб’єктивного права.

Перший камінь у фундамент вчення про право на приватність заклали бостонські адвокати Л. Брандейс та С. Уоррен у статті «The right to *privacy*» [8], аналіз якої дає можливість виокремити таку характеристику права на приватність. По-перше, право на приватність побудоване на понятті загального права (*common law*), відповідно до якого кожна людина володіє правом визначити якою мірою її думки, відчуття та емоції можуть бути повідомлені іншим. При цьому право на приватність виступає як частина більш загального права на недоторканність людини – права на індивідуальність (*the right to one's personality*). По-друге, право на приватність може бути захищеним компенсацією майнової та немайнової шкоди та іншими способами захисту, при цьому умови їх застосування відмінні від захисту окремих аспектів права власності, авторського права та захисту від дифамації. По-третє, зміст права на приватність визначається такими межами: право на приватність не забороняє публікацію матеріалів, що мають суспільний інтерес; право на приватність припиняє діяти після публікації фактів самою особою або з її згоди. У подальшому А. Вестін визначив право на приватність як намагання людей вільно обирати, за яких обставин та якою

мірою розкривати себе, своє ставлення та поведінку іншим [9, с. 7]. Значний вплив на розвиток вчення про право на приватність здійснив У. Проссер, вказавши, що право на приватність є особистісним та невідчужуваним [10, с. 408] та охоплює собою захист від чотирьох посягань: втручання – це порушення усамітнення особи, що є дуже образливим для нормальної людини (*intrusion upon seclusion*); оприлюднення фактів особистого життя (*disclosure of private facts*); неправдиве відображення особи або подання про неї спотвореної інформації (*false light in the public eye*); присвоєння – використання імені чи зображення особи без її згоди в корисливих цілях (*appropriation of name or likeness*) [10, с. 389].

Разом з тим в правовій доктрині США немає єдності щодо розуміння правової природи права на приватність. Натомість виокремлюють цілу низку різноманітних концепцій. Зокрема, Д. Солоув виділяє шість концепцій, що розглядають право на приватність як: право бути наданому самому собі (*right to be let alone*); обмеження доступу до особистості (*limited access to the self*); конфіденційність (*secrecy*); контроль особистої інформації (*control over personal information*); втілення теорії індивідуальності (*personhood*); інтимність (*intimacy*) [6, с. 1094]. Д. Декью класифікує наукові погляди про право на приватність на такі групи: контроль над інформацією; гідність людини; інтимність; суспільні відносини; обмежений доступ [11]. Досліджуючи сторічну історію вчень про право на приватність, К. Гормлей доходить висновку, що основні з них можна згрупувати у чотири класи, відповідно до яких право на приватність: розглядається як вираз особистості, індивідуальності; окреслюється в межах автономії, свободи людини щодо її думок, поведінки та рішень; визначається як здатність особи управляти інформацією про себе; розщеплюється на декілька суттєвих компонентів [12, с. 1337–1338]. Окремо від цього виділяються наукові погляди, що критикують виділення права на приватність як юридичної категорії [11]. Аналіз такого розмаїття наукових підходів дає можливість об’єднати їх у дві наукові течії: негативну та позитивну, з відповідною диференціацією останніх.

Негативна течія спрямована на заперечення необхідності або можливості виділення права на приватність як суб’єктивного права, спростовуючи визначення його змісту, виокремлення об’єкта та нормативне закріплення. При цьому використовуються такі аргументи. Аргумент редуції – право на приватність розглядається не як самостійне поняття, а в межах інших прав та категорій. Наприклад, Д. Томсон стверджує, що право на приватність не окреме право, а охоплюється змістом інших прав: речовими правами, правом на особисту недоторканність тощо [13, с. 310–312]. Ціннісний аргумент застосовує Р. Поснер, вказуючи, що право на приватність стосується «права людини приховати компрометуючі факти про себе». Автор розглядає приватність як форму економічно корисливої поведінки по приховуванню правдивих, але шкідливих фактів про особу для її власної вигоди. Іншими словами, право на приватність переважно здійснюється для того, щоб не допустити розголошення негативної інформації про людину. Р. Поснер стверджує, що закон не повинен захищати приховування компрометуючої інформації [14,

с. 231 – 235]. В основному такі положення використовуються для аргументації всеохоплюючого державного нагляду (в тому числі й шляхом прослуховування телефонних розмов, перехоплення іншої кореспонденції без попереднього судового дозволу), дискусія щодо якого значно активізувалася після терористичних атак 11 вересня 2001 року [15, с. 745 – 747]. Формальний аргумент апелює тим, що, по-перше, право на приватність безпосередньо не закріплене ні в Конституції США, ні в поправках до Конституції; по-друге, судові рішення досі чітко не сформулювали та не роз'яснили зміст права на приватність, та не визначили його межі [16, с. 99]. Погляди прихильників негативної течії зазнають обґрунтованої наукової критики.

Представники позитивної течії виходять із того, що право на приватність є самостійним суб'єктивним правом, але концептуально пояснюють його правову природу з різних точок зору, які умовно можна назвати абстрактним, консолідованим та прагматичним підходами. Абстрактний підхід об'єднує концепції, які намагаються дати єдине загальне визначення права на приватність. При цьому право на приватність може бути визначено так.

1. Право бути наданому самому собі (Л. Брандйєс, С. Уоррен) – право на приватність, в основі якого лежить принцип недоторканності особи [8, 205], спрямоване на охорону немайнових інтересів особистості від порушення. Ця концепція знаходить своє відображення й у судовій практиці [17].

2. Право обмеження доступу до особистої сфери як фізичного доступу та доступу до особистої інформації, так і уваги. Таким чином, право на приватність розглядається як право на фізичну недоторканність, недоторканність житла та інформації (С. Бок, Г. Гросс, А. Моор) [11].

3. Право контролювати особисту інформацію (Ч. Фрід, А. Вестін) – право на приватність характеризується як можливість визначати, які відомості приватного життя та якою мірою можуть бути оголошені, а також вимагати збереження таких відомостей в таємниці. Вказана концепція сконцентровує свою увагу на інформаційному аспекті, залишаючи поза увагою інші аспекти приватності [6, с. 1110].

4. Право на гідність (Е. Блоустейн, Д. Рубенфельд, Д. Міллер) – право на приватність розглядається як аспект права на гідність, оскільки втручання в приватність обґрунтовується, у підсумку, як пониження людської гідності. Таким чином, пропонується використовувати право на гідність як системоутворюючу конструкцію для захисту всіх аспектів приватності [18, с. 5].

5. Право на охорону інтимної сфери життя (Д. Інесс, Р. Джерстейн) – вказується, що право на приватність спрямоване на забезпечення недоторканності інтимності спілкування та міжособистісних відносин, а також контроль над інтимною інформацією про особу та захист від порушення інтимності як втручання в приватне життя [11].

Консолідований підхід визначає право на приватність як комплексне поняття, як єдність кількох відносно самостійних елементів. Серед представників такого підходу слід назвати Р. Гевісон, яка розглядає приватність як комплекс трьох незалежних та невід'ємних елементів: таємність (щодо інформації про особу), анонімність (щодо уваги, яка приділяється особі) та усамітнення (щодо доступу до

особи) [7]. Також інколи виділяють типи приватності: фізична приватність (особиста недоторканність, недоторканність житла); приватність як свобода прийняття рішень (щодо народження дитини, статевих відносин тощо); інформаційна приватність (здатність особи контролювати розголошення особистої інформації); формаційна приватність (стосується можливості самовираження та охоплює, наприклад, особисті щоденники) [19, с. 19 – 37].

Прагматичний підхід, якого притримується Д. Солоув, спрямований не на визначення абстрактного поняття «право на приватність», а зосереджується на з'ясуванні змісту права на приватність у специфічних контекстуальних ситуаціях, не намагаючись при цьому запропонувати розуміння приватності, яке б відповідало всім умовам [6, с. 126 – 129].

Вважаємо, що всі охарактеризовані доктринальні підходи мають наукову цінність та у своїй множинності становлять систему правових знань про право на приватність.

Таким чином, Right to Privacy в правовій системі Сполучених Штатів Америки слід розглядати з урахуванням його трьох іпостасей, а саме: його проявів у конституційному праві, загальному праві (*common law*) та праві, вираженому в законах (*statutory law*) [20, с. 97]. В конституційно-правовому розумінні право на приватність означає юридично закріплену можливість приймати конкретні рішення щодо дуже особистих справ вільно від владного примусу чи регулювання. У цьому сенсі приватність асоціюється з інтересами автономії, гідності та самовизначення. Конституційний аспект приватності вперше був закріплений у рішенні Верховного Суду США у справі Грісволд проти штату Коннектикут (*Griswold v. Connecticut*), в якому, визнаючи, що Конституція не містить у своєму тексті слово «приватність», Суд вважав, що загальне право на приватність може бути виведено із змісту Першої, Третьої, Четвертої, П'ятої та Чотирнадцятої Поправок, а також інтересів, що ними охороняються [21].

У загальному праві приватність звичайно розуміється як право бути наданому самому собі. У цьому випадку приватність пов'язана із усамітненням. Загальне право встановлює деліктну відповідальність за порушення права на приватність. Зокрема, Збірник норм деліктного права у § 652A–652E (*Restatement of the Law, Second, Torts*) [22] вказує, що особа, яка втручається у приватність іншої особи, підлягає відповідальності за завдану таким втручанням шкоду. При цьому виділяють чотири делікти: втручання – навмисне порушення, фізичним або іншим способом, усамітнення особи або її особисті справи чи інтереси, якщо таке порушення було дуже образливим для розсудливої людини; присвоєння – пристосування для власного використання або вигоди імені або зображення іншої особи; оприлюднення фактів приватного життя – оголошення відомостей, що стосуються приватного життя іншої фізичної особи, якщо таке оголошення було дуже образливим для розсудливої людини, та (або) не охоплювалось легітимним суспільним інтересом; неправдиве відображення – поширення відомостей про особу, які відображають її перед громадськістю неправдиво, якщо це було дуже образливим для розсудливої людини; та (або) якщо особа, яка поширила такі відомості, знала про їх помилковість та неправдиве відображення особи або вчинила це із грубої необережності.

Відповідно до законодавства право на приватність означає здатність запобігти неузгодженому оприлюдненню делікатної, конфіденційної або компрометуючої інформації. У цьому разі приватність спрямована на таємницю. Серед нормативно-правових актів, які закріплюють окремі аспекти права на приватність, слід назвати: Закон про добросовісне надання кредитної інформації 1970 р. (*Fair Credit Reporting Act*), Закон про охорону приватності 1974 р. (*Privacy Act*), Закон про свободу інформації 1966 р. (*Freedom of Information Act*), Закон про права сім'ї на освіту і конфіденційність результатів навчання 1974 р. (*Family Educational Rights and Privacy Act*), Закон про конфіденційність фінансового стану приватної особи 1978 (*The Right to Financial Privacy Act*), Зведений закон про контроль над злочинністю і забезпечення безпеки на вулицях 1968 р. (*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*), Закон про патріотизм 2001 р. (*USA Patriot Act*) та інші.

Отже, в результаті проведеного дослідження доходимо до таких висновків. По-перше, Right to Privacy знаходить своє методологічне обґрунтування в американській правовій доктрині та правове закріплення як на рівні судової практики, так і на рівні нормативних актів, в якості суб'єктивного права, яке спрямоване на вільне визначення своєї поведінки в особистісній сфері та охорону особистісної сфери від неправомірного втручання. По-друге, досвід створення єдиного особистісного немайнового права у сфері приватного життя фізичної особи (Right to Privacy) може бути корисним при вдосконаленні національного законодавства, а тому потребує подальшого наукового дослідження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Сергеева Г. А.* Англомовні запозичення в українській правничій термінології : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. філол. наук : спец. 10.02.01 «Українська мова» / Г. А. Сергеева ; Харк. нац. ун-т ім. В. Н. Каразіна. – Х., 2002. – 16 с.
2. *Петросян М. Е.* Понятие «прайвеси»: социологическое и правовое измерения / Петросян М. Е. // США : Экономика. Политика. Идеология. – 1998. – № 10. – С. 104 – 115.
3. *Бобрик В. І.* Цивільно-правова охорона особистого життя фізичних осіб : Автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В. І. Бобрик ; Національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2004. – 20 с.
4. *Стефанчук Р. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / Р. О. Стефанчук / Національна академія наук України ; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – Хмельницький, 2007. – 626 с.
5. *Oxford advanced learner's dictionary of current English* / [A. S. Hornby, E. V. Gatenby, H. Wakefield]. – 2 edition. – Oxford : Oxford University Press, 1978. – P. 1055.
6. *Solove D.* Conceptualizing Privacy / Daniel J. Solove // *California Law Review*. – 2002. – Vol. 90. – P. 1087 – 1156.
7. *Gavison R.* Privacy and the Limits of Law / Ruth Gavison // *The Yale Law Journal*. – 1980. – Vol. 89. – № 3. – P. 421 – 471. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.gavison.com/?l=en&a=2658>.
8. *Brandais L.* The Right to Privacy / L. Brandais, S. Warren // *Harvard Law Review*. – 1890. – Vol. IV. – № 5. – December 15. – P. 193 – 220.
9. *Westin A.* Privacy and Freedom / Alan F. Westin. – New York : N.Y., Atheneum, 1967. – P. 350.
10. *Prosser W.* Privacy / William L. Prosser // *California Law Review*. – 1960. – Vol. 48. – № 3. – P. 383 – 423.
11. *DeCew J.* Privacy / Judith DeCew // *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://plato.stanford.edu/entries/privacy/>.
12. *Gormley K.* One hundred years of privacy / Ken Gormley // *Wisconsin Law Review*. – 1992. – Vol. 4. – P. 1335 – 1441.
13. *Thomson J.* The Right to Privacy / Judith Jarvis Thomson // *Philosophy and Public Affairs*. – 1975. – Vol. 4. – № 4. – P. 295 – 314.
14. *Posner R.* The Economics of Justice / Richard A. Posner. – Cambridge : Harvard University Press. – 1983. – P. 415.
15. *Solove D.* «I've Got Nothing to Hide» and Other Misunderstandings of Privacy / Daniel J. Solove // *San Diego Law Review*. – 2007. – Vol. 44. – P. 745 – 772.
16. *Bork R.* The Tempting of America: The Political Seduction of the Law / Robert H. Bork. — New York : Simon and Schuster, 1990. – P. 440.
17. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 48 S. Ct. 564, 72 L. Ed. 944 (1928). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://laws.findlaw.com/us/277/438.html>.
18. *Miller J.* Dignity as a new framework, replacing the right to privacy / Jeremy M. Miller // *Thomas Jefferson Law Review*. – 2008. – Vol. 30. – P. 1 – 52.
19. *Zucca L.* Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas / Lorenzo Zucca // *Conflicts between fundamental rights* [E. Brems (ed.)]. – Portland, Intersentia, 2008. – P. 19 – 37.
20. *West's encyclopedia of American law* : 13 volumes / Jeffrey Lehman, editor, Shirelle Phelps, editor. – 2nd ed. – New Haven, Conn., Thomson Gale, 2005. – Volume 8: Po to San. – P. 478.
21. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2-d 510 (1965). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://laws.findlaw.com/us/381/479.html>.
22. *Restatement of the Law*. Second. Torts. § 652. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cyber.law.harvard.edu/privacy/Privacy_R2d_Torts_Sections.htm.

Research deals with comprehensive analysis of the Right to Privacy under the Law of the United States of America. The doctrinal privacy conceptions are analysed and classified. The right to privacy in constitutional law, a general law and the legislation of the United States of America is characterized.

Статья посвящена комплексному исследованию Right to Privacy по праву Соединенных Штатов Америки. Исследованы и классифицированы доктринальные учения о правовой природе права на приватность. Охарактеризованы особенности проявления права на приватность в конституционном, общем праве и законодательстве Соединенных Штатов Америки.

ЗАКОНОДАВСТВО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ПРО МЕХАНІЗМИ ОХОРОНИ І ЗАХИСТУ АВТОРСЬКИХ ПРАВ

Крупчан О. О.,

науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності АПРН України

У статті розглядаються міжнародні механізми захисту авторського права. Аналізуються основні нормативно-правові документи Європейського Союзу у сфері захисту авторських прав.

Ключові слова: міжнародні механізми захисту, охорона авторського права, правове регулювання, Директиви Європейського Союзу, технічні засоби захисту, органи судової влади.

Захист авторського права, перш за все, це спосіб стимулювання творчої діяльності, збагачення та поширення новітніх знань з різних сфер інтелектуальної діяльності. Згідно з положенням Бернської конвенції, чим вищий рівень захисту авторського права, тим більший стимул для авторів, а чим більша кількість інтелектуальних творів в країні, тим вищий авторитет цієї країни. Цілоком 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. Так, в усіх країнах Європейського Співтовариства діє конвенційне положення, в якому значиться, що авторські права, набуті на території однієї держави, не набувають автоматичного визнання на території іншої. Зазначене положення пояснюється територіальним характером. Це означає, що дія цих прав у іншій країні залежить від встановлених нею правил, а також сфера дії національних законів про авторське право обмежена територією тих країн, в яких ці закони прийнято. Зрозуміло, що об'єкти інтелектуальної творчості 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 іноземних громадян може бути досягнута укладенням між державами або іншими суб'єктами публічного права дво- або багатосторонніх угод.

Нині основною складовою механізму системи міжнародної охорони авторського права залишається Бернська конвенція 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 їх літературні і художні твори.

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 єдина міжнародна угода 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.

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 1 січня 1995 р. [3]. Значну частину Угоди присвячено захисту прав інтелектуальної власності. У ній передбачено загальні цивільно-правові,

адміністративні і кримінально-правові способи захисту прав інтелектуальної власності. Стаття 41 Угоди проголошує, що законодавства всіх країн – членів Угоди у своїх національних законодавствах мають обов'язково передбачити ті засоби і способи захисту прав інтелектуальної власності, які передбачено Угодою. При цьому передбачаються запобіжні, термінові і невідкладні заходи.

Угода проголошує, що процедури, які стосуються захисту прав інтелектуальної власності, мають бути справедливими і рівними для всіх, достатньо демократичними і доступними. Органи судової влади повинні мати право вимагати від порушника 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. Угода передбачає також можливість у відповідних випадках надавати можливість судовим органам стягнення прибутку та (або) відшкодування встановлених раніше збитків 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 наділятися правом:

- без будь-якої компенсації виводити з комерційних каналів товари, щодо яких було допущено порушення;
- якщо це не суперечить конституційним засадам, вносити 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. Цікавою є норма Угоди про відшкодування завданної шкоди відповідачу. Згідно з цією нормою відповідач, до якого на вимогу власника об'єкта інтелектуальної власності були вжиті запобіжні заходи, 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.

Але тимчасові заходи, що застосовуються для забезпечення доказів, рівень цивільних та кримінальних санкцій значною мірою відрізняються у тій чи іншій країні-члені. 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 Європейської спільноти 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/ЄЕС 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].

Особливої уваги заслуговують нормативні положення деяких Директив ЄС, що регулюють цивільно-правовий захист майнової сфери авторських правовідносин.

Відповідно до ст. 7 Директиви Ради 91/250/ЄЕС від 14 травня 1991 року про правову охорону комп'ютерних програм держави-члени забезпечують згідно з їхнім національним законодавством відповідне відшкодування шкоди особою, що вчинила будь-яку з перелічених у пунктах (а), (б), (с) дій:

(а) будь-яку дію щодо введення в обіг примірника комп'ютерної програми, знаючи або маючи розумні підстави вважати, що цей примірник є таким, що порушує права;

(б) придбання з комерційною метою примірника комп'ютерної програми, знаючи або маючи розумні підстави вважати, що ця копія є такою, що порушує права;

(с) будь-яку дію з введення в обіг або у володіння з комерційною метою будь-якими засобами, єдиним призначенням яких є полегшення не санкціонованого усунення або обходу будь-якого технічного засобу, що може бути використаний для охорони комп'ютерної програми.

Загальні тенденції розвитку правового регулювання у цій галузі особливо помітні на прикладі Директиви ЄС 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 року про гармонізацію деяких аспектів авторського права та суміжних прав, в інформаційному суспільстві закладаються основи для створення загальної та гнучкої правової системи, що сприяє розвитку інформаційного суспільства і нового ринку. Директива діє за принципом важливості охорони авторських та суміжних прав для інвестиційної підтримки творчої діяльності, для розвитку нових технологій, збільшення конкурентоспроможності європейської промисловості. В преамбулі цієї Директиви також підкреслюється її мета – підтримка розвитку культури, що не може бути досягнута

слабким рівнем охорони авторського права або суміжних прав, допущених незаконних форм розповсюдження контрафактних примірників тощо. Особливої уваги заслуговує стаття 8 Директиви, що містить положення про зобов'язання держав – членів ЄС забезпечити можливість застосування ефективних судових заборон і санкцій не лише проти самих порушників, а й проти посередників, чії послуги використовуються третіми особами з метою порушення авторських або суміжних прав. У тому, що стосується всіх інших, передбачених Директивою виключень і обмежень, характерним є застереження про їх диспозитивність, тобто будь-яка країна, що входить до ЄС, не зобов'язана їх встановлювати та може передбачити більш високий рівень безпеки.

Слід зауважити, що бурхливий розвиток цифрових технологій і, перш за все, Інтернет, привніс певну нестабільність у сферу авторського права і суміжних прав на рівні застосування, а невдовзі – і на законодавчому рівні. Тому законодавство ЄС з авторського права і суміжних прав настійно вимагає внесення змін і доповнень.

Так, як наслідок 22 травня 2001 року Європейський Парламент і Рада прийняли Директиву 2001/29/ЄС про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві, яка є основним нормативним актом у цій сфері. Директива ґрунтується на принципах і нормах, вже встановлених чинними у цій галузі директивами (абзац 20 преамбули), а за основу було взято досягнення високого рівня охорони авторського права і суміжних прав. З огляду на це пропонувалось змінити і доповнити національні законодавства держав-членів та вважати ці дії необхідними внаслідок появи нових форм використання об'єктів авторського права і суміжних прав у інформаційній сфері. Окрему частину Директиви присвячено питанню застосування захисту технологічних заходів та інформації з управління правами.

Згідно з цією Директивою під «технологічними заходами» розуміють будь-яку технологію, пристрій або компонент, які у своєму нормальному функціонуванні призначаються для запобігання або протидії діям щодо творів або інших об'єктів, використання яких не дозволено суб'єктом авторського права або суміжних прав згідно з законом або суб'єктом прав *sui generis* (лат. – єдиний в своєму роді, унікальний). Технологічні заходи вважаються «ефективними», якщо використання захищеного твору або іншого захищеного об'єкта контролюється суб'єктами прав через застосування контролю доступу або процедури захисту, наприклад, кодування, шифрування або іншої трансформації твору чи іншого захищеного об'єкта, або механізм контролю копіювання, що досягає цієї мети захисту (ч. 3 ст. 6 Директиви 2001/29/ЄС).

Однак згідно з п. 49 преамбули цієї Директиви правовий захист технологічних заходів не впливає на застосування будь-яких положень, які можуть забороняти приватне володіння пристроями, товарами або компонентами для ухилення від технологічних заходів.

Для подальшого захисту суб'єктів авторських прав від правопорушень, згідно з п. 55 Директиви 2001/29/ЄС, однією з вимог є необхідність маркування примірників творів позначеннями, щодо яких застосовуються засоби технічного захисту з позначенням реквізитів та адрес.

Технічні засоби, наприклад, голограми, мікроскопічні наклейки, спеціальна фарба для друку тощо, відіграють важливу роль у захисті та посвідченні істинності виробів. Водночас держави-члени передбачають адекватні санкції та способи оскарження порушення прав та зобов'язань, передбачених у цій Директиві, та вживають усіх необхідних заходів для того, щоб гарантувати застосування таких санкцій та способів оскарження (ч. 4 ст. 8 Директиви 2001/29/ЄС). Кожна з держав-членів повинна вжити необхідних заходів для того, щоб суб'єкти прав, чий інтереси зазнали шкоди через неправомірну діяльність, скоєну на їхній території, могли подати скаргу про відшкодування шкоди та/або вимагати судової заборони, та, у відповідному випадку, конфіскації неправомірного матеріалу, пристроїв, товарів або компонентів. Крім того, держави-члени мають також забезпечити суб'єктам прав умови для застосування судової заборони проти посередників, чийми послугами користується третя особа для порушення авторського права або суміжних прав (ч. 4 ст. 8 Директиви 2001/29/ЄС).

Розглядаючи аспект міжнародної охорони авторського права, необхідно звернути увагу на процесуальні форми захисту прав інтелектуальної власності на об'єкти авторського права. Відповідно до ч.1 ст. 41 Угоди ТРІПС держави-члени повинні гарантувати захист прав інтелектуальної власності та зобов'язані передбачити в національному законодавстві процедури з забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності та вжити заходів проти будь-якої дії, що порушує права інтелектуальної власності, включаючи термінові заходи, спрямовані на запобігання порушень, та заходи, що стримують від подальших порушень. Ці процедури повинні застосовуватися так, щоб уникнути створення бар'єрів для законної торгівлі та забезпечити гарантії проти зловживань. Згідно зі ст. 43 Угоди ТРІПС сторона повинна надати розумні докази, достатні для обґрунтування своїх претензій, і навести докази на підтвердження претензій, які перебувають під контролем протилежної сторони, а судовий орган має право видати наказ, що зобов'язує надати ці докази протилежній стороні при дотриманні в належних випадках умов, які забезпечують охорону конфіденційної інформації.

У випадках, коли сторона судового розгляду цілеспрямовано і без достатніх підстав відмовляє у доступі до необхідної інформації, чи не надає такий доступ у прийнятний термін або чинить перешкоди у проведенні процедури, пов'язаної із заходом щодо забезпечення захисту прав, країна-член має право надавати органам судової влади право приймати попередні та остаточні рішення на основі представленої їм інформації, включаючи скаргу або доказ, пред'явлений стороною, на яку негативно вплинула відмова у доступі до інформації. Згідно з ч. 1 ст. 41 Угоди ТРІПС процедури, покладені на забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності, повинні бути рівними та справедливими. Стаття 50 Угоди ТРІПС надає судовому органу право вимагати ефективних та невідкладних засобів, які спрямовані на запобігання порушень будь-якого права інтелектуальної власності, а також право застосовувати тимчасові заходи *inaudita altera parte* (лат. – без заслуховування обвинуваченої сторони), якщо існує реальна вірогідність того, що будь-яке відстрочення може завдати непоправної шкоди власнику прав чи коли існує очевидний ризик знищення доказів.

Повертаючись до аналізу нормативно-правових актів ЄС, то цікавим є досвід держав-членів щодо практики застосування тимчасових заходів відповідно до Угоди ТРІПС.

Так, відомим прецедентом у Великій Британії є практика застосування рішення суду у справі Антона Піллера [12] (ордер А. Піллера), згідно з яким суд може видати рішення, яке виноситься без заслуховування другої сторони, про обшук або повну конфіскацію доказів у приміщеннях ймовірного порушника авторських прав. Проте багато країн вважає такий захід занадто дорогим та складним. Відповідно до абз. 1 ст. 25 Закону про Цивільний процес Великої Британії ефективним є захід, відомий як рішення про заморожування виконання рішення у справі компанії *Mareva* [13], який використовується для блокування банківських рахунків та інших активів відповідача, доки справа не буде ґрунтовно переглянута судом. У Франції законодавство передбачає інструмент для отримання доказів. Так, відповідно до ст. L-332-1, L-521-1, L-615-5, L-617-7 Кодексу інтелектуальної власності Франції [14] праволоділець при виявленні контрафактної продукції може подати заяву до голови суду першої інстанції щодо конфіскації цієї продукції. Цей захід може застосовуватися у формі конфіскації шляхом детального опису або фактичної конфіскації нелегітимних товарів. Італійський Закон про авторське право також передбачає такий захід [15]. У Німеччині ж існує обмеження юридичних можливостей отримання доказів. Вони обмежуються витребуванням доказів шляхом отримання заяв свідків, свідчень експертів та обшуку, але не поширюються на документи чи аудит сторін. На відміну від інших держав-членів європейської спільноти законодавствами Австрії, Данії та Швеції не передбачено судових розпоряджень про розслідування відповідних справ без заслуховування супротивної сторони.

Щодо тимчасових заходів, то існують значні відмінності у процедурах, що обумовлюються традиціями та підходами, прийнятими судами.

Таким чином, на міжнародному рівні закладено правовий фундамент як для запобігання та припинення правопорушень у сфері інтелектуальної власності і авторського права, так і для конструктивної співпраці всіх зацікавлених у цьому публічних і приватних осіб. Подальший розвиток цих положень повинен відбуватися шляхом удосконалення національних законодавств.

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.: Вимір, Секретаріат Міжвідомчої комісії з питань вступу до СОТ, 1998. – С. 336–370.
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. Капіци: кол. авторів: Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов та інш. – К.: Видавничий Дім «Слово», 2006. – С. 686–692.

5. *Директива* Ради 93/83/ЄС від 27 вересня 1993 року про координацію деяких положень авторського права і суміжних прав за застосування їх до супутникового мовлення та кабельної ретрансляції // *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. 708–715.

6. *Директива* Ради 93/98/ЄС від 29 жовтня 1993 року про гармонізацію строку охорони авторського права та деяких суміжних прав // *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. 701–707.

7. *Директива* Ради 92/100/ЄС від 19 листопада 1992 року про право на прокат, право на позичку 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.

The article deals the international mechanisms of protection of copyright. Analyzes the main legal documents of the European Union in the field of copyright protection.

В статье рассматриваются международные механизмы защиты авторского права. Анализируются основные нормативно-правовые документы Европейского Союза в области защиты авторских прав.

9. *Директива* Ради 2001/29/ЄС 22 від 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.

12. *Anton Piller KG v. Manufacturing Process Ltd.* [1976] 1 Ch. 55? [1976] R.P.C.

13. *Mareva Compania Naviera SA v. Snternational Bulk Carriers Sa* [1975] 2 Lloyds.

14. *Кодекс* інтелектуальної собствениости Франції : Литературная и художественная собственность / Российская Академия наук. Сибирское отделение. Институт философии и права; Пер. с франц., коммен., предис. С. В. Зыкова. – Новосибирск: Изд. Сибирское отделение РАН, 2005. – С. 92.

15. *Закон* Італії про авторське право 1941 року з остаточними доповненнями 9 квітня 2003 року (англійською мовою). [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://portal.unesco.org/culture/en/files/30289/11419173013it_copyright_2003_en.pdf/it_copyright_2003_en.pdf.

ВПРОВАДЖЕННЯ СПОСОБІВ АЛЬТЕРНАТИВНОГО ВИРІШЕННЯ ПРАВОВИХ СПОРІВ (ADR - ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION)

Бондаренко-Зелінська Н. Л.,

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

У статті розглядаються проблеми та перспективи забезпечення відповідності національної правової системи України стандартам європейської спільноти та створення ефективного механізму захисту прав та свобод людини і громадянина шляхом запровадження способів альтернативного вирішення правових спорів.

Ключові слова: альтернативне вирішення правових спорів (АВС), європейські стандарти, переговори, медіація, арбітраж, комбіновані форми АВС.

Розширення Європейського Союзу (ЄС), яке відбулося 1 травня 2004 року, призвело до зміни політичних, географічних та економічних кордонів співдружності і зробило Україну не тільки безпосереднім сусідом, а й потенційним стратегічним партнером ЄС. І хоча відносини між нашою державою та ЄС було започатковано ще на початку 90-х років ХХ ст., коли Угодою про партнерство та співробітництво [1] було намічено співпрацю з широкого кола політичних, торговельно-економічних та гуманітарних питань, реальні кроки у напрямі євроінтеграції почалися в 2004 році. Саме з цього часу євроінтеграція стала не просто декларованим, а повноцінним зовнішньополітичним пріоритетом України, який знайшов своє закріплення в низці нормативно-правових актів [2–4].

Орієнтація на інтеграцію в європейське співтовариство зробила одним з пріоритетних напрямів стратегічного розвитку України забезпечення відповідності національної правової системи стандартам європейської спільноти загалом та створення справді ефективного механізму захисту прав та свобод людини і громадянина зокрема. З огляду на це постало питання про суттєве реформування національної системи захисту цивільних прав та інтересів, яка наразі формується переважно за рахунок юрисдикційних органів.

Звісно, не можна заперечувати, що судова форма захисту, яка залишається основною в Україні, має певні переваги порівняно з іншими формами, серед яких звертають на себе вагу: незалежність органу, який вирішує спір, від іншої влади; чітко розроблена процедура

встановлення й перевірки фактичних обставин і ухвалення рішення (в ЦПК, ГПК, КАС); нормативна основа всієї діяльності суду; обов'язковість ухвалених судом рішень для виконання як сторонами конфлікту, так і іншими юридичними та фізичними особами.

Водночас судовий порядок вирішення правових спорів не позбавлений багатьох недоліків. Як свідчить судова практика в умовах сьогодення, суди перевантажено, а сам цивільний процес перетворюється в досить коштовну «тяганину», оскільки провадження в багатьох справах часто навмисно затягуються на тривалий час, а послуги висококваліфікованих юристів, як правило, недоступні для більшості громадян. Механізм примусового виконання теж часто не спрацьовує, особливо коли боржник не бажає виконувати приписи суду. Звісно, у переважній більшості випадків така ситуація обумовлена не стільки недосконалістю законодавства, скільки людським фактором, але найбільшим недоліком судового захисту є те, що навіть тоді, коли суд постановляє цілком законне та обгрунтоване рішення у встановлені законом строки, правовий конфлікт не вичерпується. Адже, на жаль, законність не означає справедливості рішення, і справу в суді вииграє не той, хто правий, а той, в кого більше доказів.

Крім того, як правильно вказують окремі науковці, ефективне застосування норм права багато в чому залежить від кваліфікації та досвіду суддів, при цьому в багатьох випадках, особливо у регіонах, суди просто не готові до кваліфікованого та ефективного ведення процесу зі спорів, що виникають з нових правовідносин (земельні спори, біржові угоди, складні фондові операції, лізинг, інформаційні спори, захист прав споживачів, спори у сфері захисту права інтелектуальної власності тощо) [5, с. 14].

У зв'язку з цим потреба у формуванні дієвої системи захисту прав та інтересів особи обумовила інтерес вітчизняних юристів до світової (в тому числі європейської) практики альтернативного вирішення правових спорів, яке забезпечує оперативне, об'єктивне та компетентне вирішення правових конфліктів.

Альтернативне вирішення правових спорів (АВС) – це сукупність прийомів і методів позасудового врегулювання спірів, у результаті застосування яких сторони, що сперечаються, укладають взаємоприйнятну угоду. В усьому світі існує практика застосування альтернативних форм вирішення правових конфліктів (Alternative Dispute Resolution), які виступають як альтернатива стосовно офіційного правосуддя. У багатьох випадках АВС виступає більш прийнятним, порівняно з державною судовою процедурою, способом вирішення конфліктної ситуації, оскільки не потребує значних фінансових та організаційно-технічних витрат з боку учасників спірних правовідносин. Основне значення АВС полягає в тому, що за його допомогою відбувається фільтрування тих правових (в тому числі цивільно-правових) спорів, які дійсно потребують повного судового розгляду від тих, що можуть бути вирішені без участі суду. Крім того, все більше людей звертається до способів альтернативного вирішення конфліктів, розуміючи, що навіть невеличкий судовий процес може зруйнувати їх взаємовідносини (особливо це стосується стосунків у сім'ї та бізнесі). Можливо саме тому, як вказують окремі науковці, на долю АВС в країнах ЄС припадає понад 70 % усіх приватноправових спорів і лише 30 % доходить до державних судів [6].

Більше того, більшість цивільних процесуальних кодексів європейських країн передбачають обов'язкове застосування способів альтернативного вирішення правових спорів. Так, у Бельгії та Франції суд повинен запропонувати сторонам врегулювати конфлікт за допомогою механізмів АВС, а в Англії суд має право накладати на учасників спору фінансові санкції, якщо вони відмовилися, наприклад, від медіації [7, с. 11].

Але висока ефективність застосування АВС для ліквідації правових конфліктів не означає, що необхідно сліпо наслідувати європейський досвід.

У світі існує цілий ряд способів інститутів, які забезпечують проведення примирення сторін спірних правовідносин без безпосередньої участі суду. І потрібно, в першу чергу, ґрунтовно їх дослідити та спрогнозувати можливі переваги та недоліки, що їх створить надання їм статусу правового чи процесуального інституту в Україні.

Наразі в нашій державі це питання, на жаль, є мало дослідженим, та існує лише обмежене коло спеціалістів, що є справжніми фахівцями в даній сфері. У зв'язку з цим дослідження способів альтернативного вирішення правових спорів та перспектив їх застосування на теренах нашої держави є надзвичайно актуальним в умовах сьогодення.

З усіх існуючих способів альтернативного вирішення правових спорів, на нашу думку, для України найбільш актуальними є: переговори, медіація та арбітраж, а також низка специфічних процедур, таких як мед-арб, незалежне встановлення обставин справи та приватна судова система. Серед інших у світовій практиці застосовуються такі АВС як спрощений суд присяжних.

Арбітраж (arbitration) – спосіб вирішення спору за допомогою незалежної, нейтральної особи – арбітра (або групи арбітрів), що вповноважений винести обов'язкове для сторін рішення. В Україні поширеною є назва «третейське судочинство».

Посередництво або медіація (mediation) – спосіб вирішення спору за допомогою незалежного, нейтрального посередника, який сприяє сторонам у досягненні згоди щодо ліквідації спору.

Переговори або неогоціація (negotiation) – спосіб вирішення спору безпосередньо сторонами спірних правовідносин (представниками сторін) без участі будь-яких посередників.

Вказані способи АВС називаються **основними**. Критеріями для їх виділення є участь в урегулюванні спору третьої особи або обсяг повноважень останньої. Елементи цих трьох «чистих» форм входять складовою частиною до багатьох інших процедур. Так, переговори майже завжди мають місце в будь-якій іншій альтернативній формі, а посередництво часто використовується як попередня процедура до початку судового розгляду. Компоненти основних форм, змішуючись один з одним, утворюють зовсім нові комбіновані форми: мед-арб, міні-суд, приватна судова система, спрощений суд присяжних, незалежне встановлення обставин справи тощо.

Переговори і арбітраж (третейське судочинство) як способи АВС вже мають давню історію та тривалий час практикуються при вирішенні правових конфліктів в зарубіжних країнах та Україні. Водночас, незважаючи на глибоке історичне коріння, застосування перших двох способів АВС досі викликає труднощі серед практикуючих юристів.

Звісно, найпоширенішим та найдоступнішим способом вирішення будь-якого правового спору є переговори, проведення яких передбачає діалог між сторонами конфлікту щодо можливих шляхів його вирішення. Водночас для того, щоб переговори були ефективними, їх учасники повинні мати достатній рівень правової культури, хоча б для того, щоб прийняти в результаті обговорення рішення (угода) відповідало вимогам законності і могло б бути реально виконане. Водночас не тільки громадяни України в переважній більшості не можуть похвалитися достатнім рівнем знань в галузі права, а й окремі представники юридичної професії, які некваліфікованими, а іноді й протиправними діями, порушують права своїх клієнтів, чим, по суті, дискримінують своїх колег і знижують рівень довіри до договірних представників. З огляду на це в переважній більшості випадків учасники спірних правовідносин не використовують увесь потенціал такого способу АВС як переговори.

Не сприяє цьому і судова практика. Адже хоча чинним ЦПК суди і зорієнтовано на сприяння примиренню сторін (ст. 130), судді в переважній більшості випадків обмежуються простим запитанням до учасників процесу щодо можливості примирення, не надаючи останнім можливості провести переговори з цього приводу.

Щодо проблем, пов'язаних із застосуванням в Україні арбітражу як способу АВС, то варто хоча б згадати про суперечки щодо повноважень судових органів видавати виконавчі документи за рішеннями третейських судів. Противники цього механізму посилались на те, що третейські суди дедалі частіше є посібниками рейдерів та беруть участь у тінювих схемах перерозподілу майна. Прихильники аргументували, що систему третейських судів дійсно треба чистити, але не такими «драконівськими» методами, які ще й суперечить міжнародним нормам [6]. Законодавець досі не поставив крапки в цій правовій дискусії, і, ймовірно, й не поставить до тих пір, доки не зрозуміє правову природу арбітражу.

Адже питання про примусове виконання рішень арбітражів стало проблемним після того, як чинним ЦПК було, по суті, обмежено право учасників спірних правовідносин щодо судового вирішення правових спорів у разі укладення арбітражної угоди (договору про передачу справи на розгляд третейського суду).

Так, відповідно до чинного ЦПК суддя відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо є рішення третейського суду, прийняте в межах його компетенції, щодо спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і на тих самих підставах, за винятком випадків, коли суд відмовив у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду або скасував рішення третейського суду і розгляд справи в тому ж третейському суді виявився неможливим (ч. 2 ст. 122); «якщо між сторонами укладено договір про передачу спору на вирішення третейського суду, суд постановляє ухвалу про залишення заяви без розгляду» (ч. 5 ст. 130). Ці та інші положення процесуального кодексу відображають нерозуміння законодавцем правової природи арбітражу і наділення цього способу АВС ознаками, не властивими його правовій природі.

Арбітраж, як і будь-який інший спосіб АВС, – це добровільний процес, і жодну зі сторін не можна

примусити до примирення. Тут варто згадати протизаконну практику банків, які роблять арбітражні угоди складовою кредитного договору, користуючись тим, що особа, яка заінтересована в отриманні кредиту, змушена його підписати, по суті, примушуючи останню до такого способу АВС, що в будь-якому разі є неприпустимим. Більше того, несудовий захист є додатковим засобом забезпечення й захисту прав людини в демократичному суспільстві і в жодному разі не може обмежувати право особи звернутись до суду. Інакше кажучи, як тільки законодавець виправить власну помилку і скасує обмеження можливості учасників арбітражу звертатися до судової форми захисту. Потреба в примусовому виконанні рішень арбітражів відпаде сама собою, адже арбітри будуть заінтересовані у прийнятті таких рішень у справі, які сторони будуть виконувати добровільно.

Наразі ж, на жаль, арбітраж в Україні не виконує своєї функції дієвого способу АВС, а залишається інструментом махінацій і зловживань.

Медіація як спосіб АВС застосовується в нашій державі порівняно недавно – лише з 1994 року, коли розпочався процес формування мережі українських регіональних груп медіації, що також одержала назву «Українська група медіації» (УГМ). І лише з 2004 року почали активно проводитись експерименти щодо використання медіації для вирішення правових спорів, що перебувають в судовому провадженні. Водночас вітчизняний досвід використання цього способу АВС в позасудовому порядку підтверджує її високу ефективність для ліквідації правових спорів. Наприклад, за даними статистики 80% спорів, що перебували в провадженні суду і були передані на медіацію, вирішується без судового розгляду.

Значення медіації визначається низкою суттєвих переваг порівняно з судовим порядком вирішення правових спорів та арбітражем чи переговорами, не випадково в усьому світі медіація є однією з найпопулярніших форм врегулювання спорів. Так, держава гарантує, що у разі звернення особи за захистом до суду рішення, що його прийме у справі суд, буде законним, обґрунтованим та обов'язково буде виконаним або добровільно або за допомогою засобів державного примусу. Водночас, як свідчить юридична практика, учасники спірних правовідносин не завжди готові виконувати рішення, яке хтось прийняв за них, і набагато охоче виконують власні рішення. Проте різниця в походженні, рівні культури, соціальних умовах життя та інші фактори часто не дають змоги учасникам правовідносин знаходити спільну мову, що й стає причиною багатьох правових конфліктів. Медіація – це переговорний процес, що здійснюється за допомогою незалежної сторони – кваліфікованого посередника (медіатора). Сторони зустрічаються з нейтральним посередником, який, вислуховуючи їх, допомагає дійти взаємовигідного рішення, що оформляється відповідним юридичним документом (угодою). Медіація дає змогу вирішити правовий конфлікт не тільки з мінімальними затратами коштів та часу, а й на умовах, прийнятних для обох сторін спору. Це, у свою чергу, сприяє збереженню добрих стосунків та продовженню правовідносин між ними на майбутнє, що є дуже важливим для будь-якого цивілізованого суспільства (особливо це актуально для

сімейних спорів та спорів між партнерами по бізнесу). Крім того, посередництво проходить конфіденційно, тобто все залишається між сторонами конфлікту й посередником, який зобов'язаний тримати в секреті всю інформацію. Особливо актуальними такі властивості медіації є для сімейно-правових спорів та спорів, що виникають у зв'язку з укладенням та виконанням правочинів.

«Мед-арб» (*med-arb*), спосіб врегулювання спору за допомогою посередника-арбітра, що у випадку недосягнення сторонами угоди уповноважений прийняти обов'язкове для сторін рішення в порядку арбітражу (має ознаки посередництва і арбітражу). Значення цього способу АВС обумовлене тим, що він об'єднує найбільш ефективні властивості медіації та арбітражу. Завдяки використанню посередництва до початку арбітражного процесу сторони мають можливість особисто висловити свої думки і зауваження щодо суті спору під керівництвом кваліфікованого і досвідченого посередника. Вартість посередницького процесу значно менша, ніж витрати, пов'язані з арбітражем. Процес мед-арб починається із стандартної процедури, базової для медіації, без паперів, повісток та інших формальностей, які є характерними для арбітражу. Посередництво дає сторонам можливість обговорити свої позиції та з допомогою посередника спробувати знайти спосіб врегулювання існуючого конфлікту. Якщо після посередництва залишаються якісь невирішені питання, справа переходить до обов'язкового арбітражу.

Мед-арб можна використовувати майже в усіх випадках, коли сторони шукають остаточного і такого, що має обов'язкову силу рішення, але хотіли б спочатку обговорити проблемні питання.

Приватна судова система (*private court system*) або суддя «напрокат» (*rent-a-judge*), що забезпечує вирішення спорів за допомогою суддів, які пішли у відставку, за досить високу плату, які мають повноваження не тільки примирити сторони, а й винести обов'язкове для них рішення. Приватна судова система подібна до процедури арбітражу, але тут спір вирішує колишній професійний суддя. Вказаний спосіб АВС можна застосовувати для вирішення будь-яких правових спорів і в Україні, адже професійним суддям, які вийшли на пенсію, не заборонено арбітрування.

Деякі юристи цю **приватну судову систему** називають «міні-судом» [8], але ототожнення вказаних способів АВС не має під собою достатніх підстав, оскільки «міні-суд» (*mini-trial*) – спосіб врегулювання комерційних спорів, що одержав назву від зовнішньої подібності із судовою процедурою. Цей спосіб АВС полягає у врегулюванні спору шляхом спільних переговорів за участю керівників корпорацій, юристів та третьої незалежної особи, що очолює слухання справи. Звісно, таким нейтральним посередником може бути і колишній професійний суддя.

Основні положення цієї процедури було розроблено Американською арбітражною асоціацією, щоб сприяти використанню міні-судів в комерційних спорах [9]. Проте процедура міні-суду може ефективно використовуватись і при вирішенні приватноправових спорів (наприклад трудових).

Незалежне встановлення фактів (*neutral fact finding*) передбачає вирішення правового спору шляхом залучення незалежного фахівця, який досліджує комплекс питань, вирішення яких потребує спеціальних знань. Фахівець вивчає обставини справи і здійснює їх об'єктивну оцінку. Така нейтральна оцінка не є обов'язковою і використовується тоді,

коли у сторін є розбіжності з приводу істотного значення їх справи. В різних країнах застосовуються такі способи незалежного встановлення фактичних обставин справи: нейтральна оцінка обставин справи (*neutral evaluation fact finding*), коли нейтральна особа забезпечує оцінку обставин справи, що не є обов'язковою для сторін; незалежна експертиза щодо встановлення фактичних обставин справи (*neutral expert fact finding*), коли незалежний експерт дає відповідь на поставлене перед ним питання, і висновок експерта виступає як нейтральна оцінка; уповноважений орган (або інспекція – *regulators*), коли відповідний орган або посадова особа оцінює обставини справи

В Україні окремі елементи цього способу АВС застосовуються при вирішенні правових спорів, пов'язаних з відшкодуванням матеріальної шкоди, завданої в результаті ДТП.

Підсумовуючи, слід констатувати, що наразі Україна перебуває лише на етапі формування національної моделі альтернативного вирішення правових спорів. Усі вищевказані способи АВС можуть ефективно застосовуватись для вирішення правових спорів в нашій державі за умови їх якісної законодавчої регламентації як на рівні окремих законів, так і кодифікованих актів. Тому вже з впевненістю можна констатувати нагальну необхідність впровадження та створення адекватного правового механізму регулювання інститутів АВС.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими співтовариствами та їх державами-членами* від 14.06.1994 р. // Офіційний вісник України. – 2006. – № 24. – Ст. 1794 (набула чинності 1 березня 1998 р.).
2. *План дій Україна – Європейський Союз*: Схвалено Кабінетом Міністрів України: 12.02.2005 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=17977185.
3. *Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»* від 18 березня 2004 року // Офіційний вісник України. – 2004. – № 15. – Ст. 1028.
4. *Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини*: Закон України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV // Офіційний вісник України. – 2006. – № 12. – Ст. 792.
5. *Бандурка А. М.* Конфліктологія: учеб. пособие для вузов / А. М. Бандурка, В. А. Друзь. – Х.: Университет внутренних дел, 1997. – 351 с.
6. *Бережна І.* Сумна доля альтернативних методів вирішення спорів в Україні / І. Бережна. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://blog.liga.net/user/berezhnaya/article/2073.aspx>.
7. *Коссак В.* Альтернативне вирішення спорів як спосіб захисту порушених прав / В. Коссак // Перспективи застосування альтернативних способів вирішення спорів (ADR) в Україні: матеріали Другого Львівського міжнародного форуму (Львів, 26 – 29 травня 2009 р.). – Львів: Львівський державний інститут новітніх технологій та управління ім. В. Чорновола, 2009. – 221 с.
8. *Луганская областная группа медиации.* Основные понятия к разделу «Альтернативное разрешение конфликтов». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w3.lg.ua/lmg/glosar_rk.htm.
9. *Сергеев К.* Нормативные акты, регулирующие альтернативные формы разрешения конфликтов / К. Сергеев. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1129448>.

The problems of law enforcement practice of trial are revealed. The ways of their solving are proposed, recommendations directed on the introduction of Alternative Dispute Resolution (ADR) on Ukraine are formulated. The fixation of purpose and tasks of judicial reform.

Раскрыто отдельные проблемы правоприменительной практики и предложены пути их решения, сформулированы рекомендации относительно внедрения способов альтернативного решения правовых споров в Украине с целью его приближения к европейским стандартам.

РЕЖИМ НАЙБІЛЬШОГО СПРИЯННЯ ТА ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПРАВА ІНВЕСТИТОРІВ В ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

Черних Ю. С.,

здобувач відділу міжнародного приватного права
та порівняльного правознавства
НДІ приватного права і підприємництва АПрН України

У статті розглядається проблематика поширення режиму найбільшого сприяння на процесуальні права інвестора, що надає інвестору можливість користуватись певними процесуальними перевагами, передбаченими у різних двосторонніх угодах про захист інвестицій.

Ключові слова: арбітраж, інвестиція, режим найбільшого сприяння, двостороння угода про захист інвестицій.

Інвестиційний арбітраж ставить нові запитання перед наукою і практикою. Саме в інвестиційному арбітражі переосмислюються традиційні поняття міжнародного права: питання міжнародної відповідальності за порушення договірних відносин (так звана «umbrella clause» – «парасолькова клаузула»), поширення положень про режим найбільшого сприяння на процесуальні права інвестора і т. п. Саме новому контраверсійному переосмисленню режиму найбільшого сприяння і присвячено цю статтю.

У статті мається на меті окреслити проблему застосування режиму найбільшого сприяння для поширення більш сприятливих процесуальних прав з інших двосторонніх угод про захист інвестицій на інвестора в інвестиційному арбітражі. Дослідження цієї проблеми ставить нові виклики перед наукою та практикою міжнародного приватного та публічного права.

Слід зазначити, що оскільки арбітрами в інвестиційному арбітражі найчастіше виступають науковці (професори провідних наукових закладів), то неоднорідна практика інвестиційного арбітражу з цього питання є, перш за все, відображенням різних наукових підходів до визначення обсягу застосування режиму найбільшого сприяння при розв'язанні певних процесуальних питань (здебільшого, питань обходу обмежень щодо юрисдикції в певних угодах про захист інвестицій шляхом інкорпорації більш сприятливих норм інших угод про захист інвестицій).

Останнім часом на Заході вийшло чимало монографій, присвячених проблемам інвестиційного арбітражу, та, зокрема, застосуванню режиму найбільшого сприяння при вирішенні процесуальних питань, серед яких слід звернути увагу на таких авторів: К. Дуган, Д. Валейс, Н. Д. Рубинс, Б. Сабахі [1]; А. Ньюкомб, Л. Параделл [2]; Р. Дольгер, К. Шреер [3]. В Україні інвестиційному арбітражу, в тому числі особливому застосуванню режиму найбільшого сприяння, присвячено небагато праць, серед яких варто зазначити колективну монографію таких авторів як А. Г. Алексєєв, С. А. Войтович, Д. І. Грищенко, О. В. Шевчук [4].

Поняття режиму найбільшого сприяння. Режим найбільшого сприяння є нормою недискримінації. Більш сприятливий режим, що надається третій державі (інвесторам третьої держави), автоматично поширюється на

державу (інвесторів цієї держави), якій було надано режим найбільшого сприяння. По суті, норма найбільшого сприяння є методом поширення недискримінаційного режиму на більш-менш всезагальній основі.

Традиційно режим найбільшого сприяння сприймався виключно у розрізі недискримінаційних матеріальних, а не процесуальних норм. І лише на практиці питання «імпорту» процесуальних прав постало тоді, коли інвестори намагались уникнути негативних процесуальних обмежень угод про захист інвестицій шляхом застосування через режим найбільшого сприяння норм інших угод (такі спроби стосувались обходу обмежень щодо обов'язкового періоду очікування для подання інвестиційного позову – так званого *cooling period*, вибору форуму для розв'язання інвестиційного спору, іншого, ніж той, що міститься в угоді про захист інвестицій, що має безпосередній стосунок до спору та спроби обходу інших юрисдикційних обмежень).

Типологія, що існує, ділить усі положення про режим найбільшого сприяння на чотири групи:

- ті, що стосуються положень з розв'язання спорів (одиниці в світі);
- ті, що широко покривають ставлення до інвестицій без спеціальної вказівки на положення з розв'язання спорів (більшість);
- ті, що покривають ставлення до інвестицій виключно у певному контексті (підтримка інвестицій);
- ті, що прямо виключають посилання на положення з розв'язання спорів (одиниці).

Найпоширенішими у світі, включаючи Україну, є ті положення режиму найбільшого сприяння, що не містять в собі ані посилання на положення про розв'язання спорів, ані виключення з обсягу дії процесуальних положень.

Формулювання режиму найбільшого сприяння в угодах про захист інвестицій, учасницею яких є Україна. Найбільш поширене формулювання режиму найбільшого сприяння в українських двосторонніх угодах про захист інвестицій виглядає так, як в Угоді між Україною та Республікою Австрія про сприяння та взаємний захист інвестицій:

«Стаття 3. Режим інвестування

1. Кожна Договірна Сторона надає інвесторам іншої Договірної Сторони режим не менш сприятливий, ніж

той, який вона надає своїм власним інвесторам та їх інвестиціям будь-якої третньої Держави та їх інвесторам.

2. Положення пункту 1 цієї статті не можуть розглядатись як зобов'язуючу одну Договірну сторону поширювати на інвесторів іншої Договірної Сторони та її інвестиції існуючі або майбутні вигоди від будь-якого режиму, преференції або привілеї, що походять з:

- а) будь-якого митного союзу, спільного ринку, зони вільної торгівлі або членства в економічному співтоваристві;
- б) будь-якої міжнародної угоди, міжнародної домовленості або внутрішнього законодавства щодо оподаткування;
- в) будь-якого правила для спрощення прикордонних економічних зв'язків».

Практика поширення режиму найбільшого сприяння на процесуальні права інвестора – справа Maffezini. Першою справою, в якій інвестор успішно скористався режимом найбільшого сприяння в контексті «імпорту» процесуальних прав, була справа *Maffezini-v-Spain ICSID ARB/97/7*. Арбітрами у справі виступили професор Вікуна (*Francisco Orrego Vicuña*); доктор юридичних наук Гарвардського університету, суддя Міжнародного суду справедливості Томас Бургенталь (*Thomas Buergenthal*) та Моріс Вольф (*Maurice Wolf*) [5].

Згідно з двосторонньою угодою про захист інвестицій між Аргентиною та Іспанією інвестор не мав прямого доступу до інвестиційного арбітражу, а спір між інвестором та державою, перш за все, мав би передаватися на розгляд до компетентного суду держави, що приймає інвестицію, і тільки після 18 місяців спір міг бути переданий до інвестиційного арбітражу. Положення про режим найбільшого сприяння в двосторонній угоді між Аргентиною та Іспанією було сформульовано так: «З усіх питань, що передбачені цією угодою, цей режим не має бути менш сприятливим, ніж той, що поширюється кожною із Сторін на інвестиції, що реалізовані на її території інвесторами третьої держави». Певні обмеження режиму найбільшого сприяння не поширювались на процесуальні питання.

Інвестор подав позов до ІКСІД та послався на норми двосторонньої угоди про захист інвестицій між Іспанією та Чилі, що не містила жодних обмежень для подання безпосереднього позову до інвестиційного арбітражу. Арбітражний трибунал розділив позицію інвестора та визнав свою компетенцію:

«...Трибунал задоволений тим, що Позивач переконливо продемонстрував, що клаузула про найбільше сприяння, включена до угоди про захист інвестицій між Аргентиною та Іспанією, охоплює положення цього договору про врегулювання спору Саме тому, спираючись на більш сприятливі домовленості, що містяться в двосторонній угоді про захист інвестицій між Чилі та Іспанією, та правову політику, що проводить Іспанія щодо режиму її власних інвесторів за кордоном, Трибунал доходить висновку, що Позивач мав право передати спір до арбітражу без попереднього звернення до іспанського суду».

Таким чином, справа *Maffezini* стала прикладом поширення режиму найбільшого сприяння на процесуальні права інвесторів, що дає можливість обходу певних процесуальних обмежень.

Обмежувальна практика використання режиму найбільшого сприяння – справа *Plama*. Протилежне

сприйняття режиму найбільшого сприяння було продемонстровано арбітрами у справі *Plama Consortium Ltd. V. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24*. Арбітрами у справі були професор Ян ван ден Берг (*Albert Jan van den Berg*) та відомі арбітри Відер (*V.V. Veeder QC*) та Карл Ф. Саланс (*Carl F. Salans*) [6].

Кіпрський інвестор спробував обійти обмеження щодо спорів, які можуть бути передані на розгляд інвестиційного арбітражу (а саме, виключно спори щодо суми компенсації могли передаватися інвестиційному арбітражу на розгляд відповідно до двосторонньої угоди про захист інвестицій між Кіпром та Болгарією), посилаючись на двосторонню угоду про захист інвестицій між Болгарією та Фінляндією.

Положення про режим найбільшого сприяння у двосторонній угоді про захист інвестицій між Кіпром та Болгарією було сформульовано так: «Кожна Договірна Сторона має застосовувати до інвестицій інвесторів однієї Договірної Сторони на своїй території режим, що є не менш сприятливим, ніж режим, що наданий інвестиціям інвесторів третьої держави».

Незважаючи на те, що положення про режим найбільшого сприяння було сформульовано подібно до формулювання аналогічного положення в справі *Maffezini*, Трибунал відмовив в юрисдикції. Арбітри, тлумачачи двосторонню угоду, зауважили, що режим найбільшого сприяння має сприйматися на сильній презумпції проти «імпорту» процесуальних прав. При цьому арбітри зауважили, що навіть якщо положення містило б формулювання «з усіх питань» результат був би той самий.

Справа піддається критиці через певні протиріччя у тлумаченні арбітрів вимогам до тлумачення, що містяться у Віденській конвенції права міжнародних договорів.

Висновки. Інвестиційний арбітраж є полігоном для переосмислення традиційних категорій міжнародного публічного та приватного права, в якому дослідниками-експериментаторами виступають науковці провідних наукових центрів.

Безумовно, зміст положень режиму найбільшого сприяння має з'ясуватися з урахуванням міжнародних норм щодо тлумачення міжнародних договорів. Проте відсутність уніфікованого застосування подібних положень ставить нові виклики для науки міжнародного публічного та приватного права.

Реакція держави на широке тлумачення режиму найбільшого сприяння та ймовірності «імпорту» процесуальних прав з інших угод (обхід певних процесуальних обмежень шляхом інкорпорації більш сприятливих норм) має виражатись в чітких формулюваннях двосторонніх угод та, ймовірно, прямому обмеженню дії режиму найбільшого сприяння на положення щодо розв'язання спорів.

Для інвестора важливим є розуміння усього обсягу прав (як процесуальних, так і матеріальних), які йому надані не лише на основі двосторонньої угоди про захист інвестицій між державою інвестора та державою-реципієнтом інвестицій, а й ті права, які йому надані на підставі положень про режим найбільшого сприяння.

Переосмислення режиму найбільшого сприяння в контексті можливості «імпорту» процесуальних прав може бути свідченням тенденцій по уніфікації світового режиму інвестицій (усіх двосторонніх угод про захист інвестицій).

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Investor-State Arbitration* / Christopher Dugan, Noah D. Rubins, Don Wallace and Borzu Sabahi. – New York: Oxford University Press, 2008.
2. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* / Andrew Newcombe, Lluís Paradell. – Walters Kluwer, 2009. – 644 p.
3. *Principles of International Investment Law* / Rudolf Dolzer, Christophe Schreuer. – New York: Oxford University Press, 2008. – 400 p.

4. Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів (ІКСІД): деякі питання юрисдикції та арбітражного розгляду: Монографія. – К.: Юридична практика, 2005. – 304 с.
5. *Maffezini-v-Spain ICSID ARB/97/7*. – [Electronic resource]. – Mode of access: www.worldbank.org/icsid.
6. *Plama Consortium Ltd. V. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24*. [Electronic resource]. – Mode of access: www.worldbank.org/icsid.

The Article is focused on the discussion of possible application of MFN to procedural rights so as to giving investors the benefit of procedural rights under various BITs with third countries.

В статті розглядається проблематика розповсюдження режиму найбільшого благоприйнятності на процесуальні права інвестора, що надає інвестору можливість користуватися певними процесуальними перевагами, переданими двома сторонами угодами про захист інвестицій.

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТАЙМШЕРУ

Черняк О. Ю.,

молодший науковий співробітник Лабораторії з проблем адаптації цивільного законодавства України до стандартів Європейського Союзу НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

В статті досліджуються питання, пов'язані із правовим регулюванням таймшеру в контексті адаптації законодавства України до законодавства ЄС. Визначено поняття та правову природу таймшеру. Досліджено зарубіжний досвід правового регулювання у цій сфері.

Ключові слова: таймшер, таймшерні права, договір таймшеру, захист прав споживачів.

Поряд із розвитком ринку традиційних туристських послуг істотному розвитку здобуває один із секторів туризму, що найбільш динамічно розвивається, – система володіння клубним відпочинком, більш відома як «таймшер». У цей час ця система, що виникла як спосіб підвищення ефективності готельних засобів розміщення, одержала свій розвиток у багатьох країнах світу.

Нині спеціального законодавчого регулювання таймшеру немає, а загальних норм цивільного права щодо договорів про надання послуг – недостатньо. Продаж таймшеру в Україні залишається нелегальним, тому, у більшості випадків, покупки таймшерних прав стали жертвами шахрайств.

Вирішення цих питань вимагає модернізації законодавчої бази з урахуванням сучасних договірних відносин у сфері туристичних послуг і приведення його у відповідність з міжнародними нормами та стандартами. Особливо актуальним це питання стає у зв'язку із процесом адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, оскільки на рівні ЄС відносини за таймшером врегульовані спеціальним нормативним актом – Директивою Європейського Союзу № 94/47/СЕ щодо захисту прав покупців за деякими положеннями договору про покупку права на короткострокове використання нерухомого майна від 24 жовтня 1994 р. [1].

Дослідженням питань визначення та правового регулювання таймшеру займалися такі науковці: М. Б. Біржаков, Є. Б. Грачев, Д. О. Ковальова, М. В. Сірик та ін. Але разом із тим вони досліджували питання правового регулювання цього виду договору на рівні європейського та російського законодавства, а питання вітчизняного законодавства та адаптації законодавства України до законодавства ЄС залишилися невирішеними.

Метою статті є визначення поняття та правового регулювання таймшеру в контексті проведення в Україні процесу адаптації законодавства.

Таймшер-клуби вигадали в 60-х роках ХХ ст. у Європі як спосіб продавати готельні номери. Timeshare у перекладі з англійського означає «поділ часу», тобто поділ між багатьма людьми часу використання якогось майна, у даному випадку – готельних номерів. Як правило, таймшер створюється девелоперською фірмою-організацією, яка спеціалізується на нерухомості. Ця фірма вкладає позичені засоби в будівництво чи реконструкцію осель-пансіонатів. Така фірма створює клуб – некомерційну організацію, яка об'єднує учасників – співвласників нерухомості, які вносять початкові внески. Розмір цього внеску значно менший, ніж ціна приміщення, тому що воно передається декільком власникам, які експлуатують його по черзі згідно з умовами членства в клубі [2].

Для експлуатації спільного майна клуб укладає договір з компанією, яка надає комунальні послуги, ремонтує приміщення. Він оплачується з щорічних внесків членів клубу. З метою мінімізації податкових платежів можлива передача прав власності довіреному власнику. Для збільшення споживачів – учасників клубу та реалізації прав на приміщення організовується маркетингова компанія, що продає таймшерні права та членство в клубі споживачам. Маркетингова компанія може організувати агентську мережу з комісіонерів [3].

Суть таймшеру зводиться до того, що людина купує відпочинок на кілька десятків років уперед. Наприклад, ви за цією системою купили 10 днів один раз на рік на Канарах протягом 50 наступних років. Вартість такої покупки становить близько 30 тис. доларів. Власники таймшеру, як правило, мають доступ до міжнародних обмінних компаній, де вони можуть обміняти свій тиждень відпочинку на тиждень відпочинку в іншому місці. Головні обмінні компанії на сьогодні – це RCI (Resorts Condominium International) та II (Interval International) [4].

Можливо, за кордоном ця система і вигідна для клієнтів, але в Україні таймшер – це ще одне поле

діяльності для аферистів. Проблеми виникають тоді, коли фактично туристові надають не ті умови, на які він розраховував. Коли турист оплачує таймшер у певному номері в готелі, він не може обміняти його на номер в готелі іншої країни вищої категорії. Але фактично його можуть направити в готель, який буде значно гіршої категорії, ніж той який він оплачував. Турист не може звернутися до суду, тому що формально послуги клієнтові надані, а питання якості в даній ситуації – не є визначальними [5].

У більшості країн таймшерна діяльність регламентується. Перший законодавчий акт із цього приводу був підписаний Її Величністю королевою Єлизаветою II 16 березня 1992 р. Згодом таке законодавство з'явилося у Сполучених Штатах, Франції, Німеччині, Португалії, Іспанії та інших країнах.

Варто зазначити, що крім спеціальних актів про таймшер (або його аналог) для регулювання відносин у системі таймшеру застосовують норми законодавства про туризм та норми, що регулюють надання послуг, тому що таймшер можна розглядати як одну з різновидів підприємницької діяльності у сфері туризму. Використання курортної нерухомості підлягає правовому регулюванню нормами про нерухоме майно. І, нарешті, участь споживача у відносинах таймшеру регламентується законодавством про захист прав споживачів. Прикладом тому є Закон про захист прав споживачів Болгарії [6].

У літературі трапляються різні визначення поняття таймшеру. Всесвітня туристська організація визначає таймшер як «власне житло, орендоване на основі черговості» [7, с. 18]. Туристський термінологічний словник формулює поняття таймшеру як «володіння часом на відпочинок у рамках клубного відпочинку» [8]. М. Б. Біржаков під таймшером розуміє «спільне володіння нерухомістю (кондомініумом) з можливістю користуватися нею протягом певного часу, пропорційно грошовому внеску» [9, с. 18]. На думку Д. О. Ковальова таймшер – міжнародна система обміну відпочинком серед власників курортних готелів клубного типу [10].

Безсумнівно, розмаїтість визначень даних відносин створює проблеми при використанні поняття «таймшер», тому що це ускладнює можливість розмежування таймшеру й суміжних понять. Багатозначність визначень таймшеру пояснюється ускладненням в порядку виконання даного договору, оскільки існують розходження між різними системами права, негативною практикою діяльності таймшерних компаній, яка спонукала осіб, що займаються даним видом діяльності, ввести у використанні інші терміни.

Основним актом, що регулює таймшерні відносини, є Директива ЄС № 94/47/СЕ, прийнята 24 жовтня 1994 р. і яка вступила в дію з травня 1997 р. [1]. Цей правовий акт регулює відносини між споживачами і професійними учасниками ринку таймшер, має обов'язкову силу у всіх країнах ЄС. Директива визначила таймшер як будь-яку групу контрактів, укладених прямо чи опосередковано на строк не менш як 3 роки, які встановлюють права власності чи інше право щодо використання одного чи більше об'єктів нерухомості протягом визначеного (чи який може бути визначеним) сезону, який може бути об'єктом обміну і не може бути коротшим за тиждень.

Цей документ є основним законом, який захищає права покупців таймшеру у країнах ЄС з 1994 р., але він не є

досконалим, про що свідчить досвід країн ЄС [11, с. 265]. Сьогодні виникли нові види договору таймшер, деякі з яких виникли лише для того, щоб уникнути застосування Директиви. Наприклад, такі договори описують різні права використання одного чи декілька таймшерних осель на визначений період, як правило, менше ніж 3 роки. Крім того, існує таймшер, відповідно до якого надається частка рухомого майна, яке може використовуватись для мешкання (яхти, дома на колесах тощо).

Враховуючи викладене, на нашу думку, доцільним є дослідження особливостей правового регулювання таймшеру в різних правових системах, виявити загальні й відмінні риси між законодавствами про таймшер держав англо-американської й континентальної системи права, визначити можливі договірні моделі права періодичного користування таймшерною нерухомістю в Україні.

В основі таймшеру, як у країнах романо-германської, так і англо-саксонської системи права, лежать відносини між таймшерними користувачами й особами, що здійснюють діяльність по наданню таймшерним користувачам курортної (готельної) нерухомості права періодичного проживання в засобах розміщення й використання послуг готельного типу.

Однією з відмінних рис таймшерних прав є їхня тривалість. У Директиві 94/47/ЄЕС зазначено, що цей строк повинен бути не менше 3 років, при цьому таймшерні права можуть бути реалізованими суб'єктом тільки протягом певної кількості (не менш одного тижня) днів у кожному році.

Тому що право, надане споживачу в системі таймшеру, припускає користування об'єктом нерухомого майна, виникає питання про правову природу такого права.

У першу чергу, слід зазначити, що на законодавчу природу таймшерних прав впливає те, до якої системи права належить держава, що закріплює у своїх законодавчих актах таймшерні права. Цей факт визнається й Директивою 94/47/ЄЕС, у п.3 преамбули до якої говориться про те, що законодавча природа прав, що є предметом контрактів, які охоплюються директивою, значно різниться залежно від держави правового регулювання.

У країнах загального права таймшерні права представлені двома видами. Вони можуть бути власністю, а можуть виявлятися у формі конкретних прав по використанню таймшерної власності [12, с. 45]. Найпоширенішою моделлю є побудова системи володіння відпочинком на основі відносин довірчої власності (трасту). Сутність моделі «club/trusty» полягає в такому: компанія-засновник, що є власником курортної нерухомості, засновує клуб і передає йому цю нерухомість. Клуб не є юридичною особою, і тому передає нерухомість довірчому власникові. Можливість такої передачі регламентована документами клубу. Таймшерні набувачі укладають договір із засновником клубу, стають членами клубу й здобувають права, пов'язані як із членством у клубі, так і з їхнім правовим статусом бенефіціарія. Очевидно, що така модель для Росії, наприклад, неприйнятна, хоча б тому, що організація, що не має статусу юридичної особи, не може укладати жодних договорів [13].

Друга модель також заснована на членстві в клубі, однак клуб має право власності на нерухомість (property club). Членство в клубі є формальним, тому що управління

таймшерним об'єктом не входить до компетенції членів клубу. Права таймшерного користувача на користування нерухомістю на періодичній основі регламентуються договором, який укладають із засновником клубу.

Звернемося до законодавства країн континентального права. Так, для Німеччини, Франції, Іспанії, Португалії характерним є те, що таймшерні права можуть бути як речовими, так і зобов'язальними.

У Франції й Португалії можливий речовий таймшер у вигляді спільної сумісної власності. Як і в українському законодавстві співвласник має переважне право купівлі (ст. 1410 ЦК Португалії), і при його порушенні кожен із співвласників має право вимагати перенесення на себе прав покупця протягом шести місяців з дня укладення договору купівлі-продажу третій особі. Відповідно, наявність даних обмежень у праві спільної сумісної власності істотно ускладнює використання моделі таймшеру на її основі.

У ряді країн таймшер існує в рамках кондомініуму. В Італії й Іспанії таймшерні права виникають із права періодичного проживання як часткової або сумісної власності. У Німеччині право періодичного проживання, як обмежене речове право, може існувати у вигляді права тривалого користування житлом [12, с. 48].

У вигляді права проживання як різновиду обмеженого речового права існує й у Франції (ст. 623, 633 Французького цивільного кодексу [14]).

Різновидом зобов'язальних прав на одержання права проживання й користування послугами таймшерного об'єкта є участь таймшерного набувача в господарських товариствах. Така модель придбання таймшерних прав поширилася у Франції, Англії, Португалії та Німеччині. Суть даної моделі полягає в тому, що компанія, яка володіє правами користування курортною нерухомістю, ділить свій капітал на певне число акцій. Внесок, оплачений набувачем таймшеру, розглядається як оплата частки участі в господарському товаристві. І надалі, як дивіденди, таймшерний набувач отримує права на користування курортною нерухомістю, які він може реалізувати на власний розсуд.

Для таймшерного користувача ця схема придбання таймшерних прав становить інтерес, насамперед тому, що він має право на управління в товаристві шляхом участі в загальних зборах. Крім того, ці права можуть передаватися в спадщину, а у випадку ліквідації таймшерної компанії таймшерний користувач має право на ліквідаційну квоту. На нашу думку, якщо розглядати право на таймшерну нерухомість як різновид майнового права, то немає ніяких законодавчих перешкод у використанні приватних акціонерних товариств для функціонування таймшеру й в Україні.

І, все-таки, в країнах континентального права таймшерні права найчастіше передаються на підставі договору.

Відповідно до грецького права договори в сфері таймшеру визнаються змішаними договорами, що включають у себе елементи оренди й надання послуг.

В англо-американській системі права ці договори йменуються «таймшерною угодою» (timeshare agreement) або називаються «контрактом на покупку таймшерного інтересу» (purchase contract) [15].

Виходячи з тексту Акта Великої Британії, можна зробити висновок, що договір носить споживчий

характер, здійснюється на оплатній основі. Об'єктом договору є таймшерні права, внаслідок передачі яких таймшерний користувач може використати таймшерне розміщення. Акт не визначає прав і обов'язків сторін і не вказує вид переданих прав.

Законодавство США про таймшери містить у собі Акти різних штатів. Так, в Акті штату Іллінойс договір називається контрактом на покупку. Предметом купівлі-продажу є два види прав: або таймшерна власність (включаючи засоби розміщення й землю, на якій перебуває будова), або таймшерне використання, що не дає права власності ні на землю, ні на засоби розміщення [16]. Існування двох видів прав пояснюється сутністю англо-американського поняття права власності, що допускає можливість «розщепленої власності».

Не визначається вид договору й у ряді європейських країн, чие законодавство про таймшер побудоване на положеннях Директиви № 94/47/СЕ.

Так, у Законі про захист прав споживачів Болгарії цей договір формулюється як договір або група договорів на отримання права користування нерухомим майном на певний період, укладений на строк, не менше 3-х років, в основі якого реалізатор у рамках своєї професійної діяльності по наданню засобів розміщення за загальною ціною передає споживачеві безпосередньо або через посередника право користування на один або кілька видів нерухомого майна на певний період або за період у рік, що може бути визначений і не може бути меншим одного тижня. Уже в самому договорі визначається вид і сутність переданого права [6].

Таким чином, враховуючи все вищевикладене, таймшер можна визначити як суб'єктивні права споживачів на курортну нерухомість та послуги готельного типу в місті відпочинку («таймшерні права»); а договір таймшеру можемо визначити як договір на придбання особою прав на курортну нерухомість та послуги готельного типу в місці відпочинку («договір придбання таймшерних прав»).

Щодо змісту таймшеру, то можна розглянути істотні умови таймшеру, які були визначені у Директиві № 94/47/СЕ.

Контракт складається на двох мовах – мові держави, де проживає покупець, і мові держави, де розташована власність. У контракті повинні бути в письмовому вигляді викладені всі майнові умови, способи та порядок його розірвання, а також час, протягом якого споживач має право розірвати контракт в односторонньому порядку без пояснення причин.

Контракт повинен включати такі умови: відомості про продавця (його юридичні реквізити), а також найменування й інші відомості про власника нерухомості (юридичні реквізити); конкретні умови здійснення контракту на території держави, де розташоване нерухоме майно; чіткий опис майна, включаючи дозвіл на будівництво, і відомості про компетентні органи влади, що видали цей дозвіл; перелік комунальних послуг, до яких покупець буде мати доступ та умови цього доступу; принципи організації технічного обслуговування та керування нерухомим майном; чіткі відомості про період, протягом якого споживач може використовувати цю власність; вартість, яку потрібно заплатити покупцеві, щоб одержати можливість здійснювати права, надані контрактом; суми

експлуатаційних внесків за користування комунальними послугами та спорудженнями; інформацію про право розірвання контракту та особу, яку треба повідомити про можливе розірвання контракту; форму повідомлення, точну суму витрат, яку покупець повинен буде відшкодувати продавцеві у цьому випадку. Повідомлення про розірвання повинен бути зроблене письмово; дату та місце підписання контракту кожної зі сторін.

Щодо правової природу таймшеру, то слід зазначити, що таймшер – це договір, який можна визначити таким, що поєднує в собі норми інституту права власності та оренди. Таким чином, доцільним буде визначити таймшер як самостійний вид договору.

Враховуючи вищевказане, можна визначити необхідність прийняття спеціального закону, який би врегулював таймшерну діяльність, визначив поняття «професійні учасники ринку таймшеру», «договір таймшеру» та його модифікації.

Для того, щоб врегулювати договір таймшеру в Україні, доцільно використати положення Директиви, але додати до істотних умов таймшеру таке: відомості про ліцензію продавця таймшеру; враховуючи Закон України «Про захист прав споживачів» [17], можна пропонувати можливість розірвання контракту в односторонньому порядку протягом перших 14 днів; включити до предмета таймшеру можливість придбання прав на рухоме придатне для проживання майно; виключити положення щодо обов'язкового строку придбання прав (у Директиві – не менше 3-х років); якщо предметом договору є передання прав на частку нерухомого чи рухомого придатного до мешкання майна, тоді необхідно враховувати норми міжнародного приватного права; особа, від імені якої укладається договір з покупцем (продавець), як правило, є не власником, а агентом (комісіонером, тому що діє від власного імені, але за рахунок і за дорученням власника). У зв'язку з цим актуальним є положення Директиви про те, що власник нерухомого майна все одно повинен бути названим у контракті.

Усе вищезазначене сприятиме приведенню використання таймшеру до єдиної практики, гармонізації українського законодавства до законодавства Європейського Союзу, створення ефективного механізму захисту прав споживачів у цій сфері.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis // OJ. – 1994. – 29.10.1994 p. – L 280. – P. 0083 – 0087.

In article the questions connected with legal regulation of the timeshare in a context of adaptation of the legislation of Ukraine to the legislation of EU are considered. It is defined concept and the legal nature of the timeshare. Foreign experience of legal regulation in this sphere is investigated.

В статье рассматриваются вопросы, связанные с правовым регулированием таймшера в контексте адаптации законодательства Украины к законодательству ЕС. Определено понятие и правовая природа таймшера. Исследован иностранный опыт правового регулирования в этой сфере.

2. *Дмитрієва О.* Щодо необхідності правового регулювання договору таймшеру в Україні / О. Дмитрієва [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://pinchukfund.org/zavtra/uk/scholars/2008/?student=292>.

3. *Ермолина Л.* Правовые аспекты законодательного регулирования договорных правоотношений по предоставлению туристических услуг / Л. Ермолина // Предпринимательство, хозяйство и право. – 2000. – № 7. – С. 35 – 38.

4. [Електронний ресурс] – Режим доступу: [Timeshare/http://www.timesharingproblems.org/Timesharing_GB](http://www.timesharingproblems.org/Timesharing_GB).

5. *Савченко О.* Три звездочки с видом на мусорку / О. Савченко // Киевские Ведомости. – 2002. – № 114 (2628). – 31 мая [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.kv.com.ua/?article=4093&number_old=2611.

6. Закон за защита потребителе: Закон Болгарии от 09.12.2005 г. (в ред. от 07.08.2007 г.) [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.mi.government.bg/hom/laws.html?id=218548>.

7. Recommendation of Tourism Statistics. – Madrid : WTO Publication, 1994. – 230 p.

8. Туристский терминологический словарь: Справочно-методическое пособие / За ред. И. В. Зорин, В. А. Квартальнов. – М.: Спорт, 2001. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://rmat-english.narod.ru/slovar/slovar_t.htm.

9. *Биржаков М. Б.* Введение в туризм / М. Б. Биржаков. – СПб.: Издательский Торговый Дом «Герда», 2000. – 320 с.

10. *Ковалев Д. А.* Мировая индустрия владения отдыхом / Д. А. Ковалев. – М.: Университетская книга, 2003. – 608 с.

11. Право Європейського Союзу: Навч. посіб. / За заг. ред. Р. А. Петрова. – 2-ге вид. – К.: Істина, 2009. – 376 с.

12. *Грачева Е. Б.* Договор на приобретение таймшерных прав: Дис...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Грачева Елена Борисовна. – М. 2004. – 210 с.

13. *Сирик Н. В.* Договор на передачу права пользования недвижимым имуществом на определенный период: перспективы правового регулирования в Российской Федерации / Н. В. Сирик [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://library.shu.ru/pdf/2008/01/01/sr08.pdf>.

14. Французский гражданский кодекс: [Пер. с франц.] / Науч. ред.: Лавров Д. Г.; Пер.: Жукова А. А., Пашковская Г. А. – С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – 1101 с.

15. The Time share Act 1992 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.netlawman.co.uk/info/timeshare-act-1992.php>.

16. Real Estate Timeshare Act of 1999 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2159&ChapAct=765%26nbsp%3BILCS%26nbsp%3B101%2F&ChapterID=62&ChapterName=PROPERTY&ActName=Real+Estate+Timeshare+Act+of+1999%2E>.

17. Закон України «Про захист прав споживачів»: в редакції від 01. 12. 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 7. – Ст. 84.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ВЛАСНОСТІ В МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРАХ УКРАЇНИ З КРАЇНАМИ СНД

Шупінська О. В.,

науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва АПРн України

Статтю присвячено розгляду питань правового регулювання відносин власності у двосторонніх міжнародних договорах України з деякими країнами СНД.

Ключові слова: міжнародні договори, міжнародне приватне право, відносини власності.

У контексті розвитку науки міжнародного приватного права в Україні, одним із джерел якого є міжнародні договори, особлива увага приділяється питанням правового регулювання відносин власності, ускладнених іноземним елементом.

Враховуючи історично сформовані відносини між відповідними суб'єктами права в рамках колишнього СРСР, можна визначити мету дослідження, якою є правовий аналіз міжнародних двосторонніх угод України з деякими країнами СНД про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності на етапі його розпаду та утворення самостійних незалежних держав, що передбачало зміну режиму власності.

Окремі аспекти правового регулювання відносин власності в міжнародному приватному праві у своїх працях висвітлюють А. С. Довгерг, В. І. Кисіль, І. В. Мінгазова, В. Старженецький та інші вчені-правознавці.

Після розпаду СРСР питанням власності приділялася значна увага колишніми радянськими республіками, включаючи й Україну. З метою закріплення норм, спрямованих на уникнення від взаємних претензій і гарантування захисту прав власності колишніх республік, їх громадян і юридичних осіб вже 9 жовтня 1992 р. в м. Бішкек держави Співдружності: Вірменія, Білорусь, Казахстан, Молдова, Таджикистан, Узбекистан, Киргизстан, Російська Федерація підписали Угоду про взаємне визнання прав і регулювання відносин власності, Туркменистан приєднався до цієї Угоди 4 липня 1994 р., а Грузія – 10 лютого 1995 р. [1].

Україна та ще кілька країн колишнього СРСР – Латвія, Литва, Естонія, Азербайджан – таку Угоду не підписали.

З метою врегулювання правовідносин із захисту і визнання права власності українських осіб в інших державах Україна після розпаду СРСР підписала низку угод про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності з деякими державами – учасницями СНД, це такі угоди:

1. Угода між Україною та Російською Федерацією про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності від 22 січня 1993 року, ратифікована Україною 22 червня 1993 р. [2].

2. Угода між Урядом України та Урядом Грузії про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності від 5 листопада 1996, ратифікована Україною 10 лютого 2000 р. [3].

3. Угода між Кабінетом Міністрів України і Урядом Азербайджанської Республіки про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності від 30 липня 1999 р., ратифікована Україною 2 березня 2000 р. [4].

4. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Молдова про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності від 11 серпня 1994 року, ратифікована Україною 12 липня 2001 р. [5].

5. Угода між Україною та Республікою Беларусь про взаємне визнання права та регулювання відносин власності

від 22 січня 1993 року, ратифікована Україною 22 червня 1993 р. [6].

Здійснюючи правовий аналіз основних положень, закріплених в цих міжнародних угодах, слід, передусім, звернути увагу на те, що при підписанні цих угод держави-учасниці розглядали регулювання прав власності як найважливішу умову повноцінних міждержавних відносин.

Доктринальним підґрунтям для цих міжнародних договорів стала згадана вище багатостороння Угода про взаємне визнання прав і регулювання відносин власності, підписана 9 жовтня 1992 р. в м. Бішкек між зазначеними вище державами – учасницями СНД.

Керуючись принципом територіального суверенітету в двосторонніх угодах про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності між Україною та Грузією, Молдовою і Білорусь, Сторони взаємно визнали здійснений відповідно до їх національного законодавства перехід у їх власність майна, у тому числі фінансових ресурсів підприємств, установ і організацій колишнього союзного підпорядкування, розташованих на їх територіях (ст. 1). Слід зазначити, що в угоді між Україною та Російською Федерацією перехід у їх власність майна здійснюється на таких самих умовах, але виняток становлять активи колишнього Союзу РСР, зазначені у Договорі «Про правонаступництво у відношенні зовнішнього державного боргу і активів Союзу РСР» від 4 грудня 1991 р. № 997_155 [7], а в Угоді між Кабінетом Міністрів України і Урядом Азербайджанської Республіки наведена вище норма взагалі відсутня.

У двосторонніх угодах, безумовно, не залишилися поза увагою питання права власності на землю та інші природні ресурси, що повинні регулюватися законодавством Сторони, на території якої знаходяться об'єкти власності, якщо інше не передбачено додатковими угодами. Цікавим є те, що в Угоді між Україною та Республікою Молдова застереження «якщо інше не передбачено додатковими угодами» не міститься, що, в свою чергу, унеможливило врегулювання цього питання окремими угодами, а в Угоді між Урядом України і Урядом Азербайджанської Республіки ця норма взагалі відсутня.

Узагальнюючи положення двосторонніх угод, укладених Україною із згаданими вище країнами СНД, зазначимо, що кожна із Сторін визнає права власності іншої Сторони, її громадян та юридичних осіб відносно розташованих на її території підприємств, установ, організацій та інших об'єктів (філії, частки, паї, акції та інше майно), які станом на 1 грудня 1990 р. перебували у віданні органів державного управління іншої Сторони, а також були власністю інших юридичних та фізичних осіб, за винятком об'єктів, збудованих з метою ліквідації наслідків форс-мажорних обставин.

Окремі статті присвячено об'єктам соціальної сфери (або відповідним часткам участі в цих об'єктах) – санаторіям, санаторіям-профілакторіям, будинкам та базам відпочинку, пансіонатам, готелям та кемпінгам, туристичним базам, дитячим оздоровчим закладам, будівництво яких здійснювалося за рахунок коштів республіканського та колишнього союзного підпорядкування, розташованих на території іншої Сторони, є власністю цієї Сторони.

Із змісту цих норм випливає, що кожна із Сторін – учасниця угоди – зобов'язується визнати право власності іншої Сторони на перелічені об'єкти соціальної сфери і розташовані на території держави, що визнає. Також вбачається, що власністю Сторін є як самі об'єкти соціальної сфери, так і відповідні частки участі в них. Але слід також звернути увагу на той факт, що угоди не встановлюють порядок доказування факту будівництва об'єктів соціальної сфери за рахунок коштів зазначених суб'єктів соціальної сфери, не визначають перелік доказів і не вказують на те, що сторони угоди можуть самостійно їх встановлювати згідно з нормами національного законодавства. У зв'язку з цим порядок визнання права власності на конкретний об'єкт соціальної сфери повинен встановлюватися за взаємною домовленістю сторін угоди. Прикладом може бути Протокол від 1 липня 1997 р. № 1 щодо реалізації Угоди між РФ і Республікою Вірменія, яким затверджено Перелік документів, що розглядаються при визнанні прав власності РФ і Республіки Вірменія на об'єкти, розташовані на території обох держав, а також Порядок підготовки, надання і розгляду документів із визнання прав власності на об'єкти відповідно до ст. 2, 4 Угоди [8].

Доречно зазначити, що в міжнародних договорах, що розглядаються, також визначено, що об'єкти незавершеного будівництва, які розташовані на території Сторін і фінансувалися раніше органами колишнього Союзу РСР, за рішенням Сторони місцезнаходження об'єкта можуть передаватися в часткову і спільну власність Сторони місцезнаходження об'єкта та іншої Сторони, їх юридичних осіб, які взяли на себе зобов'язання в завершених робіт із створенням на базі майна цих об'єктів спільних підприємств. Рішення з цього питання приймається органами Сторін, уповноваженими розпоряджатися державним майном. Але в Угоді між Урядом України і Урядом Азербайджанської Республіки така норма не міститься.

Звернемо увагу, що приватизація об'єктів, які належать до власності однієї зі Сторін та розташовані на території іншої Сторони, здійснюється за рішенням власника, а порядок і умови приватизації визначаються угодою між органами Сторін, уповноваженими розпоряджатися державним майном, але слід зазначити, що в Угоді між Урядом України та Урядом Грузії норма такого змісту відсутня.

Окрім цього, кожна договірна Сторона вважає за доцільне надавати на своїй території земельні ділянки у користування, володіння та розпорядження як для діючих, так і для тих, що створюються, об'єктів соціальної сфери іншої Сторони, її юридичних і фізичних осіб. Надання земельних ділянок іншій Стороні, а також плата за їх використання здійснюється на загальних підставах, які визначаються законодавством Сторони місцезнаходження об'єкта.

Слід звернути увагу на такі основні відмінні ознаки:

– в Угоді між Урядом України та Урядом Грузії додатково встановлено, що: право власності на пасажирські та транспортні судна регулюється спеціальними угодами Сторін (ст. 2); із об'єктів соціальної сфери виключаються об'єкти житлово-комунального господарства (ст. 4) [3];

– у двосторонніх угодах між Україною та Республіками Білорусь і Азербайджан міститься ще роз'яснювальна норма, в якій зазначається, що права власності на майно перелічених об'єктів визначаються органами Сторін, уповноваженими розпоряджатися державним майном, і оформляються протоколами між ними (ст. 2) [6; 4];

– у двосторонніх угодах між Україною та Російською Федерацією, Республікою Білорусь і Урядом Грузії зазначено, що інші об'єкти соціальної сфери можуть бути предметом цієї Угоди за взаємною домовленістю Сторін (ч. 2 ст. 4) [2; 6; 3], а в Угоді між Урядом України та Урядом Республіки Молдова така норма відсутня;

– в Угоді між Україною та Республікою Азербайджан не врегульовано питання щодо визначення права власності на об'єкти соціальної сфери, що може пояснюватися як територіальною віддаленістю Сторін, так і відсутністю на території Сторін таких об'єктів;

– в Угоді між Урядом України та Урядом Республіки Молдова встановлено «граничний строк надання документів для визнання прав власності на об'єкти, які можуть бути віднесені до власності Сторін згідно зі статтями 2 і 4, який закінчується через 2 роки з дня набуття чинності цією Угодою» (ст. 4) [5].

Також у двосторонніх угодах визначено, що кожна Сторона має право продати, обміняти, передати у заставу, здати в оренду, передати безкоштовно або на договірних засадах свою власність іншій Стороні, її фізичним і юридичним особам. Реалізація положень цієї статті здійснюється органами державного управління, уповноваженими розпоряджатися державним майном кожної зі Сторін, відповідно до законодавства Сторони місцезнаходження об'єктів власності, якщо інше не передбачено додатковими угодами Сторін.

Питання правового режиму об'єктів власності доцільно розглядати у зв'язку з проблемами правового режиму підприємств, так у ч. 1 ст. 6 двосторонніх угод між Україною та Російською Федерацією, Грузією, Республікою Білорусь визначено, що Сторони домовилися сприяти забезпеченню раніше створених підприємств, організацій і товариств з частковою або спільною формою власності Сторін, в тому числі акціонерних товариств. Частина 2 ст. 6 цих угод конкретизує, якщо засновником таких підприємств, організацій і товариств, майно яких розташовано на території Сторін, було міністерство, відомство колишнього Союзу РСР або підприємство колишнього союзного підпорядкування, їх установчі документи підлягають уточненню органами, уповноваженими розпоряджатися державним майном відповідно до законодавства Сторони місцезнаходження підприємств, організацій і товариств [2; 3; 6]. В Угоді між Урядом України та Урядом Республіки Молдова у ст. 6 увійшли лише положення ч. 1 вищевказаної статті [5].

У ст. 7 двосторонніх угод між Україною та Російською Федерацією, Грузією, Республіками Білорусь і Молдови встановлено, що Сторони можуть створювати за спільним

рішенням органів, уповноважених розпоряджатися державним майном, підприємства з частковою та спільною формою власності, в тому числі на базі підприємств, організацій і установ колишнього союзного підпорядкування та їх структурних підрозділів, розташованих на територіях Сторін. Порядок застосування та діяльності вказаних підприємств регулюється законодавством Сторони, на території якої вони створюються, якщо інше не передбачено додатковими угодами Сторін [2; 3; 6; 5].

У ст. 9 двосторонніх угод між Україною та Російською Федерацією, Грузією, Республіками Білорусь і Молдова визначено, що Сторони забезпечують безперешкодне переведення після сплати податків та зборів, передбачених законодавством Сторони місцезнаходження підприємства, організації, установи, законно одержаних доходів і платежів у зв'язку з діяльністю спільних підприємств і підприємств, які є власністю іншої сторони, її юридичних і фізичних осіб [2; 3; 6; 5]. Подібне положення міститься і у ст. 3 Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Азербайджанської Республіки [4].

У ст. 10 Угоди між Урядом України та Урядом Грузії та ст. 11 двосторонніх угод між Україною та Російською Федерацією і Республікою Молдова визначено, що правовий статус раніше створених підприємств, визнаних на підставі цієї Угоди власністю однієї Сторони та розташованих на території іншої Сторони, визначається відповідно до законодавства Сторони, на території якої знаходяться підприємства, та оформляються протоколами між органами Сторін, уповноваженими розпоряджатися державним майном [3; 2; 5]. Подібне положення міститься й у ч.1 ст. 5 Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Азербайджанської Республіки [4].

У ст. 11 Угоди між Україною та Республікою Білорусь визначено, що правовий статус та діяльність підприємств, установ, організацій та інших об'єктів, перелічених у ст. 2 і 4 цієї Угоди, регулюються відповідно до законів Сторони, на території якої вони розташовані, якщо інше не передбачено додатковими угодами Сторін [6].

У ч. 2 ст. 5 Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Азербайджанської Республіки, ст. 11 Угоди між Урядом України та Урядом Грузії, ст. 12 двосторонніх угод між Україною та Російською Федерацією і Республікою Молдова зазначено, що діяльність підприємств, установ, організацій та інших об'єктів, перелічених у відповідних статтях цих угод, регулюється відповідно до законів Сторони, на території якої вони розташовані, якщо інше не передбачено додатковими угодами Сторін [4; 3; 2; 5].

Оскільки для юридичних і фізичних осіб суттєве значення має питання захисту права власності, зазначимо, що у ст. 6 Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Азербайджанської Республіки, ст. 12 двосторонніх угод між Україною та Грузією і Республікою Білорусь, ст. 13 двосторонніх угод між Україною та Російською Федерацією і Республікою Молдова визначено: Сторони гарантують, що власність зазначених суб'єктів приватного права в межах цих угод користується повним і безумовним правовим захистом і ця власність не може підлягати примусовому вилученню, крім виняткових випадків, передбачених законодавчими актами (а в Угоді з Азербайджанською Республікою – законодавствами). У

випадках примусового вилучення згаданої власності її власнику держава виплачує компенсацію, яка відповідає реальній вартості вилученої власності, на умовах і в терміни, встановлені законодавством сторони її місцезнаходження (а в Угоді з Азербайджанською Республікою – конкретним законодавчим актом, тобто на відміну від інших угод в цьому випадку не застосовується колізійна прив'язка *lex rei sitae*) [4; 3; 6; 2; 5].

У ст. 13 двосторонніх угод між Україною та Грузією і Республікою Білорусь, ст. 14 двосторонніх угод між Україною та Російською Федерацією і Республікою Молдова Сторони визнають, що їх юридичні і фізичні особи, які здійснюють інвестиції, розглядаються на території одна одної як іноземні інвестори, діяльність яких на території кожної зі Сторін здійснюється відповідно до її законодавства про іноземні інвестиції та міжнародних угод, у яких беруть участь договірні Сторони [3; 6; 2; 5]. Слід зазначити, що в Угоді між Кабінетом Міністрів України і Урядом Азербайджанської Республіки така норма відсутня.

У ч. 1 ст. 7 Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Азербайджанської Республіки, ст. 14 Угоди між Україною та Республікою Білорусь, ст. 15 Угоди між Урядом України та Урядом Грузії, ст. 16 двосторонніх угод між Україною та Російською Федерацією і Республікою Молдова визначено, що суперечки щодо тлумачення або застосування положень цих угод вирішуватимуться шляхом взаємних консультацій та переговорів на різних рівнях [4; 6; 3; 2; 5]. Слід звернути увагу, що в Угоді між Кабінетом Міністрів України і Урядом Азербайджанської Республіки існує ще ч. 2 ст. 7, яка наголошує, що всі спори відносно прав власності, які впливають у зв'язку із застосуванням положень цієї Угоди, підлягають врегулюванню відповідно до норм міжнародного права і міжнародного приватного права [4].

У випадках, коли держави-учасниці не можуть узгодити порядок визнання права власності на спірні об'єкти, розташовані на території однієї із держав-учасниць, необхідно керуватися положеннями цієї статті. Оскільки дана Угода є основним міжнародно-правовим актом, що регулює взаємне визнання прав власності держав-учасниць, і в ній відсутні конкретні вимоги до процедури проведення взаємних консультацій і переговорів, вбачається, що до останніх слід віднести будь-яке предметне обговорення Сторонами спірного питання, в тому числі і не зафіксоване в будь-яких документах, але у випадку необхідності як таке, що підлягає доказуванню.

Насамкінець, у ст. 8 Угоди між Кабінетом Міністрів України і Урядом Азербайджанської Республіки, ст. 15 Угоди між Україною та Республікою Білорусь, ст. 16 Угоди між Урядом України та Урядом Грузії, ст. 17 двосторонніх угод між Україною та Російською Федерацією і Республікою Молдова визначено, що за взаємною домовленістю Сторони можуть вносити до цих угод необхідні доповнення та зміни, які оформляються відповідними протоколами і є невід'ємною частиною цих угод [4; 6; 3; 2; 5].

Проаналізувавши двосторонні міжнародні договори про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності між Україною та деякими країнами СНД, а саме: Російською Федерацією, Грузією, Республіками Білорусь, Молдови, Азербайджану слід зазначити, що основною метою укладення цих документів було визначення

правового режиму об'єктів права власності та активів після розпаду колишнього СРСР і створення незалежних держав. В подальшому при проведенні наукового дослідження доцільно розглянути питання удосконалення регулювання відносин власності українських осіб у країнах СНД та відповідної правозастосовчої практики.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Соглашение* о взаимном признании прав и регулировании отношений собственности от 9 октября 1992 г. № 997_002. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.
2. *Угода* між Україною та Російською Федерацією про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності від 22 січня 1993 року // Офіційний вісник України. – 2006. – № 47. – Ст. 3159.
3. *Угода* між Урядом України та Урядом Грузії про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності від 5 листопада 1996, ратифікована Україною 10 лютого 2000 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.
4. *Угода* між Кабінетом Міністрів України і Урядом Азербайджанської Республіки про взаємне визнання прав та

регулювання відносин власності від 30 липня 1999 р., ратифікована Україною 2 березня 2000 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

5. *Угода* між Урядом України та Урядом Республіки Молдова про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності від 11 серпня 1994 року, ратифікована Україною 12 липня 2001 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

6. *Угода* між Україною та Республікою Беларусь про взаємне визнання права та регулювання відносин власності від 22 січня 1993 року, ратифікована Україною 22 червня 1993 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

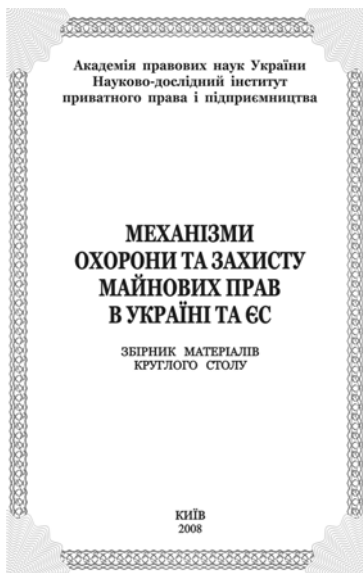
7. *Договір* «Про правонаступництво у відношенні зовнішнього державного боргу і активів Союзу РСР» від 4 грудня 1991 р. № 997_155. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua.

8. *Решение* Экономического Суда Содружества Независимых Государств от 5 апреля 2007 года № 01-1/4-06 «О толковании Соглашения о взаимном признании прав и регулировании отношений собственности от 9 октября 1992 года». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://spravka-jurist.com/base/part-fm/tx_fszhhu.htm.

The article is devoted to such issues as the legal regulation of the relations of property in the bipartite non-self-executing treaty of Ukraine with some CIS countries.

Статья посвящена рассмотрению вопросов правового регулирования отношений собственности в двусторонних международных договорах Украины с некоторыми странами СНГ.

Вийшло друком видання:



Механізми охорони та захисту майнових прав в Україні та ЄС (м. Київ, 12 листопада 2008 року): Науково-практична конференція «Загальні тенденції та особливості реалізації, охорони і захисту приватних прав в Україні та світі», круглий стіл «Механізми охорони та захисту майнових прав в Україні та ЄС»: Збірник матеріалів круглого столу / Ред. кол.: О. Д. Крупчан, М. К. Галянич, В. І. Король, І. Е. Берестова. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2008. – 208 с.

У збірнику узагальнено матеріали круглого столу «Механізми охорони та захисту майнових прав в Україні та ЄС», проведеного в рамках науково-практичної конференції «Загальні тенденції та особливості реалізації, охорони і захисту приватних прав в Україні та світі», яку було організовано Науково-дослідним інститутом приватного права і підприємництва Академії правових наук України у м. Києві 12 листопада 2008 р. До збірника включено тези доповідей як відомих вчених, так і молодих науковців. Тематика тез доповідей відображає актуальні проблеми у сфері охорони та захисту майнових прав в Україні та ЄС.

Видання розраховане на суб'єктів нормотворчої діяльності, правознавців, широке коло осіб, які цікавляться питаннями правового регулювання майнових відносин в Україні та Європейському Союзі.

Вийшли друком видання:

Розробка механізму правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності / За ред. академіка АПрН України В. В. Луця. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – 300 с.



У науковій праці на основі норм чинного законодавства здійснено теоретичне дослідження правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності. Обґрунтовано загальнотеоретичні засади розмежування правового регулювання договірних відносин у сфері підприємництва між Цивільним та Господарським кодексами.

З'ясовуються ознаки та межі підприємництва, розкривається свобода договору, у порівнянні норм Цивільного та Господарського кодексів України подається характеристика найважливіших видів цивільно-правових договорів, застосовуваних у підприємницькій діяльності. При цьому послідовно відстоюється ідея про перевагу саморегулювання договірних відносин над їх державним регулюванням.

У книзі викладені пропозиції щодо удосконалення чинного законодавства та практики його застосування із зазначеної тематики. Видання розраховане на наукових працівників, викладачів, аспірантів та студентів юридичних і економічних вузів. Становитиме інтерес і для широкого кола підприємців, які цікавляться проблемами правового забезпечення підприємницької діяльності.

Новосельцев І. І. Транскордонна неплатоспроможність у міжнародному приватному праві: Монографія / Наук. ред. Т. В. Сліпачук. – Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – 148 с.



Монографія присвячена проблемам транскордонної неплатоспроможності у міжнародному приватному праві, зокрема, таким її аспектам, як еволюція та розвиток правової доктрини зі справ транскордонної неплатоспроможності, визнанню та виконанню рішень іноземних судових органів на території країн ЄС та інших країн. У монографії також висвітлюються проблеми врегулювання справ із транскордонної неплатоспроможності в Україні. Автором монографії проводиться детальний аналіз норм проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України (щодо транскордонної неплатоспроможності), узгодженості норм проекту Закону із вже прийнятими та чинними в країнах ЄС, зроблені висновки також дозволяють використовувати результати монографії як для теоретичних занять у підготовці юристів, фахівців, так і в процесі удосконалення чинного законодавства.

Сарақун І. Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект): Монографія. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – 156 с.



Монографію присвячено вивченню особливостей здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств в Україні. У дослідженні аналізуються поняття та юридична природа корпоративних відносин і корпоративних прав; ґрунтовно досліджуються форми (способи) їх здійснення; питання щодо меж та обмежень, зловживання корпоративними правами, а також розпорядження ними.

Книга розрахована на наукових та науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів і наукових установ, студентів, аспірантів та докторантів юридичного напрямку, практичних працівників судових, правоохоронних та правозастосовних органів.

Методологія приватного права: сучасний стан та перспективи розвитку (м. Київ, 22-23 травня 2009 року): Збірник матеріалів II Міжнародної науково-практичної конференції «Методология частного права: современное состояние и перспективы развития» / Ред. кол. О. Д. Крупчан (голова), Н. С. Кузнецова, Я. М. Шевченко та ін. – К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. – 424 с.



У збірнику узагальнено матеріали II Міжнародної конференції «Методология частного права: современное состояние и перспективы развития», яку було організовано Науково-дослідним інститутом приватного права і підприємництва спільно із Науково-дослідним інститутом інтелектуальної власності АПрН України та юридичним факультетом національного університету імені Тараса Шевченка у м. Києві 22 – 23 травня 2009 року. До збірника включено тези доповідей як відомих вчених, так і молодих науковців. Тематика тез доповідей відображає актуальні проблеми розвитку методологічних засад досліджень приватного права; фундаментальні та прикладні аспекти методології приватного права, методологію приватного права в сфері господарювання та сучасні тенденції розвитку методології приватного права в Україні й зарубіжних країнах.

Видання розраховане на суб'єктів нормотворчої діяльності, правознавців, широке коло осіб, які цікавляться питаннями методології приватного права в Україні та зарубіжних країнах.

НАУКОВЕ ФАХОВЕ ВИДАННЯ

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
Академії правових наук України

ПРИВАТНЕ ПРАВО І ПІДПРИЄМНИЦТВО

Збірник наукових праць

Випуск 9, 2010

Редактор **А. М. Шадріна**

Оригінал-макет **Т. Г. Попович**

Художнє оформлення та дизайн обкладинки

І. М. Корнієнко, С. В. Максименко

Підписано до друку 30. 03. 2010. Зам. № 09-017 Формат 60x84/8 Гарн. Times New Roman
Офс. друк. Папір офс. № 1 Умовн. друк. арк. 25,50 Тираж 300 прим.

Свідоцтво про державну реєстрацію
друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 3926 від 29. 12. 1999
